



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
2

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
2

2020

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

<i>Љубиша</i> ДАБИЋ, <i>Марко</i> РАДОВИЋ	
Судска пресуда као основ престанка друштва капитала	9
<i>Зоран Р.</i> ТОМИЋ	
Множина воља код настанка управног акта	25
<i>Дијана</i> МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ	
Адекватност управносудске заштите у материји повреда конкуренције.	36
<i>Драјан</i> ВУЈИСИЋ, <i>Борко</i> МИХАЈЛОВИЋ	
Подизање нивоа заштите потрошача кроз вансудско решавање спорова.	59
<i>Владимир</i> КОЗАР, <i>Немања</i> АЛЕКСИЋ	
Последице отварања стечајног поступка у српском процесном праву	84
<i>Владимир</i> ЧОЛОВИЋ	
Вишеструко заступање у осигурању (са посебним освртом на овлашћења заступника и његов статус према посреднику – брокеру)	100
<i>Сања</i> ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ	
Одлука професионалног удружења као облик рестриктивног споразума	118

Ранко СОВИЉ

Тржиште зелених хартија од вредности – стање и перспективе. 137

Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ

Право запослених на партиципацију у (радним) кооперативама – пример Европског задружног друштва 154

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ

Оспоравање пуноважности одлука одбора директора у судском поступку 170

Маша МИШКОВИЋ

Уговорна одговорност складиштара 199

Пејтар МИШКОВИЋ

„Клиничка слика“ и „лечење“ корона вируса приликом куповине удела 235

Стефан ЈОВАНОВИЋ

Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси 257

СТРУЧНИ РАДОВИ

Младен НИКОЛИЋ

Скраћени извршни поступак 279

Драјана РАДОВАНОВИЋ

Положај запослених у случају статусне промене, односно промене послодавца 297

Дамјан ДАНИЛОВИЋ, Сјрахиња МИЉКОВИЋ

Супремација националне или наднационалне банкарске регулативе и надзора? 311

Марија ВИЋИЋ

Република Србија као уговорна страна ISDA оквирног уговора о трговању финансијским дериватима 329

ПРИКАЗИ

Бисера НЕДЕЉКОВИЋ

Katia Fach Gómez, Key Duties of International Investment Arbitrators – A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas, Springer, 2019. 344

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

<i>Ljubiša DABIĆ, Marko RADOVIĆ</i> Dissolution of a Company at the Discretion of a Court.....	9
<i>Zoran R. TOMIĆ</i> Will Plurality in the Creation of Administrative Act.....	25
<i>Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ</i> The Adequacy of Administrative–Judicial Protection in Matters of Competition Violations.....	36
<i>Dragan VUJISIĆ, Borko MIHAJLOVIĆ</i> Raising the Level of the Consumers’ Protection Through the Out-of-Court Dispute Resolution.....	59
<i>Vladimir KOZAR, Nemanja ALEKSIĆ</i> Consequences of Opening the Bankruptcy Proceedings in Serbian Procedural Law	84
<i>Vladimir ČOLOVIĆ</i> Multiple Insurance Agency (with Special Reference to the Powers of the Agent and his Status in Relation to the Intermediary – Broker).....	100
<i>Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ</i> Decision of Professional Association as a Form of Restrictive Agreement.....	118

Ranko SOVILJ	
Green Securities Market – The Situation and Perspectives.	137
Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ	
Workers’ Participation in (Labour) Cooperatives – Case Study of the European Cooperative Society.	154
Jovana VELIČKOVIĆ	
Challenging the Validity of the Decisions Rendered by the Management of the Company in Litigation Proceedings	170
Maša MIŠKOVIĆ	
Contractual Liability of Warehousekeeper	199
Petar MIŠKOVIĆ	
“Clinical Manifestations” and “Treatment” of Coronavirus when Acquiring a Share	235
Stefan JOVANOVIĆ	
Resolution on Complaint of Jurisdiction for Contractual Arbitration in Judicial Practice	257
PROFESSIONAL PAPERS	
Mladen NIKOLIĆ	
Summary Enforcement Procedure	279
Dragana RADOVANOVIĆ	
Employment Status in Case of Status Change, i.e. Change of Employer.	297
Damjan DANILOVIĆ, Strahinja MILJKOVIĆ	
Supremacy of National or Supranational Banking Regulations and Supervision?	311
Marija VIČIĆ	
The Republic of Serbia as a Party to ISDA Master Agreement on Financial Derivative Transactions	329
BOOK REVIEWS	
Bisera NEDELJKOVIĆ	
Katia Fach Gómez, <i>Key Duties of International Investment Arbitrators – A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas</i> , Springer, 2019.	344

НАУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.72.04(497.11)

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002009D

др **Љубиша ДАБИЋ***

редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду –
у пензији

др **Марко РАДОВИЋ****

судија Привредног суда у Београду

СУДСКА ПРЕСУДА КАО ОСНОВ ПРЕСТАНКА ДРУШТВА КАПИТАЛА

Сажетак

У раду се полази од хипотезе да инститорни престанак друштва по одлуци суда узрокује бројне дилеме у његовој примени. Ово нарочито у ситуацији када се захтева престанак друштва калкулације (друштва са ограниченом одговорношћу и акционарској друштва), која су предмет овој истраживања. Разлози постојања недоумица су бројни. У појединим ситуацијама оне су њихово неразумевање сврхе условања овој правној трансакцији у српско компанијско право. Самим тим, постоје сторна његова применљивости у сваком конкретном случају. Често су и недоумице поводом појединих процесних правних питања у споровима иницираним ради исходања судске одлуке о престанку друштва. Због тога је циљ овој рада садржан у тежињи да се кроз теоријској правну анализу попрекла, сврхе и оправданости његове примене предложена решења која би судској пракси била од користи.

* Електронска адреса аутора: ljadabic@ekof.bg.ac.rs.

** Електронска адреса аутора: markoradovic985@yahoo.com.

Мојућа одсџујања од владајућеї сџановишиа судске ѓраксе нису учињена у намери криџичкої осврџа, већ су резулџаїи друџачијеї ѓри-сџуја одређеним сџорним ѓиџањима. Збої џоїа, сам рад ѓраїи висок сџеїен расџравности, без очекивања да сви закључци у раду ѓосџану или оїсџану као ѓравноваљани и на којима би морала биџи заснована ѓракса судова.

Кључне речи: *Пресџанак друшџва. – Друшџва каїиџала. – Пресџанак ѓо одлуци суда.*

I Увод

Све чешћа прекогранична сарадња привредних друштава нужно доприноси уједначавању правног оквира различитих држава. Зато развој права често бива праћен потребом за „пресађивањем“ одређених правних правила из једног у други државно-правни поредак. Таквим чињењем настају правни транспланти.¹ Под њима се не подразумева просто преписивање правне норме из другог правног система. Позајмљени правни институт нужно је уподобити духу не само правног система, већ и укупности друштвених норми.

Типичан правни трансплант у српском праву привредних друштава јесте институт престанка друштва по одлуци суда. Институт је преузет из америчког права, одакле и води порекло. Поредећи српски правни систем са америчким, разлике су бројне. То, међутим, не значи да институт престанка друштва на основу одлуке суда нашем правном систему није неопходан, нити да у њему не може заживети. Напротив, нужно је само дубоко проникнути у његову правну природу и прилагодити га традицији и духу нашег државно-правног поретка. У том подухвату незаобилазан је упоредноправни методолошки приступ његовом изучавању. Што се више будемо приближили његовим коренима и правној регулативи држава у којима се овај правни институт увелико примењује, то ће његово прилагођавање духу српског компанијског права бити делотворније. Отуда је у првом делу рада пажња посвећена пореклу овог правног института и разлозима његовог установљавања у компанијском праву. У другом делу рада изучавана су позитивна законска решења престанка друштва на основу одлуке суда, док у трећем делу аутори изучавају уочене процесноправне недоумице у споровима поводом његове примене.

¹ Алан Вотсон, *Правни ѓрансџланти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000, 58.

II Општи осврт и упоредноправни приказ

С обзиром на то да је институт престанка друштва капитала на основу одлуке суда настао деловањем правника практичара, у правној теорији је током читаве његове историје постојала дилема о оправданости увођења овог правног института у право привредних друштава. И данас је присутна правна аргументација за и против његове примене. Аргументација против постојања овог правног института огледала се у тврдњи да не одговара природи привредног друштва да се интервенцијом суда задире у његова статусна питања независно од воље чланова или поверилаца. Међутим, на другој страни утемељена је аргументација да овај институт представља „правни лек мањинских акционара против злоупотребе права“.² У таквој ситуацији, треба се упустити у одмеравање да ли престанак друштва доноси мању штету од његовог даљег егзистирања. То није нимало лак задатак. Због тога се престанак друштва капитала на основу одлуке суда јавља изузетно у односу на уобичајене начине престанка.³ Разлози за такав подухват морају бити нарочито оправдани.

Ређи су извори права који разлоге оправданости доношења одлуке суда као основа престанка друштва детаљно регулишу. Често се дефинишу само начелно, кроз потребу постојања „оправданог“,⁴ „важног“⁵ или „значајног“⁶ разлога. Чак и уколико се иде корак даље у

- 2 George D. Hornstein, „A Remedy for Corporate Abuse – Judicial Power to Wind up a Corporation at the Suit of a Minority Stockholder“, *Columbia Law Review*, Nr. 2/1940, 220.
- 3 Уобичајени начини престанка друштава капитала у српском компанијском праву су ликвидација, принудна ликвидација, стечај и статусна промена. Вид. Закон о привредним друштвима – ЗПД (2011), *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019, чл. 238, чл. 468.
- 4 Француски Грађански законик из 1804. године (*Code civil*), последње измене 14. 2. 2020, чл. 1844–7 ст. 5; швајцарски Закон о облигацијама из 1911. године (*Code des obligations*), последње измене 1. 4. 2020, чл. 736 ст. 1 тач. 4.
- 5 Закон о трговачким друштвима Републике Хрватске, *Narodne novine*, бр. 11/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 125/2011, 152/2011, 111/2012, 68/2013, 110/2015 и 40/2019, доступно на адреси: <https://www.zakon.hr/z/546/Zakon-o-trgova%C4%8Dkim-dru%C5%A1tvima>, 19. 2. 2020, чл. 99; Закон о привредним друштвима Републике Словеније из 2009. године (*Zakon o gospodarskih družbah*), *Uradni list RS*, бр. 65/09, 82/13, 55/15, 15/17 и 22/19, чл. 109.
- 6 Закон за трговачка друштва Северне Македоније (*Закон за шрговскиите друштва на Северна Македонија*), *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010, 48/2010, 24/2011, 166/2012, 70/2013, 119/2013, 120/2013, 187/2013, 38/2014, 41/2014, 138/2014, 88/2015, 192/2015, 6/2016, 30/2016, 61/2016, 64/2018 и 120/2018, доступно на адреси: <http://www.economy.gov.mk/Upload/Documents/ZTD%20konsolidiiran.pdf>, 19. 2. 2020, чл. 265.

покушају појашњења ових општих разлога, то се своди на злоупотребу права већине у виду неиспуњења битних обавеза грубом непажњом или када испуњење такве обавезе постане немогуће. Можда се разлози најсликовитије могу описати једним ставом из одлуке Вишег суда у Нирнбергу (Немачка) да друштво може престати судском одлуком ако услед дубоког јаза међу члановима сврха његовог постојања постане немогућа или друге унутрашње околности то оправдавају.⁷

С друге стране, у америчком компанијском праву се инсистира на детаљнијем регулисању ових разлога.⁸ Прва група разлога подразумева иницијативу јавног тужиоца уколико је: 1) друштво (корпорација) преварно донело оснивачки акт или 2) друштво наставило да прекорачује и злоупотребљава законом установљена овлашћења. Друга група разлога подразумева иницијативу акционара у случају: 1) постојања блокаде органа одлучивања, а друштву прети ненадокнадива штета, односно послови се не могу даље водити у интересу акционара; 2) да су директори или лица која контролишу рад друштва поступали или ће поступати преварно, непоштено или незаконито; 3) да су акционари блокирани у гласачким правима и због тога су пропустили да на две узастопне годишње скупштине изаберу директоре уместо оних чији су мандати истекли; 4) да се имовина друштва расипа или злоупотребом умањује. Трећа група разлога подразумева право поверилаца да иницирају престанак друштва уколико се утврди: 1) да поверилац своје потраживање, засновано на извршној исправи, није могао наплатити због инсолвентности друштва; 2) признање друштва да је потраживање повериоца доспело и да је друштво инсолвентно. Четврта група разлога односи се на могућност добровољног престанка уз надзор суда (попут стечаја и ликвидације).⁹ Пета група се односи на престанак инициран од стране акционара у случају да друштво престане да обавља делатност, а у разумном року није ликвидирано, односно није спроведен стечајни поступак. Један од основних разлога детаљнијег приступа америчком праву обликовања института престанка друштва на основу одлуке суда лежи у томе што је он у том правном систему дубоко укорењен. Примери судских одлука у САД бележе се још с краја XIX века.¹⁰ Од других, свакако претежу оне које упућују на њима својствену прагматичност и развијеност корпоративне праксе.

7 Пресуда Вишег суда у Нирнбергу 10 U 24/2010 од 20. 4. 2012. године.

8 Модел корпорацијски закон из 2016. године (*Model Business Corporation Act 2016 – MBCA*), sec. 14.30.

9 Harry G. Henn, John R. Alexander, „Effect of Corporate Dissolution on Products Liability Claims“, *Cornell Law Review*, Nr. 6/1971, 883–884.

10 Једна од првих одлука је *Miner v. Belle Isle Ice Co.* 93 Mich. 97, 53 N. W. 218 (1982).

Независно од квалитативности у приступу, у теоријскоправном смислу се разлози за престанак друштва на основу одлуке суда приоритетно квалификују и класификују у три опште групе. Прва група се прожима кроз противзаконито деловање друштва које је неприхватљиво са аспекта општег, јавног интереса. У таквим ситуацијама друштво престаје деловањем државних органа (јавног тужилаштва и/или суда).¹¹ Друга група се манифестује кроз постојање „озбиљне злоупотребе права већине“.¹² Због тога се и његово место проналази у оквиру корпуса заштите права мањинских акционара. У томе се огледа и изузетност овог права. Његова примена се оправдава само у случају када је, услед поменути злоупотребе, која је трајније природе, отпала кауза оснивања друштва капитала и више не постоји тзв. *affectio societatis*.¹³ Међутим, све чешће се поменути разлозима придодaje и постојање треће групе разлога, кроз постојање „блокаде у одлучивању“. Наведена блокада се може појавити како кроз власничку, тако и кроз управљачку блокаду у одлучивању. Четврта група разлога односи се на незаконито, непоштено или преварно деловање органа управљања које је противно интересима чланова. Ова ситуација посебно је приметна у случају тзв. првог агенцијског проблема, када акционари немају одлучујући утицај на рад управе.¹⁴ Разлика у односу на групу разлога која активира деловање државних органа по службеној дужности (попут јавног тужилаштва) огледа се у томе што у предметној ситуацији није угрожен општи, јавни интерес, већ искључиво интерес чланова. Због тога престанак у оквиру ове групе разлога може бити инициран само њиховим деловањем.

У случају постојања неког од описане три опште групе разлога, друштво не престаје самим доношењем судске одлуке. Одлука суда представља само правни основ за његов престанак.¹⁵ Сам престанак се

11 На пример, бугарски Трговачки закон прописује у члану 155 да друштво са ограниченом одговорношћу престаје на захтев јавног тужиоца ако делатност друштва противуречи закону, као и када по продужетку рока од три месеца нема уписаног директора. У складу са чланом 252 став 4, акционарско друштво престаје одлуком суда после регистрације на захтев јавног тужиоца уколико друштво остварује законом забрањене циљеве. Бугарски Трговачки закон из 1991. године (*Трговачки закон*), последње измене 2019. године, доступно на адреси: <https://www.lex.bg/bg/laws/lloc/-14917630>, 19. 2. 2020.

12 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, шесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 334.

13 *Ibid.*

14 Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштва и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање (први део)* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 235–265.

15 Слично и: Јакша Барбић, Vilim Gorenc, Zoran Parać, Siniša Petrović, Boris Porobija, Branko Vukmir, *Zakon o trgovačkim društvima (II dio) – Vodič za čitanje zakona* (red.

спроводи кроз поступак ликвидације, односно принудне ликвидације који се спроводи у нашем праву. То значи да друштво постоји све до окончања поступка принудне ликвидације и брисања привредног друштва из регистра привредних субјеката. Због тога је можда и терминолошки исправније говорити о „престанку друштва на основу одлуке суда“, у односу на позитивно решење српског компанијског права које говори о „престанку друштва по одлуци суда“.¹⁶

III Одлука суда као основ престанка друштва у српском компанијском праву

До доношења Закона о привредним друштвима (2004), престанак друштва капитала на основу одлуке суда није био дефинисан као институт који служи заштити мањинских акционара, односно чланова, нити отклањању блокаде у његовом функционисању. Закон о предузећима (1996), прописивао је једино да предузеће престаје ако се правноснажним одлуком суда утврди ништавост уписа у регистар.¹⁷ Специфичност овог закона била је у томе што је сам поступак ликвидације, који је потом следио, такође спровођен у судском поступку. Отуда се могло рећи да је и сам поступак ликвидације друштва представљао начин престанка друштва на основу одлуке суда у ширем смислу. Доношењем Закона о привредним друштвима (2004), уз прихватање америчког модела регулисања, овај институт је детаљније уређен.¹⁸ У погледу друштва капитала, поред престанка друштва одлуком суда услед ништавости регистрације и брисања по службеној дужности, престанак на овај начин је могућ и по захтеву мањинских акционара, односно чланова.¹⁹ По захтеву акционара, односно чланова друштва са ограниченом одговорношћу који поседују најмање 20% акција, односно учешћа у основном капиталу друштва, који се подноси против друштва, надлежни суд могао је наложити престанак друштва или друге мере из следећих разлога: 1) ако чланови управног одбора друштва не могу да воде послове друштва, било због поделе или других разлога, а акционари друштва не могу да прекину блокаду, тако да се послови друштва не могу више водити у интересу акционара, односно чланова друштва;

Jakša Barbić), drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 1995, 70.

16 ЗПД (2011), чл. 469.

17 Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/1996, 33/1996 – испр., 29/1997, 59/1998, 74/1999, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002, чл. 101 ст. 1 тач. 6, чл. 314 ст. 2.

18 Закон о привредним друштвима – ЗПД (2004), *Службени гласник РС*, бр. 124/04 и 36/2011 – др. закон, чл. 183, чл. 345–346.

19 ЗПД (2004), чл. 183 и 346.

2) да су акционари, односно чланови били блокирани у одлучивању и на најмање две узастопне годишње скупштине нису успели да изаберу чланове управног одбора, тако да се послови друштва не могу водити у интересу друштва; 3) ако чланови управног одбора друштва, као и чланови других органа друштва делују противзаконито, непоштено или преварно према акционарима који подносе такав захтев; 4) да се имовина друштва расипа или умањује. По поднетом захтеву, односно тужби, суд је могао покренути поступак престанка друштва или, ако се ради о отклоњивом основу, оставити рок до годину дана за отклањање неправилности. На тај начин је закон овластио суд да процени испуњеност услова за тзв. „регуларизовање ситуације“.²⁰ Ако сматра да се неправилности не могу отклонити, суд налаже поступак престанка друштва ликвидацијом, при чему је могао одредити и ликвидационог управника. Наведеним законом било је прописано да, ако не покрене поступак престанка друштва, суд може наложити једну или више мера, а нарочито: 1) разрешење било ког члана управног одбора или извршног одбора; 2) избор члана управног одбора или извршног одбора друштва; 3) именовање привременог заступника друштва; 4) ревизију рачуноводственог извештаја друштва и попис имовине друштва; 5) плаћање дивиденде; 6) куповину акција мањинских акционара који су поднели захтев за куповину од стране друштва по вредности утврђеној од стране суда на основу налаза независног процењивача; 7) накнаду штете било ком лицу коме је проузрокована.

Новодонети, и данас важећи, Закон о привредним друштвима (2011), ослањајући се на решења претходног закона уз извесне козметичке измене, на сличан начин регулише институт престанка друштва капитала одлуком суда.²¹ На тај начин, такође, прихвата амерички модел детаљног регулисања разлога престанка друштва и нуди низ других алтернативних мера. Разлози престанка су готово истоветни, изузев потребе прилагођавања новим терминолошким изразима и поделама, нарочито за органе управљања друштвом. Тако је предвиђено да по тужби акционара, који поседују акције које представљају најмање 20% основног капитала друштва, надлежни суд против друштва може одредити његов престанак или друге мере ако: 1) одбор директора, односно извршни и надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, не могу да воде послове друштва, било због међусобног неслагања или из других разлога, а скупштина не може да прекине блокаду, што за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу акционара; 2) су акционари блокирани у одлучивању на скуп-

20 М. Васиљевић, 331.

21 ЗПД (2011), чл. 239, чл. 469.

штине најмање две узастопне седнице скупштине, што за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу друштва; 3) директори, односно чланови надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно, делују противзаконито, непоштено или преварно, а противно интересима акционара који подносе тужбу; 4) се имовина друштва расипа и умањује. По поднетој тужби суд може, ако су разлози за подношење тужбе отклоњиви, оставити рок друштву од највише шест месеци за отклањање неправилности. Приметно је да је рок за тзв. „регуларизовање ситуације“ скраћен за шест месеци, што је у потпуности у складу са начелом економичности грађанског судског поступка. Тешко је замислити да се проблеми који се нису могли отклонити у року од шест месеци могу отклонити у неком дужем року. Уколико друштво у остављеном року не отклони неправилности, суд ће пресудом одредити престанак друштва или једну или више од следећих мера: 1) разрешење директора или члана надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно; 2) увођење принудне управе у друштво до именовања нових директора, односно чланова надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно; 3) спровођење ванредне ревизије финансијских извештаја друштва; 4) доношење одлуке о расподели добити или о исплати учешћа у добити, односно дивиденде; 5) откуп акција које поседују акционари који су поднели тужбу од стране друштва по њиховој тржишној вредности. Пресудом се може одредити и накнада штете од стране друштва акционарима који су поднели тужбу. У случају доношења одлуке суда о престанку друштва суд одређује његов престанак. На тај начин оставља се скупштини чланова, односно акционара, да у року од 30 дана од дана правноснажности пресуде покрену поступак добровољне ликвидације.²² Уколико то у остављеном року не буде учињено, покреће се поступак принудне ликвидације.²³

22 ЗПД (2011), чл. 546 ст. 1 тач. 6 у вези са чл. 525 тач. 2 и 3.

23 „Правилно је одбачена тужба тужиоца за престанак друштва у делу у коме је тражено да суд донесе одлуку о покретању поступка ликвидације. Поступак ликвидације може бити добровољан и принудан. Услови, односно начини покретања добровољне ликвидације предвиђени су чланом 525 Закона о привредним друштвима (на основу одлуке скупштине друштва капитала), док су разлози принудне ликвидације предвиђени у одредби члана 546 истог закона. Имајући то у виду, произлази да је поступак добровољне и принудне ликвидације одређен законом, што би даље значило да не може суд да наложи туженом доношење одлуке о покретању ликвидационог поступка, нити суд може да наложи посебном органу оно што је у вршењу његових законских овлашћења у посебном поступку. Зато је тужба тужиоца недозвољена...“ Из пресуде Привредног апелационог суда Пж 663/17 од 11. 12. 2018. године.

IV Неке процедуралне дилеме у спору поводом престанка друштва на основу одлуке суда

Иако је законом доста исцрпно регулисан институт престанка друштва на основу одлуке суда, у примени права су опстале бројне дилеме. Оне су превасходно процедуралне природе. Узрок њиховог постојања превасходно лежи у томе што је једном институту америчког права, као правном транспланту, потребно пронаћи право место и прилагодити га духу српског правног система. Други узрок је у непостојању традиције примене овог правног института, а потом и недовољног искуства судија у његовој примени. Трећи узрочник недоумица у примени јесте и што и закон који у основи представља материјалноправни извор права, тзв. устав компанијског права, прожимају нека процесно-правна решења. Тако је у оквиру законске одредбе којом се регулишу питања престанка друштва на основу одлуке суда дефинисан низ процесноправних норми. Првенствено је дефинисано да се тужба за престанак друштва подноси против привредног друштва.²⁴ Потом, да се о престанку одлучује пресудом. Дефинисано је и како треба да гласи садржина изреке пресуде, односно да суд пресудом одређује престанак друштва.

Међутим, можда највеће дилеме у примени права ствара питање одређивања посебних мера (разрешење директора, увођење принудне управе, спровођење ванредне ревизије, доношења одлуке о расподели добити, откуп тужиочевих акција) које могу бити одређене уместо престанка друштва. Основно је питање да ли је суд овлашћен да ове мере одреди по службеној дужности, без постојања захтева парничних странака за њихово одређење, или захтев странака нужно мора бити опредељен. Владајуће је становиште судске праксе да је суд овлашћен да мере из члана 469 став 3 ЗПД (2011) може одредити по службеној дужности уколико сматра да су оне адекватније од престанка друштва.²⁵ Међутим, макар са теоријскоправног становишта, ово питање је могуће посматрати другачије. Уколико се пође од чињенице да се спор поводом престанка друштва на основу одлуке суда спроводи по прави-

24 „Без утицаја су жалбени наводи тужиоца на одлуку првостепеног суда о одбијању захтева за престанак друштва, с обзиром на то да је тужилац супротно члану 469 Закона о привредним друштвима тужбени захтев усмерио према другом члану друштва, уместо према самом друштву чији се престанак тражи.“ Из пресуде Привредног апелационог суда Пж 7290/16 од 6. 6. 2018. године.

25 Пресуда Привредног апелационог суда Пж 6614/17 од 31. 1. 2019. године. Исто и: Татјана Матковић Стефановић, „Престанак друштва по одлуци суда“, *Закон о привредним друштвима – нова законска решења и спорна питања* (ур. Драгиша Б. Слијепчевић), Глосаријум, Београд, 2018, 89–91.

лима парничног поступка, треба имати у виду да у парничном поступку суд одлучује у границама захтева који су постављени у поступку.²⁶ То значи да би одлучивањем о ономе што тужбом није тражено суд прекорачио границе тужбеног захтева, што представља битну повреду одредаба парничног поступка.²⁷ Управо из поменутих правила поступања у спору поводом тужбе из члана 469 ЗПД (2011) проистиче да суд нема овлашћење да по службеној дужности одреди поменуте посебне мере уколико њих сматра целисходнијим у односу на одређивање престанка друштва. Одређивању поменутих мера по службеној дужности не иде у прилог ни образложење да полазећи од принципа „ко може више, може и мање“ поменуте мере представљају „мање“, односно блаже мере од одлуке престанка друштва. Предвиђене мере су у потпуности независне и самосталне у односу на „меру“ одређивања престанка друштва. Наиме, у ситуацији када се тужбом захтева престанак друштва, тешко је дати разумно образложење да одређивање нпр. ванредне ревизије финансијских извештаја или расподеле добити могу бити адекватне мере које, у случају да их суд одреди по службеној дужности, могу превазићи такву подељеност у друштву попут тешке, дисфункционалне злоупотребе права већине, блокаде у одлучивању или постојање незаконитости у поступању. Такође, да се не ради о мерама које су „мање“ важне у односу на меру престанка друштва, нити да се исте могу одредити по службеној дужности, посебно се потврђује по питању применљивости мере откупа акција тужиоца по тржишној цени. Дакле, да ли у ситуацији када тужилац, са минимум 20% учешћа у капиталу туженог, захтева престанак друштва из разлога предвиђених чланом 469 ЗПД-а, при чему се разлози за престанак друштва утврде, суд по службеној дужности може оценити да је безболније да „принудно“ искључи тужиоца из друштва и исплати му тржишну цену његових акција, односно удела? Уколико би одговор на ово питање био потврдан, то би значило да члан друштва, који докаже постојање законом прописаних разлога за његов престанак, може „вољом суда“ бити искључен из чланства у друштву. Поступањем на тај начин „неко ко је злоупотребио право већине награђује се у основи присилним иступањем мањинских чланова/акционара из друштва, чије задовољење треба да буде накнада вредности удела/акција у моменту иступања.“²⁸ Такво чињење с правом може од идеје права довести до „маскараде права“.²⁹ Такође, уколико се поменуто становиште покушава сагледати и са аспекта применљивости овог института у

26 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 3 ст. 1.

27 ЗПП, чл. 374 ст. 1.

28 М. Васиљевић, 336.

29 *Ibid.*

америчком правном систему, одакле је исти и трансплантиран, треба имати у виду да се ни у том праву мера откупа акција тужиоца не одређује по службеној дужности од стране суда. За његову примену обавезно је постојање захтева акционара (члана друштва) који жели откуп акција по фер тржишној цени.³⁰ На крају, да се ради о немогућности одређивања предметних мера по службеној дужности, независно од захтева странака, говори и одређење да суд пресудом „може одредити престанак друштва или друге мере“, а истом пресудом „може одредити и накнаду штете од стране друштва акционарима који су поднели тужбу“. Имајући у виду поменути законску формулацију, прихватање становишта да се предметне мере могу одредити по службеној дужности значило би да би суд био овлашћен да по службеној дужности одреди и накнаду штете акционарима који су поднели тужбу, што је апсолутно неприхватљиво.

Друга дилема, која се у примени права често јавља, односи се на питање да ли се поменуте мере могу самостално тужбом захтевати, независно од захтева за престанак друштва на основу одлуке суда. Поводом овог питања постоје контрадикторности и у одлукама суда. С једне стране се заступа становиште да је за одређивање посебних мера из члана 469 став 3 ЗПД (2011) нужно определити захтев за престанак друштва. Само у том случају, уколико суд сматра „целисходнијим“ у односу на одређивање престанка друштва, може одредити неку од законом предвиђених мера.³¹ На другој страни, брани се став да се поменуте мере могу одредити независно од постојања захтева за престанак друштва.³² Отклањању дилема поводом поменутог питања свакако треба приступити полазећи од самог законског одређења. Наиме, у оквиру одредбе члана 469 став 1 ЗПД (2011) прописано је да суд алтернативно може одредити престанак друштва „или“ друге мере. Потом, у ставу 3 наведеног члана предвиђено је да суд може пресудом одредити престанак друштва „или“ једну или више од побројаних мера. Тумачењем законског текста проистиче да суд може одредити неку од прописаних мера независно од одлуке о престанку друштва. У сваком случају, одређивању неке од прописаних мера нужно претходи испуњење услова за престанак друштва. Сходно томе, следи и закључак да тужилац може самостално и независно од захтева за престанак друштва тражити само одређивање неке од мера (разрешење директора, увођење принудне управе, спровођење ванредне ревизије, доношење одлуке о расподели

30 МВСА, sec. 14.34.

31 Пресуда Привредног апелационог суда Пж 6614/17 од 31. 1. 2019. године. Исто и: Т. Матковић Стефановић, 90.

32 Решење Привредног апелационог суда Пж 214/16 од 6. 10. 2016. године.

добити, откуп тужиоцевих акција). За успех у том спору нужно је да се претходно докаже испуњеност законом прописаних услова за престанак друштва.

Трећа дилема у примени права се често јавља након неуспеха тужиоца по тужби за престанак друштва. У таквој ситуацији се поставља питање да ли нови, будући чињенични склоп, може створити услове за подношење нове тужбе за престанак друштва или се ради о већ пресуђеној ствари поводом које се спор не може убудуће водити. Овде треба имати у виду да се парница решава на основу чињеница изнетих у спору. У том смислу, исте парничне странке не могу водити спор о престанку друштва поводом истоветног чињеничног стања на коме је заснована пресуда о одбијању тужбеног захтева. Међутим, уколико након пресуђења наступи нова чињенична ситуација која оправдава испуњеност законом прописаних разлога за престанак друштва, тада не постоји правна сметња да се о престанку друштва поново расправља међу истим парничним странкама. Пресуђене ствари (*res iudicata*) у конкретном случају нема јер се накнадно отпочета парница заснива на новом, другачијем чињеничном стању у односу на оно на коме је заснована претходна пресуда о одбијању тужбеног захтева.

V „Делотворност“ института престанка друштва на основу одлуке суда

Независно од дискусије о проблемима процедуралне примене института, може се ипак рећи да је овај институт детаљно и квалитетно регулисан у нашем привредном законодавству. С друге стране, прошло је више од деценије и по од његовог трансплантирања из америчког у наш правни систем. Међутим, на основу истраживања његове применљивости у пракси српског привредног правосуђа намећу се два закључка. Први, да је позивање на овај институт изузетно ретко, што и није зачуђујуће будући да се исти примењује само као крајња мера. Други закључак ипак наводи на размишљање, а говори о томе да приликом истраживања судске праксе није пронађен пример правноснажне одлуке којом је усвојен захтев за престанак друштва на основу одлуке суда. Из њега проистичу многа питања о којима вреди расправљати. Једно од таквих је и питање да ли је стварно овај институт пустио тако дубоке корене да се суштина његовог егзистирања на правилан начин резонује или се у пракси још увек избегава његова примена, чак и у ситуацијама када је препоручљива? У трагању за одговором на постављено питање може се рећи да је врло симптоматично да у привреди, која се често назива „стечајном“, није забележен ни један пример да су испуњени ус-

лови за примену института престанка друштва на основу одлуке суда. С тим у вези, без икаквог критичког освртања на ставове суда, било би можда од користи поменути да иако овај институт представља крајњу меру, то не значи да исти не треба никад применити.

У духу је овог института да његова примена има оправдања у оним ситуацијама када је злоупотреба већине таквог интензитета и трајања да је постала упитна сврха постојања привредног друштва. Исто се односи и на случај блокаде одлучивања у друштву, где се у поступку примене института престанка друштва мора проценити да ли је престанак друштва мање штетан по чланове, повериоце и читав привредни систем од даљег опстанка тог друштва у привредном систему. Ово нарочито због тога што друштво и након одлуке суда о одбијању захтева за престанак друштва због настављене блокаде, често и продубљеније, даље не може успешно да функционише. Нарочито у овој ситуацији од посебне важности постаје питање да ли је суд приликом одбијања тужбеног захтева за престанак друштва због блокаде у одлучивању водио рачуна о томе да друштво и након одбијања тужбеног захтева наставља бити блокирано, што додатно усложњава финансијску нестабилност привредног друштва. Изражавање сумње у потврдан одговор на поменуто питање нарочито се намеће због честе праксе да је након неуспелог покушаја чланова да друштво престане због блокаде његовог функционисања подељеност у друштву била још продубљенија и финансијска ситуација тако озбиљна да је отварање стечајног поступка готово неизбежно.

Услед наведеног, од посебне важности је указивање да судови, приликом одлучивања о захтеву странака да привредно друштво престане на основу судске одлуке, морају водити рачуна не само о томе да је злоупотреба већине или блокада у одлучивању изузетно изражена, при чему се доводи у питање „сврха“ његовог постојања.³³ Суд је истовремено обавезан да процени да ли је престанак привредног друштва мање штетан, односно „безболнији“ од његовог даљег егзистирања у привредном систему.³⁴ То би, другим речима, значило да, примера ради, уколико је блокада органа друштва тако изражена да поред интензитета и трајања има и снажне последице по финансијску стабилност друштва, суд приликом одлучивања о захтеву друштва мора водити рачуна да ову нестабилност у функционисању друштва мора да реши. Уколико то не учини, реално је очекивати да ће блокада и јаз међу сукобљеним странама у друштву бити још продубљенији, што додатно штети интересима не само чланова, већ и трећих лица (попут поверилаца, запослених

33 Harry J. Haynsworth, „The Effectiveness of Involuntary Dissolution Suits as a Remedy for Close Corporation Dissension“, *Cleveland State Law Review*, Nr. 1/1987, 87.

34 М. Васиљевић, 336.

итд.). У крајњем, све поменуто изазива и штетне последице по читав привредни систем. Отуда, суштински смисао изложеног се може персонификовати крилатицом да је „добар развод увек бољи од лошег брака“.

Уколико се изложеном сврхом постојања предметног института судови не буду водили и упорно се настави са опирањем од његове примене у пракси може се, у крајњем, довести у питање и делотворност овог правног института у нашем правном систему. Самим тим, последице по наш правни систем могу бити још израженије.

VI Закључак

Институт престанка друштва на основу одлуке суда представља правни трансплант преузет из америчког права. Управо по угледу на правни систем одакле потиче, овај институт је детаљно регулисан у српском компанијском законодавству. Међутим, независно од тога, бројне недоумице у његовој примени и даље опстају и чине се „горућим“. Оне су превасходно процедуралне природе. Ове дилеме тичу се могућности да суд по службеној дужности одреди неку од алтернативно прописаних мера у односу на престанак друштва или то може бити учињено само на основу опредељеног захтева учесника у спору (становиште које заговарају аутори овог рада). Такође, становиште је аутора да поменуте законске мере могу бити опредељене тужбом независно од захтева за престанак друштва. На крају, уколико спор поводом престанка друштва буде окончан пресудом о одбијању тужбеног захтева, то не представља правну сметњу да тужилац на основу нових чињеница, које евентуално уследе по окончању спора, поново поднесе тужбу за престанак друштва. С друге стране, у раду је указано и на проблеме суштинске природе који могу довести у сумњу сврху овог правног института. С тим у вези, анализирани проблеми представљају само део постојећих и препознатих проблема од стране аутора. О њима је говорено на високом степену расправности. То значи да изнети предлози не морају бити коначни, већ представљају само основ за даљу расправу у циљу доласка до квалитетних решења.

Коришћена литература

Barbić Jakša, Gorenc Vilim, Parać Zoran, Petrović Siniša, Porobija Boris, Vukmir Branko, *Zakon o trgovačkim društvima (II dio) – Vodič za čitanje zakona* (red. Jakša Barbić), drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb, 1995.

- Васиљевић Мирко, *Компанијско право – право привредних друштва*, шесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.
- Вотсон Алан, *Правни трансакции*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000.
- Матковић Стефановић Татјана, „Престанак друштва по одлуци суда“, *Закон о привредним друштвима – нова законска решења и спорна питања* (ур. Драгиша Б. Слијепчевић), Глосаријум, Београд, 2018.
- Радовић Вук, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање (први део)* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.
- Haunsworth Harry J., „The Effectiveness of Involuntary Dissolution Suits as a Remedy for Close Corporation Dissension“, *Cleveland State Law Review*, Nr. 1/1987.
- Henn Harry G., Alexander John R., „Effect of Corporate Dissolution on Products Liability Claims“, *Cornell Law Review*, Nr. 6/1971.
- Hornstein George D., „A Remedy for Corporate Abuse – Judicial Power to Wind up a Corporation at the Suit of a Minority Stockholder“, *Columbia Law Review*, Nr. 2/1940.

Ljubiša DABIĆ, PhD

Full-time Professor at the University of Belgrade Faculty of Economics – Retired

Marko RADOVIĆ, PhD

Judge at the Commercial Court in Belgrade, Republic of Serbia

DISSOLUTION OF A COMPANY AT THE DISCRETION OF A COURT

Summary

This paper is based on the hypothesis that the institute of dissolution of a company at the discretion of a court causes numerous dilemmas in its application. In some situations, they are the result of a misunderstanding of the purpose of establishing this legal transplant in Serbian company law. Consequently, its applicability in any case becomes questionable. There are also frequent doubts regarding certain procedural issues.

Therefore, the aim of this paper is to strive to propose, through a theoretical analysis of the origin, purpose and justification of its application, certain solutions that would be useful to case law.

Possible deviations from the ruling case law are not made for the purpose of critical comment, but are the result of a different approach to certain contentious issues. This is why the paper itself follows a high degree of discussion, without the expectation that all of the conclusions in the paper will become or survive as valid and on which the practice of the courts should be based.

Key words: *Dissolution of a Company. – Involuntary. – Judicial Dissolution of Corporation.*

Датум пријема рада: 2. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 14. 5. 2020.

UDK: 35.077

CERIF: S111

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002025T

др **Зоран Р. ТОМИЋ***

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

МНОЖИНА ВОЉА КОД НАСТАНКА УПРАВНОГ АКТА¹

Сажетак

Чланак је посвећен различитим, прописима предвиђеним комбинацијама воља код настанка пуноважне управне акције, као начелно једностране и ауторитарне. Било да су у питању две или више службених воља – равноправних или пак неједнаке ранга а суцесивних, било да је посредом законом предвиђена сарадња воље органа и воље странке, нарочито код окретања пословица на њен захтев или код управних послова контроле донете акције. Правни значај те конституционалне воља код управне акције може углавном да буде тројак: 1) да недоследно једне службене или приватне воље странке садржине акције чини акцију најадљивим и оборивим у одређеном року; 2) када код заједничке одлучивања надлежни органи не реше у истом смислу – акцију равно и не посвоји, уостале се и не рађа; 3) да почетни недоследно воље странке, када је њен захтев за окретањем пословица конститутивне карактера за доношење будуће акције, чини акцију увек неорочено конститутивним, осим ако странка накнадно изменила на његову садржину. Ако је реч о

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

1 Овај чланак је настао као резултат учешћа на пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета у Београду за 2020. годину.

*сајласносџи воља јавнојравној орјана и сџранке у јавном инџересу, џа-
кав њихов јроизвод назива се ујравни ујговор; џу без обе воље нема џој
двосџраној акџа.*

Кључне речи: *Једносџраносџи. – Сајласносџи. – Мишљење. – Воља сџран-
ке. – Присџанак.*

І Уводно слово

Предмет текста је јасан већ из наслова. Притом, све те воље могу да буду службене – јавноправног профила, или пак једна јавноправна (или више њих) а друга/е нејавноправна, по правилу воља странке.

У првој групи ситуација, реч је о множини воља органа која гради садржину акта; то је, према преовлађујућем доктринарном гледишту, тзв. сложени/збирни управни акт.² Воља странке се може огледати у њеном захтеву за покретање поступка, односно за испитивање законитости већ донетог акта, као и пристанку на садржину акта или пак у формирању акта у сагласју са вољом органа. У потоњој ситуацији, у питању је управни уговор.

У тексту чланка се најпре разграничавају једностраност и ауторитативност акта, да би се, затим, пажња задржала на сложеном управном акту, на његовим неколиким облицима. Следиће анализа утицаја воље странке на доношење управног акта. На крају су завршна разматрања.

ІІ Разграничења и облици

1) Сваки управни акт (не и сваки управни чин!) је *ауџоритџивносџи-ван* и *једносџран* – донесен је применом управне власти од стране надлежног вршиоца управне активности. *Ауџоритџивносџи* управног акта је израз неравноправности у насталом односу између доносиоца и адресата акта (странке). На основу прописа, доносилац акта стиче јачу вољу, посредством које остварује и штити јавни интерес. Ауторитативност управне позиције је несумњива још на почетку правног процеса који ће резултирати доношењем управног акта: *ујравни јосџујак се јокређе* *увек неком службеном радњом надлежној орјана*. Затим, *у целом њејовом џоку, а нарочитџо у садржини издајџој акџа*, посреди је могућност одређивања, на основу правних прописа, извесног понашања и про-

2 Варијанте су различите: *approbation* (одобравање), *accord* (сагласност), *donner son consentement* (давање пристанка, сагласности...), *la procedure consultative* (саветодавна процедура) и слично.

тив воље адресата акта. На крају, *код извршења акћа*, ако је у питању обавеза, долази до принудног извршења акта ако је адресат сам не испуни. Ауторитативност, исказана кроз субординацију воља издаваоца и адресата, одваја управни акт од категорије *грађанскоправних послова* којој је, начелно, својствена координација воља, ненаметање. Ту је реч о потчињености државној власти, тзв. општој и спољној потчињености којој подлежу сви грађани на основу Устава, закона и других прописа.

Али, с друге стране, ауторитативност управног акта не треба мешати с његовом *једностраношћу*. Једностраност значи да је неки акт дело једне воље (овлашћеног појединца – ако је орган инокосан, а колектива – ако је орган колегијалан), да потиче од једног правног субјекта. Двострани (вишестрани) јесте онај правни акт, односно правни посао који је плод споразума воља два субјекта (или више њих). Грађанскоправни послови су двострани (уговор) или једнострани (издавање хартија од вредности, јавно обећање награде). Управноправни послови такође могу да буду једнострани – управни акт, али и двострани – управни уговор.

Управни акт је увек једностран, при чему нема значаја околност да ли је воља доносиоца законски компонована учешћем два или више органа или није. Претходно у целини вреди и за управне акте који се доносе *уз њихованак странке*: управни акт остаје искључиво дело надлежног органа. Ту воља адресата није услов правног постојања акта, већ само елемент његове правне ваљаности.³

2) Правило је да у једној управној ствари решава и решење доноси један (надлежни) орган. „La pluralité d’ auteurs n’est pas pour autant incompatible avec l’unilarité de l’acte“ – „множина твораца акта није неспојива с његовом једностраношћу“.⁴ Значи, то не утиче на класичну једностраност акта:⁵ сви „аутори“ акта су на једној страни, странка на другој.⁶

Један надлежни орган – једно решење, то су тзв. *једностранна решења*. Када је прописима предвиђено да се више воља различитих органа компонује у доношењу одређеног управног акта, посредни

3 Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном послову са судском праксом и рејсиром појмова*, друго преправљено и знатно допуњено издање, Београд, 2019, 158–159.

4 Pierre Delvolvé, *Lacte administratif*, Paris, 1983, 14.

5 Вид. Bernd-Christian Funk, *Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem*, Wien, 1978, 40–41.

6 Иво Крбек, *Управни акци*, Загреб, 1959, 32–33; Велимир Иванчевић, *Институције управног права (прва књига)*, Загреб, 1983, 304–306; Славољуб Б. Поповић, Бранислав Марковић, Милан Петровић, *Управно право – општи гео*, Београд, 2002, 526–530.

је сложено тј. збирно решење.⁷ Закон о општем управном поступку Србије их непрецизно назива заједничка.⁸ Другачије је, примерице, у Закону о управном поступку Црне Горе.⁹ Он квалификује „заједничким“ само она решења која су, одлучилачки узев, у целини дело два органа који су једну исту правну ствар решила на исти начин.¹⁰ Посебно се уређује давање „сагласности, потврде, одобрења, односно мишљења“.¹¹ У доношењу таквих решења учествују (сарађују) на одређени начин два или више органа. Ипак, као непосредни и формални издавалац управног акта увек се појављује један орган.

Поред описаног значења „сложеног решења“, у правној књижевности се могу наћи и друга одређења те кованице: сложеност с гледишта чињеничне слике као подлоге акта, затим са становишта дељивости управне ствари о којој се одлучује (што рађа могућност доношења делимичног решења),¹² као и из угла додатака акта (услов, рок, терет и придржај опозива), али и „сложен акт“ који се састоји из више повезаних правних аката.¹³

У ЗУП-у Србије се регулишу *поједини облици учешћа других органа при доношењу решења од стране надлежног органа*. Тако, законом или другим прописом може да буде предвиђено да решење доноси један орган: 1) уз претходну сагласност другог органа;¹⁴ 2) уз накнадну сагласност другог органа;¹⁵ 3) уз прибављено мишљење другог органа.¹⁶

Решење донесено противно правилима из овог члана може се побијати како жалбом, тако и тужбом. Као посебна санкција у случају доношења решења без учешћа другог органа, онда када је такво решење по прописима било обавезно, предвиђено је *ионишћавање коначног решења*.¹⁷

У ситуацији када је прописано као *неоходно давање претходне сагласности*, надлежни орган се пре доношења решења обраћа другом

7 Вид. Славољуб Поповић, *О сложеним или комплексним (збирним) правним актима – Управно право, студије и чланци*, Београд, 1973, 120–130.

8 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење, чл. 138.

9 Закон о управном поступку Црне Горе – ЗУПЦГ, *Службени лист ЦГ*, бр. 56/14, 20/15, 40/16 и 37/17.

10 ЗУПЦГ, чл. 42.

11 ЗУПЦГ, чл. 41.

12 Вид. ЗУП, чл. 139 ст. 1 у вези са ст. 6.

13 Слично и: И. Крбек, 32 фн. 41.

14 ЗУП, чл. 138 ст. 1.

15 ЗУП, чл. 138 ст. 2.

16 ЗУП, чл. 138 ст. 3.

17 ЗУП, чл. 183 ст. 1 тач. 9.

органу – упознаје га с одговарајућим чињеничним материјалом и са својим ставом о садржини и смислу решења које треба донети. Орган од кога се тражи сагласност може је дати или одбити. У сваком случају, дужан је да се изјасни у одређеном року, уз одговарајуће образложење. Ако је сагласност *дајта*, надлежни орган доноси решење, наводећи у њему и акт о давању сагласности. Ако је сагласност *одбијена*, надлежни орган не сме донети решење оног смисла и садржине на коју је сагласност ускраћена. Када је поступак био покренут по службеној дужности, па други орган одбије сагласност, поступак бива обустављен. Када је поступак покренут захтевом странке, па надлежни орган сматра да треба удовољити захтеву, а други орган не да сагласност на то, доноси се негативно (одбијајуће) решење уз навођење (у образложењу) разлога које је други орган изнео у акту о одбијању сагласности. Ако је надлежни орган тражио сагласност за доношење одбијајућег решења, а други орган није пристао да је да, не може се донети позитивно решење а да се претходно за то не добије сагласност.

У ситуацији када је сагласност тражена и добијена и решење донесено па поништено у управном спору, није потребна поновна сагласност за доношење другог решења у истом смислу у коме је било и раније.¹⁸ Речено важи само уз претпоставку да у поступку доношења другог решења није утврђено (у складу с примедбама суда) битно друкчије чињенично стање од оног на темељу кога је раније тражена и добијена сагласност.¹⁹

Акт којим се даје претходна сагласност није управни акт у смислу Закона о управним споровима,²⁰ па се против њега не може водити управни спор.²¹ Реч је о *интерном, акцесорном акту међусобној ошшћења органа управе*. Са садржином тога акта странка се упознаје тек у решењу чија је правна ваљаност била условљена давањем сагласности.

По питању форме акта о давању сагласности, ранији Секретаријат СИВ-а за општу управу дао је Објашњење, и данас вредеће, у коме се, између осталог, каже:²² „Пошто акт о сагласности није управни акт, то

18 Тако у пресуди Савезног врховног суда, У 649/62 од 25. 5. 1962. године.

19 Слично и: Богдан Мајсторовић, *Коментар Закона о ошшћем управном поштујуку*, Београд, 1978, 311.

20 Закон о управним споровима – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 111/09, чл. 4.

21 Акт којим комисија обавештава надлежни првостепени орган о томе да је сагласна са предложеним унапређењем или одбија да да своју сагласност, представља само саставни део управног поступка у коме се доноси првостепено решење, па према томе такав акт не представља управни акт у смислу члана 5 (сада чл. 4, *прим. аути*.) Закона о управним споровима. Савезни врховни суд, У 85/59 од 14. 2. 1959. године.

22 Објашњење бр. 08–13348/1 од 3. 7. 1961. године.

његова форма не би могла у потпуности да одговара управном акту јер она не садржи најбитнији део решења, тј. диспозитив, јер се давањем, односно одбијањем сагласности не решава ствар, те то ни суштински, ни по правном дејству не представља решење, већ елеменат за доношење решења, нити против акта о сагласности има места правном леку.²³

Због природе сагласности о којој је реч, ЗУП-ом се предвиђа и друкчији вид општења између односних органа. Тако, док је код претходне сагласности прописана обавеза да доносилац решења наведе у њему акт о тој, раније добијеној сагласности, дотле тако нешто код накнадне сагласности није изводљиво јер се узима да је решење донето чим други орган дâ тражену сагласност. Ако таква сагласност не буде прибављена – други орган одбије да је дâ, састављено решење остаје у нацрту – није донето и не производи никаква правна дејства.

Решење за које се прописима тражи накнадна сагласност, по правилу, почиње да делује од давања сагласности о којој је реч. Уколико је, пак, надлежни орган (доносилац) навео у самом решењу неки други моменат од када оно почиње да производи правна дејства, па се с таквим решењем други орган сагласи, оно делује од дана који је у њему означен.²⁴ Решење се формално сматра донетим када је други орган дао накнадну сагласност.²⁵ Одбијање сагласности (и претходне и накнадне), као и мишљења, мора да буде образложено.²⁶

Прибављено мишљење, за разлику од описаних облика учествовања, не обавезује орган који решава дату управну ствар, не утиче на пуноважност решења. Дакле, надлежни орган је *дужан да га прибави, али не и да прихвати њако мишљење*. Неприхватање мишљења се мора аргументовати. Мишљење другог органа показује се као неопходан и користан елеменат који надлежни орган оцењује у склопу свих чињеница и околности конкретног случаја.²⁷ У случајевима предвиђеним про-

23 У истом смислу је било и Објашњење Савезног секретаријата за правосудје бр. 04–752/1 од 21. децембра 1965. године.

24 Врховни суд Србије, У 6881/63 од 11. 9. 1963. године.

25 Ако је одговарајућим прописима предвиђено да се одређено научно звање стиче избором од стране једног органа и потврдом извршеног избора од стране другог органа, правно дејство избора настаје од дана потврде, а не од дана избора. Врховни суд Србије, У 6391/60 од 5. 12. 1960. године.

26 Орган који даје сагласност, потврду или одобрење дужан је да у случају да одбије сагласност, потврду или одобрење то и образложи. Савезни врховни суд, Уж. бр. 641/59 од 17. 7. 1959. године.

27 Мишљење које је орган надлежан за решавање ствари дужан по одређеном поступку да прибави пре решавања не везује тај орган, али је исти дужан да га цени и да конкретне приговоре испита зависно од њиховог значаја за решење ствари. Врховни суд Србије, Увп. бр. 281/79 од 9. 1. 1980. године.

писима, други орган је обавезан да органу надлежном за решавање у односној управној ствари саопшти свој став на његов захтев.

За давање претходне сагласности, накнадне сагласности, као и мишљења, прописан је *йосебан рок* који тече од дана пријема захтева другог органа, а који је упутио надлежни орган.²⁸ Рок износи 30 дана, осим ако је посебним прописом предвиђен други рок.²⁹ Ћутање другог органа у остављеном року има исти значај као и давање претходне сагласности, накнадне сагласности, односно мишљења. У питању је неоторива законска претпоставка да ћутање значи позитиван одговор. Међутим, посебним прописима може да буде друкчије одређено.³⁰

Укратко: код тзв. збирних аката различите су форме учешћа, обавезних или факултативних, „консултација“ других правних субјеката, њихових претходних или накнадних акцесорних аката, да би онај главни, према предвиђеним прописима, био у потпуности пуноважан.³¹ Збирне акте у описаном смислу треба строго разликовати од додатака акту: рока, услова, терета и придржаја опозива. Код додатака је у питању једна воља изражена у најмање два коплементарна састојка, а код класичних збирних аката реч је о више повезаних службених воља.

Такође, збирни акт се не може поистоветити ни са стицајем месне надлежности више органа. Код тог и таквог стицаја, два или више органа су истовремено територијално надлежна, па се онда, према предвиђеном правном механизму, једна воља издваја као једина процесно оперативна.³² С друге стране, код сукоба надлежности тек треба установити која је од оних у „позитивном“ или „негативном“ сукобу службена воља, који је орган доиста надлежан за одлучивање у конкретном случају.³³

Када се прописима одреди да у *одређеној ујравној ствари решавају (као надлежни) два или више органа*,³⁴ тада сваки од њих одвојено реша-

28 Законски рок, у коме је орган који даје сагласност дужан да обавести доносиоца решења да ли даје или одбија тражену сагласност, почиње тећи од момента уредног тражења сагласности. Ако акт којим је тражена сагласност није садржао све потребне податке, па је морао бити допуњаван, прописани рок почиње тећи од момента кад је предлог допуњен. Врховни суд Србије, У 3139/60 од 19. 9. 1960. године.

29 Ако је посебним законом прописан дужи рок за давање сагласности од месец дана, онда важи тај рок, а не рок од месец дана. Врховни суд Србије, У 473/64 од 20. 3. 1964. године.

30 З. Р. Томић, 547–550.

31 Jacques Moreau, *Droit administratif*, Paris, 1989, 182–187; Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1987, 197–198.

32 Вид. ЗУП, чл. 35.

33 Вид. ЗУП, чл. 38.

34 ЗУПЦГ, чл. 42.

ва ту ствар (применом одговарајућих материјално-правних и процесно-правних одредаба), у складу са својом надлежношћу. По завршетку решавања, органи о којима је реч споразумно одлучују који ће од њих формално издати (експедовати) акт. При томе је *неојходно да је сваки орган решио ствар у истом смислу*. Ако им се одлуке разликују, а један од њих ипак изда решење – оно је правно непостојеће. Орган који формално издаје решење дужан је да у „уводу“ акта означи да је донет од стране два (или више) органа, као и да наведе одговарајућу одлуку (акт) другог органа.

Ако споразума два органа нема, решење мора да донесе јавно-правни орган који је први примио захтев странке, односно онај који је неком својом радњом први покренуо дотични поступак.³⁵

III Последице непоштовања прописане множине воља

Код *покрепања постојка захтевом странке*, воља странке је иницијални, посредно конститутивни елемент будућег управног акта.³⁶ Јер, ако управни акт буде донет без захтева странке, а странка на њега није накнадно изричито или прећутно пристала, то је правни основ за неорочено обавезно поништавање таквог решења.³⁷

С друге стране, важно је разликовати управне акте који се доносе по захтеву странке од оних код којих је пристанак странке, а у питању је поступак започет по службеној дужности (!) – неопходан за њихову правоваљаност (на пример, код заснивања службеничких односа или избора јавних функционера или код давања различитих повластица).³⁸ Такав недостатак квалификујемо повредом материјалног права будући да један прописани садржински услов није поштован, па се акт са таквим недостатком може успешно нападати жалбом у управном поступку као и, следствено, тужбом у управном спору. Ако је предвиђена сагласност странке за доношење/настанак акта, посреди је управни уговор, а не управни акт.³⁹ Њихова међусобна разлика у погледу настанка и дејстава, права и обавеза је битна.⁴⁰

35 Зоран Р. Томић, Ђорђевић Блажић, *Коментар Закона о управном постојку Црне Горе – Теоријски, међународни, примјена, судска пракса, рејсисар, шабеле, шеме*, Подгорица, 2017, 278–288.

36 ЗУП, чл. 90.

37 ЗУП, чл. 181 ст. 1 тач. 4.

38 И. Крбек, 27–28; В. Иванчевић, 301–302.

39 ЗУП, чл. 22–26.

40 Р. Delvolvé, 79 и даље.

Такође, код подношења приговора у управном поступку,⁴¹ код управне жалбе,⁴² код ванредног управноправног лека понављања поступка,⁴³ код поништавања коначног решења,⁴⁴ као и код правног пута укидања решења,⁴⁵ вољи органа претходи и воља странке за доношењем коригујућег, односно санкционишућег управног решења. Код поништавања, укидања или мењања решења на препоруку Заштитника грађана, из самог назива тог „посебног случаја уклањања или мењања решења“⁴⁶ произлази однос респектабилних воља два правна субјекта – Заштитника грађана и надлежног управног контролора при доношењу одговарајућег управног акта.

IV Завршна реч

Све у свему, нису ретке ситуације када пуноважност управног акта не зависи само од једне воље, воље његовог надлежног издаваоца. Наиме, може да буде прописано да у доношењу акта учествује још једна или више службених воља, на тачно предвиђен начин. У таквим ситуацијама, недостатност акта – његова незаконитост, може да буде тежа или лакша, јача или слабија. У теже незаконитости спадају оне када управни акт није донет (а морао је да буде!) уз претходну или накнадну сагласност, потврду или одобрење, односно ако уопште није прибављено, тј. тражено мишљење другог органа. Типови ситуација када два органа „заједнички“ доносе један акт, одлучују оба о одређеној правној ствари потпуно равноправно, одвојено а у истом правном смеру, су у пракси веома ретке. Такође, могуће су и одређене факултативне, стручне консултације надлежног управног вршиоца с другим органом/органима, међусобна сарадња и стручна помоћ.

С друге стране, ако управном акту, односно спроведеном поступку његовог доношења није претходила воља странке за покретање поступка, а тај њен захтев је био законски незаобилазан (!) – односни акт је нападљив, тј. поништив без временског ограничења. Одсуство обавезног пристанка странке на садржину донетог, редовно за њу фаворабилног акта, је мање озбиљна, лакша незаконитост. Али, и акт са описаном грешком се може успешно побијати како управном жалбом, тако и управно-судском тужбом.

41 ЗУП, чл. 147–150.

42 ЗУП, чл. 151.

43 ЗУП, чл. 177.

44 ЗУП, чл. 183.

45 ЗУП, чл. 184.

46 ЗУП, чл. 185.

Коришћена литература

- Delvolvé Pierre, *Lacte administratif*, Paris, 1983.
- Иванчевић Велимир, *Институције ујравног права (прва књига)*, Загреб, 1983.
- Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, 1987.
- Крбек Иво, *Уравни акти*, Загреб, 1959.
- Мајсторовић Богдан, *Коментар Закона о ошћем ујравном осћујуку*, Београд, 1978.
- Moreau Jacques, *Droit administratif*, Paris, 1989.
- Поповић Славољуб Б., Марковић Бранислав, Петровић Милан, *Ујравно право – ошћи гео*, Београд, 2002.
- Поповић Славољуб, *О сложеним или комлексним (збирним) ујравним актима – Ујравно право, студије и чланици*, Београд, 1973.
- Томић Зоран Р., *Коментар Закона о ошћем ујравном осћујуку са судском праксом и реисћром јојмова*, друго преправљено и знатно допуњено издање, Београд, 2019.
- Томић Зоран Р., Блажић Ђорђије, *Коментар Закона о ујравном осћујуку Црне Горе – Теоријски, међународни, примјена, судска пракса, реисћар, табеле, шеме*, Подгорица, 2017.
- Funk Bernd-Christian, *Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem*, Wien, 1978.

Zoran R. TOMIĆ, PhD

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

WILL PLURALITY IN THE CREATION OF ADMINISTRATIVE ACT

Summary

The paper is dedicated to different combinations of wills in the creation of administrative act as generally one-sided and authoritative. We make a distinction between two or more official wills that are of equal or unequal range, on one side, and between the initiating an on-demand procedure and administrative control of administrative acts, on the other side. The legal importance of wills complementarity in the case of the administrative act could be a triple: 1) that the lack of one official or private will makes the act disruptive within the set deadline; 2) if when making joint decisions competent authorities do not resolve in the same way, the act does not legally exist; 3) initial lack of will, when the demand of the party has constitutional significance for bringing a future act makes the act voidable unless the party explicitly agrees to its content. When it is about consent between public authority and the party in the public interest, this product is called administrative contract. In that case, there is no bilateral act without both wills.

Key words: *One-Sidedness. – Consent. – Opinion – Will of the Party. – Approval.*

Датум пријема рада: 3. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 15. 5. 2020.

UDK: 347.919:351.078.3 ; 346.545/.546(497.11)

CERIF: S111, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002036M

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

АДЕКВАТНОСТ УПРАВНОСУДСКЕ ЗАШТИТЕ У МАТЕРИЈИ ПОВРЕДА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Сажетак

Тела надлежна за заштити конкуренције у Србији и другим државама са подручја бивше Југославије убрајају се у независна регулаторна тела и чине део управе у ширем смислу. То повлачи судску контролу појединачних аката које доносе у ујравном сјору. Посиујак ради утврђивања повреде конкуренције специфичан је у односу на класичан ујравни посиујак уколико ишо редовно постоји сјор о повреди конкуренције и исход посиујка може бити санкција која се по својој тежини изједначава са кривичноправним санкцијама. Ујравни сјор не обезбеђује адекватну судску заштити јер је суђење у јуној јурисдикцији могуће само уколико су испуњене прописане законске претпоставке, а ујравни судови немају капацитет да мериторно пресуђују у овој материји. Директива ЕУ 1/2019 обавезује државе чланице да обезбеде деловорну примену правила конкуренције гарантујући, при томе, право предузећа на одбрану као једно од начела постављених у Повељи ЕУ о основним правима. У чланку се преиспитује адекватност судске заштите у ујравном сјору, како је de lege lata постављена у Србији и

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

државама реиона, у светлу основних правних начела и теоријске анализе положеја независних регулаторних тела у систему органа власти. Аутор заговара успановљавање специјализованих већа привредних судова за одлучивање по тужбама против појединачних аката тела за заштитиу конкуренције или, оитимално, формирање специјалног суда за одлучивање у споровима по тужбама тела за заштитиу конкуренције и регулатора у појединим привредним секторима.

Кључне речи: Тела за заштитиу конкуренције. – Независна регулаторна тела. – Уравни спор иуне јурисдикције. – Право на правично суђење. – Директива ЕУ 1/2019.

Надлежност за примену права конкуренције у великом броју европских држава у првом степену је поверена управним телима која носе различите називе – агенције, комисије, савети и сл., а сврставају се у ширу категорију независних регулаторних тела. Тела за заштиту конкуренције одлучују о правима и обавезама учесника на тржишту примењујући посебна правила поступка и, супсидијарно, правила општег управног поступка. Појединачни акти које доносе су коначни у управном поступку, а подложни су судској контроли у управном спору. Сложеност материје права конкуренције и квазисудска улога тела надлежних за његову примену само су неки од фактора који доводе у питање опортуност управносудске заштите. Мимикрија независног статуса регулаторних тела додатно отежава изналажење одговора на то питање. Утицај извршне власти на избор, односно именовање челника ових тела и ограничење трајања њиховог мандата онемогућава непристрасно поступање и одлучивање у првом степену, због чега је ограничена судска контрола у другом степену *prima facie* неадекватна.

У овом раду најпре анализирамо правни положај тела за заштиту конкуренције у склопу положеја независних регулаторних тела генерално, да бисмо се затим посветили анализи битних одредница судске контроле њиховог рада у управном спору. У фокусу наше пажње је судска контрола рада тела за заштиту конкуренције Србије и других држава пониклих на бившем југословенском простору у светлу захтева постављених правом ЕУ и чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹ У закључку износимо наше предлоге *de lege ferenda*.

1 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (*European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*), доступно на адреси: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, 10. 4. 2020.

I Правни положај тела за заштиту конкуренције

Правни положај тела за заштиту конкуренције у државама бившег југословенског простора уређен је посебним законима који су донети у контексту усклађивања националног законодавства са правом конкуренције ЕУ. ЕУ не задире у слободу држава чланица да одређују тела која ће бити надлежна за примену права конкуренције. Уредба 1/2003 посвећује том питању само један члан.² У складу са чл. 35 ст. 1, државе чланице ЕУ су дужне да одреде тело или тела³ која ће бити надлежна за примену чл. 81 и 82 оснивачког уговора (садашњи чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ), тако да се обезбеди делотворна усклађеност са уредбом. Надлежност за примену правила конкуренције може бити поверена само управним телима, само судовима или може бити подељена између управних тела и судова.⁴ Оскудност регулисања правног статуса тела за заштиту конкуренције на нивоу ЕУ може се довести у везу са шароликошћу уређења овог питања у државама чланицама. Тако је у мањем броју држава чланица надлежност за примену права конкуренције подељена између управних органа и судова,⁵ док је у осталим надлежност поверена управним телима, са мањим или већем степеном независности у односу на извршну власт.⁶ Са циљем да осигура ефективну примену европских правила конкуренције у свим држава-

2 Уредба о имплементацији правила конкуренције из члана 81 и 82 Оснивачког уговора (*Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ L 1, 2003; даље у фуснотама: Уредба 1/2003).

3 У енглеској верзији Уредбе 1/2003 користи се појам *authority*, у немачкој верзији *Behörde*, а у француској *l'autorité*. У преводу Уредбе на хрватски језик коришћен је термин „тијело“, а у словеначком преводу „орган“. Сматрамо да је словеначки превод лингвистички адекватнији, али због потребе разликовања у односу на класичне органе државне управе, ми ћемо у овом раду користити израз тело.

4 Уредба 1/2003, чл. 35 ст. 2.

5 То је случај са Аустријом, Данском, Ирском и Шведском. Sofia Alves, Jeroen Carriau, Ailsa Sinclair, „Principles for the Independence of Competition Authorities“, *Competition Law International*, Nr. 1/2015, 19.

6 Другачије стоји ствар у појединим регулисаним секторима, као што су електронске комуникације, електрична енергија и железнички саобраћај. ЕУ је подробно дефинисала статус и овлашћења националних регулаторних тела у тим секторима. Вид. Директива о заједничком регулаторном оквиру за електронске комуникационе мреже и услуге (*Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*, OJ L 108, 2002), чл. 3; Директива о заједничким правилима за унутрашње тржиште електричне енергије (*Directive 2009/72 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54*, OJ L 211, 2009), чл. 35; Директива о успостављању јединствене Европске железничке зоне (*Directive 2012/34 of the European Parliament*

ма чланицама, ЕУ је донела Директиву 1/2019 којом се налаже државама чланицама да управним телима за конкуренцију обезбеде оперативну независност и неопходна овлашћења у вођењу поступка и доношењу одлука.⁷

Иако су државе чланице принципијелно задржале слободу да одреде, алтернативно или кумулативно, управне органе и судове као надлежне за примену права конкуренције, у Директиви се више пажње посвећује „управним телима за конкуренцију“ (*administrative competition authorities*), чији положај у пракси изазива веће проблеме. Анализирајући примену Уредбе 1/2003, Комисија ЕУ је уочила да овим телима мањкају потребни ресурси, овлашћења потребна за ефикасно вођење поступка и независност у доношењу одлука.⁸ У члану 4 Директиве 1/2019 набрајају се следеће минималне гаранције независности у раду управних тела за конкуренцију које су државе чланице дужне да обезбеде: независност од политичких и других спољних утицаја; забрана тражења и примања упутстава од владиних и других јавних и приватних тела; уздржавање од сукоба интереса; транспарентне процедуре избора и именовања чланова органа тих тела надлежних за доношење одлука; законско прописивање услова за избор и именовање чланова органа надлежних за доношење одлука, као и дефинисање шта представља тежу повреду њихове дужности; престанак дужности изабраном/именованом члану органа само у случају да више не испуњава услове прописане законом или скривљено учини тежу повреду дужности; самостално одређивање приоритета у извршавању надлежности (принцип опортунитета). Управна тела за конкуренцију морају бити независна у трошењу буџетских средстава додељених у складу са процедурама предвиђеним националним законодавством.⁹

Управна тела за конкуренцију морају минимално располагати следећим овлашћењима у вођењу поступка ради утврђивања повреде

and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area, OJ L 343, 2012), чл. 55.

7 Директива о оснаживању надлежних тела за конкуренцију у циљу ефикасније примене и правилног функционисања унутрашњег тржишта (*Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, OJ L 11, 2019; даље у фуснотама: Директива 1/2019).*

8 Анализа примене Уредбе 1/2003 – стање и перспективе (*European Commission, Ten years of antitrust enforcement under the Regulation 1/2003: Achievements and future perspectives, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2014) 453*), доступно на адреси: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf, 10. 4. 2020.

9 Директива 1/2019, чл. 5 ст. 3.

чланова 101 и 102 УФЕУ (повреде конкуренције: споразуми којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција и злоупотреба доминантног положаја): да обављају ненајављени инспекцијски преглед пословних просторија и документације предузећа и удружења предузећа и да том приликом копирају или узимају изводе из пословних књига и изјаве заступника и запослених у предузећу;¹⁰ да обављају ненајављени инспекцијски преглед других просторија само уз дозволу суда;¹¹ да траже од предузећа и њихових удружења, као и од других лица да доставе расположиве податке¹² и да позивају на саслушање заступнике предузећа и удружења предузећа и других правних лица, као и физичка лица која располажу релевантним информацијама.¹³

У великом броју држава чланица ЕУ, управна тела за конкуренцију су овлашћена да доносе коначне одлуке и да изричу санкције прекршиоцима у поступцима које воде ради утврђивања повреде конкуренције. Према Директиви 1/2019 тела за конкуренцију, било да је реч о управним телима или судовима, морају располагати са овлашћењима потребним да се осигура поштовање правила конкуренције: овлашћење за доношење појединачног акта којим се предузећима или њиховим удружењима забрањује повреда конкуренције и, ако су за то испуњени прописани услови, налажу мере којима се ограничава слобода тржишног понашања и/или задире у имовинска права прекршиоца (мере понашања и структурне мере);¹⁴ овлашћење за изрицање привремених мера у хитним случајевима на основу *prima facie* доказа о постојању повреде конкуренције, уз поштовање принципа легалитета и пропорционалности;¹⁵ овлашћење за постизање поравнања се предузећима и удружењима предузећа против којих је покренут поступак на основу њихове понуде за предузимање мера ради отклањања штетних последица одређеног тржишног понашања (*commitments*).¹⁶

Директивом 1/2019 се оставља слобода државама чланицама да овласте управна тела за конкуренцију или судове да изричу новчане казне за повреде конкуренције, као и периодичне новчане казне лица која онемогућавају обављање појединих истражних радњи. Уколико је надлежност за изрицање казни поверена судовима, управна тела за

10 Директива 1/2019, чл. 6.

11 Директива 1/2019, чл. 7.

12 Директива 1/2019, чл. 7.

13 Директива 1/2019, чл. 9.

14 Директива 1/2019, чл. 10.

15 Директива 1/2019, чл. 11.

16 Директива 1/2019, чл. 12.

конкуренцију морају имати овлашћење да иницирају судске поступке у циљу њиховог изрицања.¹⁷

Када је реч о гаранцијама правичног поступка, Директивом 1/2019 се указује на обавезу поштовања општих правних принципа ЕУ и Повеље ЕУ о основним правима.¹⁸ Посебно је истакнута обавеза обезбеђења права на одбрану предузећа, што укључује право на саслушање и право на делотворно правно средство пред трибуналом.¹⁹

Државе поникле на простору бивше Југославије без изузетка су се определиле за решење да су за примену права конкуренције надлежна управна тела. Тим телима се законом даје статус правног лица и формалне гаранције самосталности и независности у раду.²⁰ Ограничен обим овог рада дозвољава нам само да сумарно представимо њихова овлашћења. Тела за заштиту конкуренције у државама региона су овлашћена да воде поступке ради утврђивања повреда конкуренције, да доносе појединачне управне акте којима се утврђују повреде конкуренције и да изричу новчане и периодичне казне.²¹ Тела за заштиту конкуренције воде поступак примењујући посебна правила поступка прописана законом којим се штити конкуренција и, супсидијарно, општа правила управног поступка.²² Додатно, хрватски законодавац обавезује Агенцију за заштиту тржишног натјечања да у погледу главне расправе примењује одредбе Прекршајног закона.²³ Тела за заштиту конкуренције Северне Македоније и Словеније примењују прекршајне

17 Директива 1/2019, чл. 13.

18 Повеља ЕУ о основним правима (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, ОЈ С 364, 2001).

19 Директива 1/2019, чл. 3 ст. 1 и 2.

20 Закон о заштити конкуренције РС – ЗЗК РС, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 20; Закон о заштити тржишног натјечања – ЗЗТН РН, *Народне новине*, бр. 79/09 и 80/13, чл. 26; Закон о конкуренцији БиХ – ЗК БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 48/2005, 76/2007 и 80/2009, чл. 21; Закон о заштити конкуренције ЦГ – ЗЗК ЦГ, *Службени лист ЦГ*, бр. 44/2012 и 13/2018, чл. 19 ст. 1; Закон о заштити конкуренције (*Закон на заштити конкуренцијата*; даље у фуснотама: ЗЗК РСМ), *Службен весник на РСМ*, бр. 83/2018, чл. 26 ст. 1.

21 Агенција за заштиту конкуренције ЦГ није овлашћена да самостално изриче новчане казне за повреде конкуренције, али може покренути прекршајни поступак пред надлежним судом. Агенција може изрећи мере понашања, структурне мере, као и периодичне новчане казне и процесне казне.

22 ЗЗК РС, чл. 34; Закон за спречавање ограничавања конкуренције (*Закон о препречанју отежанју конкуренције*; даље у фуснотама: ЗСОК РСл), *Урадни лист РС*, бр. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13, 63/13, 33/14, 76/15 и 23/17, чл. 15 ст. 2; ЗЗТН РН, чл. 35 ст. 1; ЗК БиХ, чл. 26; ЗЗК РСМ, чл. 31.

23 ЗЗТН РН, чл. 35 ст. 3.

законе у поступцима који се воде ради изрицања новчаних казни.²⁴ Појединачни акти тела за заштиту конкуренције су коначни у управном поступку и против њих се може водити управни спор.²⁵

II Карактеристике независних регулаторних тела

Правна теорија држава региона се положајем тела за заштиту конкуренције бави у ширем контексту анализе статуса независних регулаторних тела, тј. регулаторних агенција, настојећи да да јединствену дефиницију независних регулаторних тела и одреди њихово место у систему државне власти. Заједнички именитељ бројних дефиниција које се могу наћи у научној литератури чине следеће карактеристике независних регулаторних тела: 1) оснивање законом; 2) својство правног лица; 3) самосталност у односу на ресорно министарство, односно извршну власт с циљем деполитизације ових тела; 4) вршење јавних овлашћења – обављање управних послова у специфичном подручју које захтева посебна стручна знања; 5) надлежност за доношење подзаконских прописа и вођење појединачних управних поступака; 6) ограничена правна контрола над њиховим радом – жалба против појединачног акта независног регулаторног тела по правилу није могућа, већ је обезбеђена судска заштита у управном спору; 7) одсуство политичке одговорности – челници регулаторних тела се не смењују са сменом власти након политичких избора; 8) полагање рачуна за свој рад подношењем извештаја демократском представничком телу – парламенту или влади, те подношењем финансијских извештаја и транспарентношћу свога рада.²⁶

Када је реч о класификацији независних регулаторних тела у систему органа власти, постоје различити ставови. Уобичајено се сврставају у

24 33К РСМ, чл. 31; ЗСОК РСЛ, чл. 77; Закон о прекршајима Републике Словеније (*Zakon o prekrških*), *Uradni list RS*, бр. 29/11, 21/13, 111/13, 74/14, 92/14, 32/16, 15/17 и 73/19, чл. 45 ст. 2.

25 33К РС, чл. 71 ст. 1; ZZTN RH, чл. 67; ZK BiH, чл. 46; 33К ЦГ, чл. 64, чл. 46 ст. 1; 33К РСМ, чл. 53 ст. 1; ЗСОК РСЛ, чл. 54. 33К РСМ прописује да се судска заштита остварује у управном спору и када је Комисија за заштиту конкуренције водила прекршајни поступак и изрекла прекршајне санкције. Словеначки Закон о прекршајима прописује у чл. 45 ст. 3 надлежност судова за прекршаје.

26 Borče Davitkovski, Ana Pavlovska-Daneva, Ivana Šumanova-Spasovska, Elena Davitkovska, „Independent Bodies as a Model of Organization of the Public Administration“, *Judicial Tribune*, Nr. 2/2018, 460–462; Анамарија Муса (ур.), „Каква реформа агенција у Хрватској“, *Јавне агенције у ишрази за реформом*, Загреб, 2017, 26; Фране Станичић, „Правна нарав регулаторних агенција у Хрватској“, *Право у јосиодарству*, бр. 5/2010, 1359–1360; Зоран Томић, *Ошшше уйравно йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 171.

управу у ширем смислу,²⁷ али се у исто време указује на немогућност класификовања независних регулаторних тела у оквирима класичне трипартидне поделе власти. У правној теорији САД, одакле независна регулаторна тела вуку своје корене, истиче се да су то органи који нису ни законодавни, ни извршни, ни судски, већ уједињују помало од сваке гране власти и теоретски су одговорни Конгресу.²⁸ Европски аутори их називају уставним аномалијама које се не уклапају у традиционалне оквире контроле, теже и противтеже.²⁹ Хрватски теоретичар уставног права Смердел тако примећује да „неовисни регулатори са уставноправног стајалишта представљају иновацију која задира у темељна начела уставног устројства и законодавне дјелатности.“³⁰ На сличним позицијама стоји и српски професор управног права Зоран Томић.³¹

Аргументи којима се оправдава увођење независних регулаторних тела у систем државне власти су бројни. У САД су се појавила када је требало регулисати локална тржишта комуналних услуга која су функционисала на принципу концесија за обављање јавне службе приватним лицима. Очекивало се да ће регулаторна тела окупити стручњаке из различитих области који би систематски и континуирано надзирали рад пружалаца комуналних услуга. Предвиђало се да ће одређивањем стандарда и правила понашања у пружању појединих врста услуга, те контролом понашања пружалаца услуга и спречавањем нелојалне конкуренције, они ефикасније заштитити потрошаче у случају кршења њихових права него што би то могли судови.³² Наведено образложење

27 Јелена Вучковић, *Положај јавних агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013; V. Davitkovski et al, 463; Иван Копривић, „Развој и проблеми агенцијског модела с посебним освртом на независне регулаторе“, *Агенције у Хрватској: Регулација и приватизација јавних служби на државној, локалној и регионалној разини* (ур. Иван Копривић, Анамарија Муса, Ведран Ђулабић), Загреб, 2013, 9; Драган Милков, „Јавне агенције у Србији – Случајна грешка или лоша намера?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2014, 25–36; З. Томић, 171.

28 Наведено према: Бранко Смердел, „Регулаторне агенције: компаративна искуства“, *Информатор*, бр. 5432/2006, 1.

29 Cento Veljanovski (ed.), „The Regulation Game“, *Regulators and the Market*, London, 1991, 16. Наведено према: Јосип Вучковић, „Демократски легитимитет политички неодговорних управних тијела у поредбеном уставном праву“, *Заједничка јавна ревија*, бр. 2/2015, 145.

30 Бранко Смердел, „Независни регулатори и владавина права – хрватска пракса у свјетлу америчког искуства“, *Зборник 50. јубиларној сусретња јавника Ојашница '12* (ур. Јакша Барбић), Загреб, 2012, 54.

31 Зоран Томић, „Управне и јавне агенције у Србији – класификација и правни положај“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 413–426.

32 Ивана Бајаквић, „Развој и учинци регулаторних агенција у САД: Успјешан модел за Европу?“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, бр. 2/2010, 501–502.

је од стране припадника Чикашке школе уобличено у теорију јавног интереса.³³ У складу са њом, независна регулаторна тела раде у јавном интересу, регулишући како би исправила тржишне неуспехе ради добробити друштва у целини.

Експертски капацитет регулаторних тела и ефикасност у решавању одређених питања се често наводе као разлози за њихово формирање на европском тлу. Специјализоване агенције са политички неутралним експертима могу ефикасније и делотворније да обављају одређене послове, него што то могу демократски изабрани политички представници. На тај начин, штеде се трошкови регулисања појединих сектора.³⁴ Управо због тога ова тела имају већи демократски легитимитет у поређењу са државним органима на чијем челу су политички изабрани руководиоци.³⁵ Такође се примећује да делегирањем одређених функција извршне власти независним телима изабрани политички представници избегавају одговорност за политички непопуларне одлуке.³⁶ Коначно, истиче се да орочен мандат политички одговорних тела онемогућава вођење кредибилне политике у појединим секторима,³⁷ док независност регулаторних тела у односу на политички изабрану извршну власт обезбеђује доследност јавних политика и изван изборних циклуса.³⁸

И поред неспорних предности поверавања одређених јавних послова на обављање независним регулаторним телима, не могу се занемарити недостаци у њиховом формирању и функционисању. На основни њихов недостатак је већ претходно указано – обједињавањем нормативних, извршних, а често и квазисудских функција, ова тела „замућују“ начело поделе власти, као темељно начело устројства демократских држава.³⁹ Према теорији „плена“, насталој у САД у другој половини 20. века, независна регулаторна тела врло брзо потпадају под контролу оних које би требало да регулишу – компанија које послују на регулисаном тржишту, настављајући да врше своје надлежности у њиховом интересу. Ова теорија заснована је на емпиријским доказима који су потврдили да су америчка регулаторна тела фаворизовала велике компаније

33 Richard Posner, „Theories of Economic Regulation“, *Bell Journal of Economics*, Nr. 2/1974, 336.

34 Giandomenico Majone, *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, Institut für Höhere Studien Political Science Series, Vienna, 1998, 3.

35 А. Муса, 27.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, 4–5.

38 Ј. Вучковић, 147.

39 И. Копрић, 9.

присутне у регулисаним секторима.⁴⁰ Непостојање политичке контроле рада регулаторних тела битан је чинилац њихове независности, али то у крајњем исходу води њиховој неодговорности. Независна регулаторна тела измичу демократској политичкој контроли јер извршна власт не може да им даје обавезујуће налоге, а челници независних регулаторних тела се не мењају са променом политичке власти. Правна контрола је такође ограничена. Како је већ наведено, појединачни акти које доносе су коначни и подлежу само ограниченој судској контроли у управном спору.⁴¹ Упркос томе, у пракси се регулаторним телима често делегирају преширока овлашћења за одлучивање о суштинским питањима политичког карактера, при чему за ту врсту одлука она не сnose ни политичку, ни правну одговорност.⁴² Но, стварна независност регулаторних тела упитна је јер извршна власт изналази разне начине да скривено утиче на њихов рад – упражњавањем недовољно транспарентних поступака именовања, односно избора и разрешења челника тих тела, што омогућује именовања по страначкој линији,⁴³ постављањем ограничења у додели буџетских средстава и повећању броја службеника, што онемогућује ефикасно извршавање додељених функција и др. Стварни ниво стручности челника регулаторних тела је такође упитан, што је у вези са претходно наведеним аргументом. Критеријум политичке подобности приликом избора, именовања и запошљавања има предност над стручношћу кандидата, а буџетска ограничења често онемогућавају адекватно награђивање стручног кадра. То све доприноси великој флукуацији челника и стручних службеника и, последично, немогућности принципијелно конзистентног поступања у обављању функција. Све наведено доприноси да се јавни интерес у раду независних регулаторних тела занемарује зарад партикуларних интереса. Овде није реч само о заробљавању независних тела од стране интересних група приватног сектора, већ и о промовисању партикуларних интереса политичких партија на власти кроз, на пример, оснивање независних тела ради избегавања прописа о запошљавању у управи и ограничењу висине плата, непотребно администрирање са циљем наплате високих такси и обезбеђења додатних буџетских прихода, ухлебљивање политичких истомишљеника итд.⁴⁴

40 И. Бајакић, 513–514; R. Posner, 341–342.

41 О овоме ће у наставку рада бити више речи.

42 Ј. Вучковић, 150–151; И. Копрић, 9.

43 И. Бајакић, 515.

44 А. Мусић, 27–28.

III Судска контрола појединачних аката независних регулаторних тела

Једна од последица сврставања независних регулаторних тела у управу је правна контрола појединачних аката које доносе у управном спору.⁴⁵ Традиционално, управни спор (био) је спор ограничене јурисдикције. Суд је одлучивао само о законитости управног акта и није имао право да донесе пресуду којом се замењује управни акт.⁴⁶ Начелни разлог ограничења судске контроле рада управе се налазио у постизању равнотеже између два важна циља – аутономије извршне у односу на судску власт и заштите права појединаца и правних лица у односу на управу.⁴⁷ С једне стране, ако би се суду дозволило да својим актом замењује акт управе, тада би суд постао врховни орган управе. С друге стране, неопходно је било заштитити грађане од самовоље управе. Упркос начелном искључењу спора пуне јурисдикције, он је одувек био присутан, у мањем или већем обиму, у управном судовању.⁴⁸

Питање домашаја судске контроле рада независних регулаторних тела добија на значају ако се има на уму претходно изнето запажање да њихов рад измиче политичкој контроли.⁴⁹ Министри на челу министарстава одговарају за свој рад демократском представничком телу – парламенту који их може сменити. Поред тога, они полажу рачуне за свој рад грађанима који на политичким изборима одлучују коме ће дати поверење да управља јавним пословима у наредном изборном циклусу. Формалноправно, челници независних регулаторних тела ту врсту одговорности немају. У пракси, међутим, независна регулаторна тела су потчињена извршној власти која, пак, не одговара парламенту за њихов рад! Овде се отвара простор за неконтролисани утицај извршне власти на рад независних регулаторних тела, а она не оклева да тај утицај искористи. У САД, земљи са јаким председничким моделом власти (који

45 У појединим правним системима предмет управног спора могу бити и општи акти управе. Тако, на пример, у Хрватској Високи управни суд надлежан је да одлучује о законитости општих аката управе. Ана Ђанић Чеко, „Специфичности улоге Високог управног суда Хрватске у једноступањском управном спору на основи посебних закона (*lex specialis*)“, *Harmonius*, Београд, 2018, 20.

46 Ова дефиниција почива на критеријуму ширине овлашћења суда у спору ограничене и пуне јурисдикције. Правна теорија познаје и друге критеријуме разликовања. Вид. Вук Цуцић, *Управни спор њуне јурисдикције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 24–68.

47 *Ibid.*, 75.

48 За упоредноправни преглед управног судовања вид. Michael Asimow, „Five Models of Administrative Adjudication“, *American Journal of Comparative Law*, Nr. 1/2015, 3–31.

49 Вид. Слободан Дујић, „Независна регулаторна тела и јавне службе“, *Администрација и јавне полиције*, бр. 1/2015, 68.

одликује превласт извршне власти у односу на законодавну), сматра се да је независност регулаторних тела „суштински празан концепт“.⁵⁰ У већини европских земаља, међу којима су и државе настале на простору бивше Југославије, извршна власт је само формално подређена парламенту. У стварности, она има доминантан утицај на рад парламента. Она, између осталог, формулише предлоге закона које парламент усваја и предлаже парламенту чланове руководећих органа независних тела.⁵¹ С тим у вези, Смердел истиче да је „модел према којем неовисни регулатори одговарају Сабору, а не Влади, чиста формалност која никада не може преварити.“⁵² Стварни домет утицаја извршне власти на рад независних регулаторних тела приликом решавања о правима и обавезама приватних лица у непосредној је сразмери са (не)постојањем процедуралних гаранција за правично и на чињеницама утемељено решавање у управним стварима, те степеном јасноће и прецизности у формулисању материјалноправних норми за чију примену су независна тела задужена.

Општи управни поступак прилагођен је своме предмету – решавању у управној ствари. Битна одредница појма управне ствари је да је то, по правилу, неспорна правна ситуација.⁵³ Орган управе подводи конкретан чињенични скуп под општу правну норму и изводи закључак о (не)постојању права или обавезе одређеног субјекта. Управни поступак је по карактеру инквизиторан. Овлашћено службено лице самостално одлучује о покретању поступка чак и када то чини поводом захтева странке. Он има обавезу да саслуша странку (да јој омогући да се изјасни о предмету поступка), али самостално одлучује које чињенице треба доказивати а које не, одлучује о избору доказних средстава и, коначно, о томе које ће чињенице сматрати доказаним а које не.⁵⁴ У том контексту, усмена расправа нема онај значај који има у поступку пред судом. Она не служи сучељавању ставова и доказа странака, већ представља процесну радњу која омогућава извођење појединих доказа, као што је саслушање сведока и вештака. На основу утврђеног чињеничног стања, овлашћено службено лице решава о примени одређене материјалноправне норме на конкретну правну ситуацију.

Управни поступак пред независним регулаторним телима, међутим, често подразумева постојање спора у погледу конкретног чи-

50 Glen Robinson, „Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogatives“, *Duke Law Journal*, Nr. 2/1988, 242.

51 J. Вучковић, 161.

52 Бранко Смердел, *О уставима и људима: увод у уставноправну казуистику*, Нови информатор, Загреб, 2012, 31.

53 За преглед дефиниција појма управне ствари у домаћој правној теорији, вид.: Јована Анђелковић, „Управна ствар“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 79/2018, 455–475.

54 З. Томић (2011), 253.

њеничног стања и тумачења норми материјалног права.⁵⁵ Друго, поступак пред независним регулаторним телима је, по правилу, раздвојен на две фазе. У првој фази, службено лице утврђује чињенице самостално или, евентуално, под контролом другог надређеног службеника. У другој фази, орган надлежан за одлучивање решава о управној ствари на подлози чињеница које је утврдио нижи службеник и, понекад, његовог предлога како да ствар буде решена. Нема непосредности у решавању, важног чиниоца правичног поступка, јер се чланови органа који доноси решење ослањају на чињенице које је утврђивао неко други. Треће, инквизиторни карактер поступка носи опасност пристрасног поступања у утврђивању чињеница због склоности службених лица која воде поступак да дају већу тежину доказима које потврђују њихову почетну претпоставку у односу на доказе који је оповргавају.⁵⁶

Имајући наведено у виду, ограничена судска контрола у управном спору показује се неадекватном. У спору ограничене јурисдикције суд решава на подлози чињеница које су утврђене у првостепеном поступку. Од круцијалне је важности за странке да у првостепеном поступку разреши спорна питања која се тичу чињеничног стања јер пред судом неће имати могућности за то.⁵⁷ Највише што могу постићи пред судом је да суд оцени да је чињенично стање неправилно или непотпуно утврђено и врати предмет на решавање првостепеном органу који је формалноправно везан ставовима суда, али не трпи никакве санкције ако се њима не повинује. Спор ограничене јурисдикције не нуди решење за ситуацију када првостепени орган поново донесе решење за које је суд нашао да је незаконито, дезавуишући одлуку суда. Спор се на тај начин може отезати унедоглед, вређајући право странке на ефикасно суђење.⁵⁸

У прошлости су биле могуће (и честе) ситуације да се поступак правоснажно оконча без усмене расправе, као последица схватања да у управном поступку и управном спору ограничене јурисдикције расправа није обавезна.⁵⁹ Иако правна теорија сматра да је то флагрантно

55 На пример, када корисник неке услуге од општег интереса поднесе приговор регулатору на квалитет услуге, постоји спор између корисника и пружаоца услуге око стандарда квалитета услуге који регулатор треба да разреши, било да је реч о стварном квалитету услуге који корисник добија (спор о чињеницама), било да је реч о стандарду квалитета услуге који се захтева секторским прописима (правни спор).

56 Wouter Wills, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 164–168.

57 M. Asimow, 13.

58 Тзв. „пинг-понг“ ефекат. Вид. В. Цуцић, 76.

59 За Хрватску вид.: Фране Станичић, „Актуална питања устроја и дјеловања регулаторних агенција у Републици Хрватској“, *Четврти скойско-зајребачки правни колоквиј* (ур. Борче Давитковски), 2013, 61–90.

кршење расправног начела, гарантованог чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, Европски суд за људска права је благодоклоно гледао на праксу одступања од конвенцијских начела у управном спору. Последњих година више држава на простору бивше Југославије је донело нове законе о општем управном поступку и управним споровима који уводе обавезу држања усмене расправе.⁶⁰ У пракси, међутим, још увек се ништа суштински није променило јер се расправе и даље не одржавају или, уколико се одржавају, кратко трају и тиме своде на пуку формалност. Овакво поступање управних суда остаје несанкционисано. Тако је Уставни суд Србије заузео становиште да пропуштање суда у управном спору да држи усмену расправу не вређа право странке на правично суђење: „Уставни суд још једном указује да решавање суда у управном спору има своје особености које се, између осталог, огледају у начелу законитости и начелу ослањања суда на чињенично стање утврђено у управном поступку (...) Управни суд је, по оцени Уставног суда, и поред тога што није одржао усмену расправу, нити је управну ствар решавао у спору „пуне јурисдикције“, ипак на правној и чињеничној основи размотрио кључне наводе подносилаца из тужбе значајне за решавање управног спора.“⁶¹

Последњих деценија у државама пониклим на бившем југословенском простору запажа се тренд ширења власти суда да решава у пуној јурисдикцији у управном спору, што би требало да унапреди контролу рада независних регулаторних тела. Тај површан закључак врло брзо оповргава чињеница да закони о управним споровима бивших југословенских република остављају судовима довољно маневарског простора да избегну суђење у пуној јурисдикцији. Тако, ЗУС Србије обавезује суд да пресудом реши спорну ствар ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то.⁶² Спор пуне јурисдикције искључен је ако је управни орган решавао по дискреционој оцени.⁶³ Поред тога, посебним законима се може искључити спор пуне јурисдикције у одређеној материји.⁶⁴ Одредбе

60 Закон о општем управном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018, прописује у чл. 109 ст. 1 да се усмена расправа обавезно држи када у поступку учествују противне странке и када треба да се одржи увиђај, саслуша сведок или вештак. Законом о управним споровима – ЗУС Србије, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, уведена је чл. 33 и 34 обавеза за суд да држи усмену расправу.

61 Из одлуке Уставног суда о одбијању уставне жалбе Уж 5371/2017 од 4. 7. 2019. године.

62 ЗУС Србије, чл. 43 ст. 1.

63 ЗУС Србије, чл. 43 ст. 2.

64 ЗУС Србије, чл. 43 ст. 3.

сличне садржине предвиђају закони о управним споровима Хрватске⁶⁵ и Словеније.⁶⁶ Нови Закон о управним споровима Северне Македоније из 2019. године одређује као правило да суд суди у пуној јурисдикцији, уз два важна изузетка: ако је управни орган решавао по слободној оцени и ако природа ствари то не дозвољава, односно чињенице које су од суштинског значаја не могу да се потпуно утврде и треба да се утврде у управном поступку.⁶⁷ Закони о управним споровима БиХ и њених ентитета овлашћују суд да сам реши спорну ствар ако на расправи утврди другачије чињенично стање; ако отклони процесне пропусте управног органа; ако би се враћањем предмета на поновно одлучивање управном органу нанела непоправљива штета тужиоцу или ако је управни акт раније поништен, а нови није донет или није донет у складу са пресудом.⁶⁸ Закон о управном спору Црне Горе овлашћује (али не обавезује) суд да сам реши управну ствар ако му природа ствари то дозвољава и ако је чињенично стање сам утврдио на јавној расправи или су испуњени други законски услови.⁶⁹

Пракса управних судова показује да је врло мали број спорова који се решавају у пуној јурисдикцији.⁷⁰ Такав исход предвидели су поједини теоретичари анализирајући судску контролу рада независних регулаторних тела: „Због специфичности и високе стручности одлука (изузетка природе ствари, односно одлучивања слободном оцјеном), не вјерујемо да би их управни судови били спремни, па нити у стању доносити преузимајући пуну јурисдикцију.“⁷¹ У литератури се још указује да ова тела врло често решавају по слободној оцени, односно природа ствари (која захтева велику стручност) је таква да је спор пуне јурисдикције *ex lege* искључен.⁷²

65 Закон о управним споровима, *Narodne novine*, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16 и 29/17, чл. 58 ст. 1.

66 Закон о управном спору Републике Словеније (*Zakon o upravnem sporu*), *Uradni list RS*, бр. 105/06, 107/09, 62/10, 98/11, 109/12 и 10/17, чл. 65.

67 Закон о управним споровима Републике Северне Македоније (*Закон за управни спорови*), доступно на адреси: <https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2013/11/Zakon-za-upravni-sporovi-17-05-2019-so-primena-od-25-05-2020-.pdf>, 10. 4. 2020, чл. 60 ст. 1 и 3.

68 В. Цуцић, 258.

69 Закон о управном спору ЦГ, *Службени лист ЦГ*, бр. 54/2016, чл. 36.

70 В. Цуцић наводи податак да је од 86.448 предмета у којима је решавао Управни суд Србије, свега 26 решено у пуној јурисдикцији. В. Цуцић, 261–262.

71 Бранко Смердел, „Независни регулатори: о потреби рационализације система“, *Информатор*, бр. 6085/2012, 3.

72 Фране Станичић, „Контрола рада регулаторних агенција у Републици Хрватској“, *Јавне агенције – у илустрацији за реформом* (ур. Анамарија Муса), Загреб, 2017, 68.

Уздржаност судова да решавају у пуној јурисдикцији може се об-разлагати и чињеницом да се управна материја стално проширује, што је управо последица оснивања бројних независних регулаторних тела којима се поверавају нове надлежности. Судови долазе у ситуацију да суде у материји коју недовољно добро познају, а која често од њих захтева и подробно познавање права ЕУ.⁷³ Последице тога су различите – или судови олако потврђују акте независних регулаторних тела⁷⁴ или иду у другу крајност поништавајући њихове акте из наоко безазлених формалних разлога. За коју год крајност да се судови одреде, нарушава се правна сигурност јер тужиоци и тужени орган остају прикраћени за мериторан став судова у одређеној врсти управних ствари.

IV Судска контрола појединачних аката тела за заштиту конкуренције

Управна тела за заштиту конкуренције поседују све напред наведене предности и недостатке независних регулаторних тела. У пракси држава бившег југословенског простора она су деклараторно независна, али су подвргнута фактичком утицају извршне власти. Полуге тог утицаја налазимо, пре свега, у ограниченом мандату чланова органа надлежних за доношење одлука и непрецизним условима и недовољно транспарентним процедурама њиховог избора, односно именовања. Законска могућност поновног избора, односно именовања на исту функцију и растегљиво тумачење материјалноправних услова за избор или именовање, подстичу опортунистичко понашање чланова органа надлежних за одлучивање. Како би чланови тих органа били реизабрани (поновно именовани) на исту функцију, они морају водити рачуна о томе хоће ли се њихове одлуке „свидети“ извршној власти која има одлучујући утицај у поступку предлагања кандидата, чак и када одлуку о избору доноси парламент. У материји права конкуренције, обилатој правним стандардима са широко одређеном садржином, широк је простор за кројење одлука по мери извршне власти, па је тиме и опортунизам приликом одлучивања израженији.

73 А. Ђанић Чеко, 43; Едита Чулиновић Херц, Антонија Зубовић, „Управносудски надзор над независним регулаторним агенцијама: Актуалности у поступцима“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 2/2013, 390.

74 О великом броју потврђених аката независних регулаторних тела у Хрватској сведоче радови Ф. Станичића (2017) и Веселке Кос, „Управносудска заштита у агенцијским стварима“, *Агенције у Хрватској: Регулација и приватизација јавних служби на државној, локалној и регионалној разини* (ур. Иван Копрић, Анамарија Муса, Ведран Ђулабић), Загреб, 2013, 237–276.

Тела за заштиту конкуренције решавају о постојању повреда конкуренције и о концентрацијама привредних учесника на тржишту. Наша пажња овде је усмерена на поступке испитивања и решавања о повредама конкуренције јер ту редовно постоји спор између тела за заштиту конкуренције и прекршиоца у погледу чињеничног супстрата конкретног случаја и примене правних норми на чињенично стање. Повреде конкуренције су противправна понашања која су у праву ЕУ и националним законодавствима држава чланица и држава кандидата санкционисана новчаном казном у максималном износу од 10% укупног годишњег прихода предузећа или удружења предузећа.⁷⁵ Правна природа повреда конкуренције није дефинисана ни у праву ЕУ, нити у законима о конкуренцији појединих држава са бившег југословенског простора – БиХ, Србије и Хрватске.⁷⁶ Уредбом ЕУ 1/2003 одређује се само да одлуке Комисије којима се изричу новчане казне нису кривичноправне природе.⁷⁷ Недостатак правне квалификације повреда конкуренције води неизвесности у погледу задовољавајућег стандарда гаранција правичног поступка,⁷⁸ а посебно у погледу ширине овлашћења суда у поступку судске контроле акта којим је утврђена повреда и изречена новчана казна.

Уредбом 1/2003 дато је овлашћење Суду правде ЕУ да суди у пуној јурисдикцији у споровима поводом одлука Комисије којима је изречена новчана или периодична казна. Међутим, у другој реченици истог члана прописано је да је Суд овлашћен да мења одлуку Комисије само у погледу висине одређене казне. Он може укинути, смањити или повећати изречену казну.⁷⁹ Суд не може мењати одлуку Комисије у делу у којем се утврђује постојање повреде конкуренције, што је предуслов за изрицање новчане казне. Стога је одређење да Суд правде располаже пуном јурисдикцијом дубиозно. На сличан начин ЗЗК РС овлашћује суд да преиначи решење Комисије у делу који се односи на висину новчаног износа изречене управне мере.⁸⁰ Друга врста ограничења овлашћења управног суда постоји у ЗЗТН РХ који даје право тужиоцу да изнесе нове чињенице у поступку само ако докаже да за њих није знао нити могао

75 У појединим државама неке од повреда конкуренције су санкционисане и као кривична дела, што само по себи показује свест законодавца о већем степену њихове друштвене опасности.

76 Изузетак су право Црне Горе, Словеније и Северне Македоније у којима их квалификују као прекршаје.

77 Уредба 1/2003, чл. 23 ст. 5.

78 Дијана Марковић-Бајаловић, „Правна сигурност и право конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 66–78.

79 Уредба 1/2003, чл. 31.

80 ЗЗК РС, чл. 72 ст. 3.

знати током поступка. Он, ипак, може предлагати нове доказе у погледу чињеница које су у првостепеном поступку биле изнете.⁸¹ Овакво решење је у супротности са правом ЕУ. Суд правде је стао на становиште да тужилац има право да пред судом предлаже доказе за чињенице и правне аргументе које није износио у првостепеном управном поступку јер то право проистиче из основних правних начела.⁸² ЗЗТН не уређује право суда да мења акт донет у првом степену, што значи да се у том делу примењују општа правила Закона о управним споровима РХ о праву управног суда да пресуду донесе у пуној јурисдикцији. На одговарајући начин поступају и законодавци БиХ и Северне Македоније.

Европски суд за људска права је у случају *Menarini* квалификовао повреде конкуренције као кривична дела лакше природе.⁸³ Суд је због тога дозволио могућност да управна тела у првом степену изричу казне, под условом да је у другом степену обезбеђена судска заштита у пуној јурисдикцији која укључује право суда да испита сва релевантна правна и чињенична питања. У конкретном случају, италијански судови су одлучивали у спору ограничене јурисдикције али је Европски суд, изненађујуће, нашао да су европски стандарди судске заштите задовољени уколико су судови подробно испитали сва релевантна питања, без обзира што нису имали могућност да измене одлуку италијанског тела за заштиту конкуренције. Јасно је да се ту не ради о спору пуне јурисдикције јер суд који испитује законитост одлуке првостепеног органа нема могућност да својом пресудом супституише акт првостепеног органа. Такође, Европски суд се није изјаснио у погледу питања да ли се тужиоцу мора гарантовати право да у спору пред судом износи нове чињенице и нове доказе и права суда да самостално утврђује чињенице, што су одлике суђења у пуној јурисдикцији.

Када је реч о судској контроли аката тела за заштиту конкуренције бивших југословенских држава, ефикасан домашај судске заштите зависиће од тумачења управних судова да ли су испуњени општи законски услови за спор пуне јурисдикције. Имајући у виду претходно изнето, процењујемо да су минималне шансе да спорови поводом аката тела за заштиту конкуренције у којима је изречена новчана казна буду решени у пуној јурисдикцији.

Ограничена могућност контроле одлука тела за заштиту конкуренције у управном спору и недовољна стручност управних судова да суде у материји права конкуренције разлози су због којих су поједине државе чланице ЕУ одлучиле да ове спорове повере у надлежност редовним

81 ZZTN RH, чл. 68 ст. 2.

82 *Knauf Gips KG v European Commission*, C 407/08, 2010, ECR I-06375, пар. 89–91.

83 *Menarini Diagnostics v. Italy*, Nr. 43509/08, 20. 9. 2011.

судовима који одлучују у пуној јурисдикцији. У Немачкој, при Вишем покрајинском суду надлежном према седишту Савезне канцеларије за картеле формирано је посебно картелно веће које одлучује у споровима на основу савезног Закона против ограничења конкуренције. Ако је актом Савезне канцеларије за картеле изречена новчана казна, поступак у другом степену се води пред надлежним судом у пуној јурисдикцији. Тужилац може предложити нове доказе, а суд је и сам овлашћен да налага извођење доказа. Поступак се води према правилима Закона о прекршајима уз супсидијарну примену Закона о кривичном поступку, чиме се гарантују основна права предвиђена немачким Уставом.⁸⁴ Француски законодавац је током институционалне реформе, извршене у првој деценији 21. века, одредио надлежност Апелационог суда у Паризу за спорове поводом аката Савета за конкуренцију, изузевши те спорове из система управног судства. Сматрало се да су судије које суде у цивилној материји стручније да решавају спорове из области права конкуренције. Париски Апелациони суд одабран је због тога што има велики број судија које су специјализоване за област права конкуренције и привредноправну регулативу. Поступак пред судом се води у пуној јурисдикцији, а суд може преиначити акт Савета за конкуренцију.⁸⁵

V Закључак

Судска контрола појединачних аката које доносе тела за заштиту конкуренције у поступцима поводом повреда конкуренције треба да омогући делотворну заштиту права и правних интереса странака – привредних друштава и других учесника на тржишту, у складу са стандардима постављеним Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода. Имајући у виду инквизиторни карактер управног поступка, сложеност материје права конкуренције и тежину запрећених санкција, неопходно је да суд одлучује у споровима по тужбама против аката тела за заштиту конкуренције у пуној јурисдикцији, што укључује право и дужност суда да самостално и непосредно утврђује чињенице, као и могућност да преиначи акт тела за заштиту конкуренције. Нужно је да у тим споровима суде судије са одговарајућим специјалистичким знањима.

84 Bundeskartellamt, Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht, Reformimpulse für das Kartellbußgeldverfahren, Bonn, 2015, доступно на адреси: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/AG_Kartellsanktionenrecht_Zwischenbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 5. 4. 2020.

85 Nicolas Petit, Louise Raboux, „Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post-Commission v. Tetra Laval Assessment“, *National courts and the standard of review in competition and economic regulation* (eds. Oda Essen, Anna Gerbrandy, Saskia Lavrijssen), Groningen, 2009, 106.

Приликом усаглашавања националног правног оквира држава кандидата за чланство у ЕУ мора се повести рачуна о обезбеђењу институционалних претпоставки за делотворан и, нада све, правичан поступак примене права конкуренције, како у првом степену пред телма за заштиту конкуренције, тако и у поступку судске контроле њихових одлука. Једна од опција која стоји на располагању националном законодавцу је изузимање спорова по тужбама против аката тела за заштиту конкуренције (и евентуално тела надлежних за регулисање појединих сектора привреде) из надлежности управних судова и њихово поверавање специјализованим већима при привредним судовима. Друга опција би била формирање засебног суда који би искључиво судио спорове у материји права конкуренције и секторске привредне регулативе. Обе опције би неспорно допринеле бољем квалитету судских одлука. Опредељење за другу опцију би омогућило да се већи број судија и стручних сарадника специјализује за ту врсту спорова, али би захтевало знатно већи ангажман људских и материјалних ресурса.

Коришћена литература

- Alves Sofia, Capiau Jeroen, Sinclair Ailsa, „Principles for the Independence of Competition Authorities“, *Competition Law International*, Nr. 1/2015.
- Анђелковић Јована, „Управна ствар“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 79/2018.
- Asimow Michael, „Five Models of Administrative Adjudication“, *American Journal of Comparative Law*, Nr. 1/2015.
- Бајакић Ивана, „Развој и учинци регулаторних агенција у САД: Успешан модел за Европу?“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, бр. 2/2010.
- Veljanovski Cento (ed.), „The Regulation Game“, *Regulators and the Market*, London, 1991.
- Wills Wouter, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- Вучковић Јелена, *Положај јавних агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Вучковић Јосип, „Демократски легитимитет политички неодговорних управних тијела у поредбеном уставном праву“, *Зајребачка правна ревија*, бр. 2/2015.
- Davitkovski Borče, Pavlovska-Daneva Ana, Šumanova-Spasovska, Davitkovska Elena, „Independent Bodies as a Model of Organization of the Public Administration“, *Judicial Tribune*, Nr. 2/2018.

- Дујић Слободан, „Независна регулаторна тела и јавне службе“, *Администрација и јавне полиције*, бр. 1/2015.
- Ђанић Чеко Ана, „Специфичности улоге Високог управног суда Хрватске у једноступањском управном спору на основи посебних закона (*lex specialis*)“, *Harmonius*, Београд, 2018.
- Копрић Иван, „Развој и проблеми агенцијског модела с посебним освртом на независне регулаторе“, *Агенције у Хрватској: Регулација и приватизација јавних служби на државној, локалној и регионалној разини* (ур. Иван Копрић, Анамарија Муса, Ведран Ђулабић), Загреб, 2013.
- Кос Веселка, „Управносудска заштита у агенцијским стварима“, *Агенције у Хрватској: Регулација и приватизација јавних служби на државној, локалној и регионалној разини* (ур. Иван Копрић, Анамарија Муса, Ведран Ђулабић), Загреб, 2013.
- Мажоне Giandomenico, *The Regulatory State and Its Legitimacy Problems*, Institut für Höhere Studien Political Science Series, Vienna, 1998.
- Марковић-Бајаловић Дијана, „Правна сигурност и право конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013.
- Милков Драган, „Јавне агенције у Србији – Случајна грешка или лоша намера?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2014.
- Муса Анамарија (ур.), „Каква реформа агенција у Хрватској“, *Јавне агенције у слици за реформом*, Загреб, 2017.
- Petit Nicolas, Raboux Louise, „Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post-Commission v. Tetra Laval Assessment“, *National courts and the standard of review in competition and economic regulation* (eds. Oda Essens, Anna Gerbrandy, Saskia Lavrijssen), Groningen, 2009.
- Posner Richard, „Theories of Economic Regulation“, *Bell Journal of Economics*, Nr. 2/1974.
- Robinson Glen, „Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogatives“, *Duke Law Journal*, Nr. 2/1988.
- Смердел Бранко, „Независни регулатори и владавина права – хрватска пракса у свјетлу америчког искуства“, *Зборник 50. јубиларног сусрећа правника Ошине 12* (ур. Јакша Барбић), Загреб, 2012.
- Смердел Бранко, „Независни регулатори: о потреби рационализације система“, *Информатор*, бр. 6085/2012.
- Смердел Бранко, *О уставима и људима: увод у уставноправну казуистику*, Нови информатор, Загреб, 2012.

- Смердел Бранко, „Регулаторне агенције: компаративна искуства“, *Информатор*, бр. 5432/2006.
- Станичић Фране, „Актуална питања устроја и дјеловања регулаторних агенција у Републици Хрватској“, *Четврти скойско-зајребачки љравни колоквиј* (ур. Борче Давитковски), 2013.
- Станичић Фране, „Контрола рада регулаторних агенција у Републици Хрватској“, *Јавне ајениције – у љојрази за реформом* (ур. Анамарија Муса), Загреб, 2017.
- Станичић Фране, „Правна нарав регулаторних агенција у Хрватској“, *Право у љојодарству*, бр. 5/2010.
- Томић Зоран, *Ојшће уљравно љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.
- Томић Зоран, „Управне и јавне агенције у Србији – класификација и правни положај“, *Право и љривреда*, бр. 5–8/2008.
- Чулиновић Херц Едита, Зубовић Антонија, „Управносудски надзор над независним регулаторним агенцијама: Актуалности у поступцима“, *Зборник Правној факултетна Свеучилишта у Риједи*, бр. 2/2013.
- Цуцић Вук, *Уљравни сјор љуне јурисдикције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD

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

THE ADEQUACY OF ADMINISTRATIVE–JUDICIAL PROTECTION IN MATTERS OF COMPETITION VIOLATIONS

Summary

Competition authorities in Serbia and other countries from the ex-Yugoslav region are administrative authorities defined by law as having the status of independent regulatory bodies. Judicial control over individual acts of competition authorities is executed by administrative courts. However, proceedings conducted by competition authorities in antitrust cases distinguish from general administrative proceedings since there exists a dispute regarding the very existence of competition infringement, and substantial penalties are the possible outcome of the proceedings. The features of administrative dispute do not guarantee optimal judicial protection to defendant undertakings since full jurisdiction proceedings are allowed only if specific requirements defined in the law are fulfilled. Besides, administrative courts appeared as inapt to deal with the substance of competition cases. The EU Directive 1/2019 obliged member states not only to ensure effective implementation of competition law by administrative competition authorities, but also to secure the undertakings' right of defense, in line with principles defined in the EU Charter of Fundamental Rights. The author questions the adequacy of administrative-judicial protection in antitrust cases, as laid down in laws in force in Serbia and other countries of the ex-Yugoslav region, in the light of fundamental legal principles and theoretical views on the status of independent regulatory authorities. The author advocates for the creation of specialized chambers within commercial courts to deal in full jurisdiction with disputes between competition authorities and defendant undertakings in antitrust cases, or, more desirably, the formation of a special court that would decide in disputes against decisions of competition authorities and sector regulators.

Key words: *Administrative Competition Authorities. – Independent Regulatory Bodies. – Full Jurisdiction in Administrative Disputes. – The Right to a Fair Trial. – EU Directive 1/2019.*

Датум пријема рада: 14. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 22. 4. 2020.

UDK: 366.542/.543(497.11)

CERIF: S130

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002059V

др Драјан ВУЈИСИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

др Борко МИХАЈЛОВИЋ, LL.M**
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПОДИЗАЊЕ НИВОА ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА КРОЗ ВАНСУДСКО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

Сажетак

Иако је ниво законодавне реулисања права потрошача у Србији на све вишем нивоу, остваривање и реализација прописаних права потрошача се још увек не могу оценили задовољајућим. Новембра 2019. године Министарство трговине, туризма и телекомуникација Републике Србије објавило је Нацрт Закона о заштити потрошача, уједно у циљу побољшања и подизања нивоа остваривања права потрошача. Најзначајнија и најрадикалнија новина предложена овим нацртом закона је потпуна реформа механизма вансудског решавања потрошачких спорова и увођење обавезног решавања спорова вансудским путем за трговце онда када потрошач покрене такв поступак. Основни предмет рада је садржина предложене реформе механизма вансудског решавања потрошачких спорова у Србији. У раду су јервенствено анализирани основни елементи механизма вансудског решавања потрошачких спо-

* Електронска адреса аутора: dvujisic@jura.kg.ac.rs.

** Електронска адреса аутора: bmihajlovic@jura.kg.ac.rs.

рова, и *шо*: *шојам шојрошачкој сјора, услови за вансудско решавање сјорова, шело за вансудско решавање сјорова и шосјуујак вансудској решавања сјорова.*

Кључне речи: *Појрошачки сјор. – Вансудско решавање шојрошачких сјорова. – Тело за вансудско решавање шојрошачких сјорова. – Посредник. – Обавезно учешће шрјоваца у вансудском решавању шојрошачких сјорова.*

I Увод

Ниво остваривања права потрошача је увек најбољи показатељ нивоа заштите потрошача. Почев од првог посебног закона у области заштите потрошача, који је усвојен 2002. године,¹ па до још увек важећег Закона о заштити потрошача из 2014. године,² обим и садржина прописаних права потрошача у Србији бивали су све шири и квалитетнији, па се садашњи ниво законодавног регулисања права потрошача може оценити задовољавајућим.³ Остваривање и реализација прописаних права потрошача нису, пак, достигли одговарајући ниво који би допринео свеукупно високој оцени о стању заштите потрошача у Србији.

Једно од основних права потрошача је право на правну заштиту, чија реализација представља заправо гаранцију за остваривање других основних права потрошача за случај њихове повреде.⁴ Српски законодавац је током досадашњег развоја домаћег потрошачког права учинио неколико важних корака у циљу остваривања права на правну заштиту. Најзначајнији кораци су детаљније регулисање поступка заштите колективног интереса потрошача,⁵ регулисање посебног парничног поступка у потрошачким споровима⁶ и ослобађање потрошача од обавезе плаћања судске таксе у споровима чија вредност не прелази 500.000 динара.⁷ Међутим, ниво остваривања права потрошача на правну заштиту остао је и даље релативно низак.

1 Закон о заштити потрошача СР Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/2002.

2 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 – др. закон и 44/2018 – др. закон.

3 О развоју заштите потрошача у Србији вид. Драган Вујисић, „Заштита потрошача у праву Европске уније и праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, 202–204.

4 ЗЗП, чл. 2.

5 Вид. ЗЗП, чл. 145–153.

6 Закон о парничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 488–493.

7 ЗЗП, чл. 140 ст. 2.

Новембра 2019. године Министарство трговине, туризма и телекомуникација Републике Србије објавило је Нацрт Закона о заштити потрошача.⁸ Основни разлог за предлагање доношења потпуно новог закона је лоше стање у остваривању права потрошача. Најзначајнија и најрадикалнија новина предложена у циљу побољшања тог стања је потпуна реформа механизма вансудског решавања потрошачких спорова и увођење обавезног решавања спорова вансудским путем за трговце онда када потрошач покрене тај поступак. Вансудско решавање потрошачких спорова добија на ширем значају након успостављања свеобухватног регулаторног оквира у праву Европске уније. Тај регулаторни оквир, настао 2013. године, чине Директива о алтернативном решавању потрошачких спорова⁹ и Уредба о електронском (*online*) решавању потрошачких спорова.¹⁰ Предности вансудског решавања потрошачких спорова су брзина, ефикасност, нижи трошкови, подстицање решавања спорова мирним путем, смањење оптерећења судова итд.¹¹ Значај вансудског решавања спорова постаје све већи, па се он чак више не сматра алтернативним већ примарним, а све чешће и јединим правним механизмом који потрошачи имају на располагању у случају повреде њихових права.¹² Не смеју се, ипак, занемарити ни све чешће критике појединих аутора, који су свакако и даље у мањини, а који говоре о „приватизацији правде“ у области грађанског права, односно изражавају бојазан да би описана тенденција могла да доведе до ускраћивања или отежаног остваривања права на приступ правди.¹³

- 8 Текст Нацрта Закона о заштити потрошача (даље: Нацрт ЗЗП-а) и његово образложење доступни су на веб-страници Министарства трговине, туризма и телекомуникација Републике Србије, доступно на адреси: <https://mtt.gov.rs/slider/javne-rasprava-o-nacrtu-ozp/>, 15. 4. 2020.
- 9 Директива о алтернативном решавању потрошачких спорова (*Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165/63*; даље у фуснотама: Директива).
- 10 Уредба о електронском (*online*) решавању потрошачких спорова (*Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, OJ L 165/1*).
- 11 Pablo Cortes, „A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward“, *Legal Studies*, Nr. 1/2015, 114–116; Joanna Page, Laurel Bonnyman, „ADR and ODR –achieving better dispute resolution of consumers in the EU“, *ERA Forum*, Nr. 2/2016, 145–146; Gisela Rühl, „Alternative and Online Dispute Resolution for cross-border consumer contracts: a critical evaluation of the European legislature’s recent efforts to boost competitiveness and growth in the internal market“, *Journal of Consumer Policy*, Nr. 4/2015, 432–433.
- 12 Pablo Cortes (ed.), „Introduction“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, 2016, 2.
- 13 О негативним странама механизма вансудског решавања спорова вид. нпр.: Linda Mulcahy, „The collective interest in private dispute resolution“, *Oxford Journal of Legal*

Пре него што приступимо анализи основног предмета овог рада, а то је садржина предложене реформе вансудског решавања потрошачких спорова у Србији, укратко ћемо се осврнути на тренутно стање домаћег законодавства у области која је предмет анализе.

II Тренутно стање

Српско потрошачко право познаје могућност вансудског решавања спорова, и то још од 2002. године, односно од доношења првог посебног закона у тој области.¹⁴ Међутим, општа оцена је да та могућност ни тада, а ни у каснијим законским прописима није била довољно разрађена, што је за последицу имало незнатно коришћење механизма вансудског решавања спорова од стране потрошача и трговаца у пословној пракси. Изречена оцена односи се и на важећи ЗЗП, иако он садржи нешто бројније и детаљније одредбе о вансудском решавању спорова.¹⁵

ЗЗП-ом је, најпре, појам потрошачког спора дефинисан као сваки спор који произлази из уговорног односа потрошача и трговца.¹⁶ Услови за вансудско решавање спорова прописани су Правилником о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова.¹⁷ Правилник прописује два основна услова: 1) да је потрошач претходно покушао да непосредно са трговцем реши предмет спора и 2) да су се потрошач и трговац споразумели да ће спор решити пред телом за вансудско решавање спорова.¹⁸ У улози тела за вансудско решавање спорова може се наћи лице које поседује дозволу за посредовање или стална арбитражна институција.¹⁹ Заинтересовани посредници или арбитражне институције дужни су да поднесу захтев за упис на листу тела за вансудско решавање потро-

Studies, Nr. 1/2013; Hazel Genn, „What is civil justice for? Reform, ADR, and access to justice“, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Nr. 1/2012.

14 Вид. Закон о заштити потрошача из 2002. године, чл. 51.

15 О вансудском решавању потрошачких спорова у нашем праву и усклађености са Директивом и европским стандардима вид.: Миодраг Мићовић (ур.), „Вансудско решавање потрошачких спорова“, *XXI век – век услуга и услужној права (књижа четврти)*, Крагујевац, 2013, 295–304; Невена Петрушић, „Вансудско решавање потрошачких спорова у праву Србије: нова законска решења у светлу европских стандарда“, *Правни животи*, бр. 11/2011, 751–770.

16 ЗЗП, чл. 140 ст. 1.

17 Правилник о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, *Службени листник РС*, бр. 74/15.

18 Правилник о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, чл. 2.

19 ЗЗП, чл. 142 ст. 2; Правилник о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, чл. 3 ст. 1.

шачких спорова коју води надлежно министарство. Тела за вансудско решавање спорова морају да испуњавају услове за стицање дозволе за посредовање, односно за оснивање сталне арбитражне институције, као и да обезбеђују стручност, независност и непристрасност лица која непосредно решавају потрошачке спорове.²⁰ ЗЗП захтева од тела за вансудско решавање спорова да послују транспарентно кроз прописивање обавезе достављања информација о њиховом унутрашњем уређењу, начину финансирања, као и о физичким лицима која су задужена за решавање спорова, њиховом професионалном искуству, накнади и лицу које их је ангажовало.²¹ Од тела за решавање спорова се захтева и достављање годишњег извештаја о раду у области потрошачких спорова.²² Основна процесна правила садржана су у Правилнику о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, а поступак вансудског решавања спора окончава се постизањем споразума о решавању спора путем посредовања или доношењем арбитражне одлуке.

Важећа законска регулатива вансудског решавања спорова има два суштинска недостатка. Први, постојећи правни оквир не олакшава и не промовише у довољној мери приступ потрошача механизму вансудског решавања спорова. Други, он не поставља јасне захтеве у погледу квалитета и начина рада тела за вансудско решавање спорова. Конкретније, нема јасних, прецизних и садржински задовољавајућих захтева и правила о потребним квалификацијама и стручности лица која непосредно решавају спорове, њиховој непристрасности, финансирању тела за решавање спорова итд. Ови недостаци за последицу имају неусклађеност ЗЗП-а са духом и основним циљевима Директиве, а то су управо поједностављен приступ механизму вансудског решавања спорова потрошачима и прописивање јасних квалитативних стандарда које морају да испуњавају тела за вансудско решавање спорова.²³ Још је важније то да је резултат наведених недостатака и даље незнатан број потрошачких спорова који се решавају путем механизма за вансудско решавање спорова.²⁴

20 Правилник о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, чл. 8.

21 ЗЗП, чл. 142 ст. 3 тач. 2.

22 ЗЗП, чл. 142 ст. 4.

23 P. Cortes (2015), 117–120.

24 „У току 2016. и 2017. године примљено је 11 захтева за покретање вансудског решавања потрошачког спора, а од тога је шест покренуто и окончано, што представља незнатан проценат у односу на број трансакција и приговора које су примила удружења потрошача.“ Влада Републике Србије, Стратегија заштите потрошача за период 2019–2024. године, Београд, 2019, доступно на адреси: <https://mtt.gov.rs/download/Strategija%20za%20za%C5%A1tite%20potro%C5%A1a%C4%8Da%20za%20period%202019–2024.%20godine%20-%20Prilog%201.pdf>, 15. 4. 2020, 51.

У наставку рада покушаћемо да одговоримо на питање да ли предложена реформа у овој области може да коначно „оживи“ механизам вансудског решавања потрошачких спорова у Србији. Одговор на то питање тражићемо кроз преглед основних елемената тог механизма уз неизбежан осврт на усклађеност са текстом и духом Директиве. Основним елементима механизма вансудског решавања потрошачких спорова сматрамо појам потрошачког спора, услове за вансудско решавање спора, тело за вансудско решавање спорова и поступак вансудског решавања спорова.

III Појам потрошачког спора

Дефинисање појма потрошачког спора намеће се као почетни корак у анализи механизма вансудског решавања спорова. У Нацрту ЗЗП-а приметно је значајно проширење појма потрошачког спора, и то не само у односу на важећи ЗЗП, него и у односу на дефиницију садржану у Директиви. То проширење извршено је у погледу карактера спорова који су обухваћени појмом потрошачког спора, као и у погледу сврставања спорова са елементом иностраности под оквир овог појма. Тако је Нацртом ЗЗП-а потрошачки спор дефинисан као сваки домаћи или прекогранични спор који произлази из уговорног или вануговорног односа потрошача и трговца.²⁵ Домаћи спор је сваки потрошачки спор где у време закључења уговора потрошач има пребивалиште или боравиште, а трговац седиште или издвојени организациони део у Републици Србији (огранак привредног друштва или представништво страног привредног друштва).²⁶ Прекогранични спор је сваки потрошачки спор где у време закључења уговора трговац има седиште или издвојени организациони део у Републици Србији, а потрошач нема ни пребивалиште ни боравиште у Србији.²⁷ Из ових дефиниција домаћег и прекограничног спора произилазе две важне чињенице. Прва, Нацрт ЗЗП-а одређује тренутак закључења уговора као пресудан за сврставање спора у домаћи или прекогранични. Ово решење је нешто другачије у односу на Директиву која територијалну природу спора одређује у односу на чињенично стање у погледу места пословања трговца и пребивалишта потрошача које постоји у тренутку наручивања робе или услуге која је предмет уговора.²⁸ Друга, прекогранични потрошачки спорови могу се решавати пред домаћим телима за вансудско решавање спорова само

25 Нацрт ЗЗП-а, чл. 148 ст. 1.

26 Нацрт ЗЗП-а, чл. 148 ст. 2.

27 Нацрт ЗЗП-а, чл. 148 ст. 3.

28 Директива, чл. 4 ст. 1 тач. е и ф.

када је поступањем домаћег трговца повређено право страног потрошача.

Директива је заснована на принципу минималне хармонизације, па предложено проширење појма потрошачког спора и на спорове који произилазе из вануговорног односа не значи неусклађеност са Директивом. Напротив, то проширење има своје оправдање јер повреда правила о непоштеној пословној пракси, која представљају један од основних стубова заштите потрошача, може настати и ван уговорног односа.²⁹ Међутим, везивањем територијалне природе потрошачког спора за тренутак закључења уговора примена механизма вансудског решавања спорова на прекограничне спорове из вануговорног односа знатно је отежана због немогућности одређивања релевантног тренутка у односу на који се утврђује седиште или издвојени организациони део трговца, односно пребивалиште или боравиште потрошача. Ова тешкоћа, а понекад чак и потпуна немогућност примене, може се отклонити прописивањем посебне дефиниције домаћег и прекограничног спора који произилази из вануговорног односа (и прописивањем нпр. тренутка извршења спорне радње или пропуштања као опредељујућег за утврђивање државе којој „припадају“ трговац и потрошач).

IV Услови за вансудско решавање потрошачких спорова

Основна дилема која постоји у вези са прописивањем услова за вансудско решавање спорова је да ли споразум трговца и потрошача треба да буде један од услова, односно да ли трговац може да одбије да учествује у поступку чије је спровођење иницирао потрошач. Директива не даје било какве назнаке за разрешење ове дилеме, већ једино оставља могућност државама чланицама да механизам вансудског решавања спорова учине обавезним за трговца, под условом да странама у спору није ускраћено право на приступ суду.³⁰ Када је реч о српском потрошачком праву, већ је речено да споразум између трговца и потрошача тренутно јесте основни услов за спровођење поступка вансудског решавања спора, али је Нацртом ЗЗП-а предложена коренита промена у

29 Директива о непоштеној пословној пракси (*Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council, OJ L 149/22*), преамбула, рецитал 13; Hugh Collins, „Harmonization by example: European Laws against unfair commercial practices“, *The Modern Law Review*, Nr. 1/2010, 91.

30 Директива, чл. 1.

том погледу према којој би вансудско решавање спора постало обавезно за трговце. Зато анализа ове промене завређује посебну пажњу.

Постоје четири основне врсте механизма вансудског решавања потрошачких спорова, разврстаних по основу критеријума обавезности учешћа у спору од стране трговаца: 1) систем обавезног учешћа трговаца на основу закона; 2) систем обавезног учешћа трговаца, али не на основу закона, већ по неком другом основу, најчешће кроз чланство у привредној комори или другој струковној организацији из којег произлази обавеза учешћа у вансудском решавању спорова са потрошачима; 3) систем подстицања учешћа трговаца коришћењем различитих специфичних мера и средстава, које се најчешће свODE на стављање у изглед вршења негативног утицаја на пословни углед трговаца који одбијају учешће у поступку вансудског решавања спорова; 4) систем факултативног учешћа трговаца.³¹ Прегледом решења садржаних у националним законодавствима појединих држава чланица ЕУ може се извући закључак да се већина држава чланица није определила за један од два „екстрема“ (обавезно учешће на основу закона или потпуно факултативно учешће), већ предност дају другој и трећој врсти механизма за вансудско решавање спорова. Уочљива је и тенденција разликовања изабране врсте у зависности од области у којој је потрошачки спор настао. Тако, неке земље прописују обавезно учешће трговца у вансудском решавању спорова, али само у појединим областима (нпр. област енергетике).³² У немачком праву учешће у вансудском поступку решавања спорова обично је обавезно за трговца, али само ако је он члан организације у оквиру које функционише тело за вансудско решавање спорова или ако је обавезно учешће предвиђено посебним прописом.³³ Посебна правила примењују се у области ваздушног превоза путника, према којима немачке авио компаније имају обавезу да учествују у вансудском решавању спорова пред посебним телом за решавање спорова које функционише под окриљем државе (јавно-правно тело), осим ако не постану чланови организације у оквиру које функционише посебно, приватно-правно тело за решавање спорова.

31 Извештај о примени Директиве о алтернативном решавању потрошачких спорова (*European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social committee on the application of Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes*), Brussels, 2019, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0425&from=EN>, 15. 4. 2020, 10.

32 *Ibid.*, 12.

33 Rosa Miquel, „The Consumer ADR Directive in Germany“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016, 173.

Чланство у тој организацији подразумева обавезно учешће у вансудском решавању спорова покренутих од стране корисника услуга авионског превоза.³⁴ Многе земље не прописују на непосредан, директан начин обавезно учешће трговаца у вансудском решавању потрошачких спорова, али настоје да на различите друге начине повећају стопу учешћа трговаца у овом начину решавања спорова. Тако, у Аустрији учешће у вансудском решавању спорова са потрошачима није обавезно за трговце, али је бесплатно, што је довело до учешћа 77% трговаца у поступку.³⁵ У Естонији учешће трговаца такође није обавезно, али тело за решавање спорова има овлашћење да донесе одлуку о предмету спора и без њиховог учешћа, према унапред прописаним процесним правилима која се примењују у том случају. Ако трговац одбије учешће у поступку, а потом не поступи у складу са одлуком коју је донело тело за решавање спорова, његово пословно име ставља се на тзв. црну листу.³⁶

Српско потрошачко право у погледу обавезног учешћа трговаца у вансудском решавања потрошачких спорова креће се, ако решења из Нацрта ЗЗП-а постану позитивно право, од једног ка другом „екстремном“ решењу. Нема дилеме да је механизам вансудског решавања спорова у Србији веома неразвијен и да је реформа неопходна, али оправдано се поставља питање да ли та реформа треба да буде овако нагла, осетна. Као што нам кратак преглед упоредно-правних решења земаља које су имплементирале Директиву показује, постоје бројна изнијансирана решења која могу да воде ка постепеном, прогресивном повећавању стопе учешћа трговаца у вансудском решавању спорова. У нашем праву у овом тренутку већ постоје неке специфичне области (финансијске услуге, туристичке услуге, телекомуникационе услуге) у којима функционишу посебно организована тела за решавање спорова (при Народној банци Србије, Националној асоцијацији туристичких агенција и Регулаторној агенцији за електронске комуникације и поштанске услуге – РАТЕЛ).³⁷ Можда баш у тим областима постоји добра прилика за увођење обавезног учешћа трговаца, уместо хоризонталне реформе која подразумева обавезно учешће трговаца у свим секторима.

Дакле, с обзиром на то да споразум између трговца и потрошача није услов за вансудско решавање спора према Нацрту ЗЗП-а, преостала су само два услова за покретање поступка вансудског решавања спора од стране потрошача: 1) да је трговцу претходно поднет приговор

34 Извештај о примени Директиве о алтернативном решавању потрошачких спорова, 12.

35 *Ibid.*, 13.

36 *Ibid.*

37 Влада Републике Србије, Стратегија заштите потрошача за период 2019–2024. године, 51–52.

или рекламација и 2) да је предлог за вансудско решавање спора поднет у року од годину дана од дана подношења рекламације трговцу.³⁸ Условљавање покретања поступка вансудског решавања спора претходним подношењем рекламације или приговора трговцу треба посматрати у вези са чињеницом да је вансудско решавање спора само једна од фаза у поступку остваривања права потрошача на правну заштиту. Према Стратегији заштите потрошача Владе Републике Србије за период од 2019. до 2024. године, тај поступак има четири фазе.³⁹ Прва фаза је подношење приговора или рекламације трговцу, при чему је, наравно, најбоље и најцелисходније да се спор реши већ у овој раној фази.⁴⁰ Овде треба нагласити да је у појединим случајевима законом прописан рок за подношење приговора или рекламације. Друга фаза, по правилу, подразумева обраћање потрошача организацији потрошача која настоји да оцени оправданост његовог захтева, да га упозна са наредним корацима у остваривању правне заштите и да евентуално изврши притисак на трговца у циљу удовољавања захтеву потрошача и мирног решења спора. Вансудско решавање спора представља трећу фазу поступка остваривања права на правну заштиту, док је последња, четврта фаза, остваривање права потрошача пред судом.⁴¹ Потрошач не мора да следи редослед наведених фаза, па тако давање приоритета вансудском решавању спора у односу на покретање судског поступка свакако није његова обавеза, већ само могућност. А то да ли ће се потрошачи чешће одлучивати за ту могућност умногоме зависи од квалитета и начина рада тела за вансудско решавање потрошачких спорова.

V Тело за вансудско решавање потрошачких спорова

Тело за вансудско решавање потрошачких спорова има можда и најзначајнију улогу у успешном функционисању механизма вансудског решавања спорова. Од његове доступности, стручности и непристрасности зависи поверење заинтересованих страна у читав механизам, а тек са изградњом поверења може се очекивати његово учесталије коришћење и допринос подизању нивоа заштите потрошача. Три су основна питања која су непосредно повезана са образовањем и радом тела за решавање спорова, а која истовремено директно утичу на успешно функционисање целокупног механизма решавања спорова: 1) врсте и

38 Нацрт ЗЗП-а, чл. 151 ст. 1, чл. 160 ст. 1 тач. 4.

39 Влада Републике Србије, Стратегија заштите потрошача за период 2019–2024. године, 45–46.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

облици организовања тела за решавање спорова; 2) квалитативни стандарди које мора да испуњава тело за вансудско решавање спорова; 3) надзор над радом тела за решавање спорова.

1. Врсте и облици организовања тела за вансудско решавање потрошачких спорова

Облик организовања тела за вансудско решавање потрошачких спорова опредељује назив, односно врсту тела. Директива не одређује врсту тела за вансудско решавање потрошачких спорова, већ то препушта државама чланицама ЕУ. Разлог за овакав приступ у Директиви су бројне различитости у погледу врсте тела у појединим државама чланицама ЕУ, односно веома различите правне традиције у овој области и значај који се придаје вансудском решавању спорова уопште. Опште је познато да земље западне Европе имају већ деценијама развијане механизме вансудског решавања спорова у оквиру којих су се временом створиле бројне различите врсте тела за вансудско решавање спорова. У земљама централне, источне и јужне Европе механизми вансудског решавања спорова традиционално нису толико развијени, а и када они постоје, облици организовања тела за решавање спорова су под снажним утицајем и контролом државе.⁴²

У зависности од њиховог облика организовања, разликујемо неколико основних врста тела за вансудско решавање спорова: 1) тела која функционишу као саставни део обично великих привредних друштава, односно тела која су организована под окриљем трговаца (тзв. компанијски посредници, чија је распрострањеност карактеристична за француско право);⁴³ 2) посредници (медијатори); 3) помиритељи; 4) арбитражна тела; 5) тела чији је рад повезан са потрошачким омбудсманом.⁴⁴ Наведене основне врсте тела за вансудско решавање спорова

42 Chris Gill, Jane Williams, Carol Brennan, Carolyn Hirst, „Designing consumer redress: a dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes“, *Legal Studies*, Nr. 3/2016, 442.

43 Управо због широке распрострањености тзв. компанијских посредника у Француској Директивом је препозната могућност њиховог постојања и дефинисани су посебни услови за њихов рад, првенствено у циљу гарантовања њихове непристрасности. Директива, чл. 2 ст. 2а и чл. 6 ст. 3; о компанијским посредницима детаљније у: Emmanuel Guinchard, „The implementation of the Consumer ADR Directive in France“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016, 150–156.

44 Christopher Hodges, Iris Benöhr, Naomi Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, Portland, 2012, ix-xxx-xxx (уводно поглавље); Office of Fair Trading, *Mapping UK consumer redress—a summary guide to dispute resolution systems*, London, 2010, доступно на адреси: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20131101170541/http://>

разликују се не само по облику организовања, већ и по овлашћењима која имају у погледу доношења одлуке о исходу потрошачког спора, односно по правној природи, карактеру и значају те одлуке (ако је тело уопште овлашћено да донесе одлуку о предмету спора).

Србија нема дугу традицију вансудског решавања потрошачких спорова, што јој даје прилику да искористи искуства из праксе других земаља и да се определи за неки од облика организовања тела за вансудско решавање спорова који су познати у упоредној пракси или за комбинацију два или више облика, водећи се у првом реду сличношћу са нашим приликама. Важећи ЗЗП прихвата управо једну такву комбинацију, пошто тело за вансудско решавање спорова може бити посредник или стална арбитражна институција.⁴⁵ Нацрт ЗЗП-а, на први поглед, одступа од ове комбинације и опредељује се за поверавање функције тела за вансудско решавање потрошачких спорова искључиво лицима која имају својство посредника. Основно обележје посредника у нашем праву је да су то лица која помажу странама у спору да преговарањем постигну споразум.⁴⁶ Међутим, Нацрт ЗЗП-а дозвољава странама у спору да тај спор реше и пред арбитражом, али само када потрошач и трговац закључе споразум о арбитражи након настанка спора. Ова одредба Нацрта ЗЗП-а јесте у складу са чл. 10 ст. 1 Директиве који забрањује закључивање било ког споразума о решавању спора између трговца и потрошача пре настанка спора. Међутим, остаје нејасан разлог задржавања могућности вансудског решавања потрошачких спорова пред арбитражом из најмање два разлога. Први, исправност и целисходност прописивања могућности арбитражног решавања потрошачких спорова веома је спорна у правној литератури и пракси чак и земаља које имају дугу традицију неговања и примене алтернативних начина решавања спорова, а предности овог начина решавања спорова везују се готово искључиво за прекограничне потрошачке спорове.⁴⁷ Други, један од основних циљева правног режима установљеног Дирек-

oft.gov.uk/shared_ofst/general_policy/OFT1267.pdf, 16. 4. 2020, 1–2; о раду тела повезаних са потрошачким омбудсманом вид.: Naomi Creutzfeldt, „Ombudsman Schemes-Energy Sector in Germany, France and the UK“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016, 105–112.

45 На последњој објављеној листи тела за вансудско решавање потрошачких спорова на веб-сајту Министарства трговине, туризма и телекомуникација налази се укупно девет тела (осам посредника и једна стална арбитражна институција).

46 Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, чл. 2.

47 Pablo Cortes (ed.), „The consumer arbitration conundrum: a matter of statutory interpretation or time for reform“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, 2016, 75–76; Therese Wilson, „Setting boundaries rather than imposing bans: is it possible to regulate consumer arbitration clauses to achieve fairness for consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Nr. 3/2016, 350–353; Наташа Петровић Томић, „Решавање

тивом, који предлагач закона жели да имплементира у наш правни систем, је прописивање квалитативних стандарда које тело за решавање спорова мора да испуњава, а чије постојање проверава и оцењује надлежни државни орган (у нашем случају надлежно министарство). Спорна одредба Нацрта ЗЗП-а омогућава да потрошачке спорове решава арбитражно тело које није прошло процес провере испуњености услова неопходних за вансудско решавање потрошачких спорова.

2. Квалитативни стандарди које мора да испуњава тело за вансудско решавање спорова

Достизање квалитативних стандарда прописаних Директивом које морају да испуњавају тела за вансудско решавање спорова у националном законодавству се може постићи на два начина.⁴⁸ Први начин подразумева прописивање својеврсног поступка „лиценцирања“ при образовању тела за решавање спорова, који подразумева првенствено јасно и прецизно дефинисање услова, који произлазе из квалитативних стандарда, а које тело мора да испуњава, затим начина и поступка провере испуњености тих услова, као и субјекта надлежног за вршење те провере и спровођење поступка. Други начин је нешто једноставнији, али доста затворенији. Он подразумева да се националним прописом (најчешће законом) унапред одреди листа тела за вансудско решавање спорова која испуњавају све квалитативне стандарде прописане Директивом. Али, будући да је та листа затворена, прихватање другог начина значи да ниједно друго физичко или правно лице, осим оних одређених законом, не може да стекне својство тела за вансудско решавање потрошачких спорова.⁴⁹ Зато се већина држава чланица ЕУ определила за први описани начин (изузетак је Аустрија),⁵⁰ а истим путем кренуло је и српско право.⁵¹

Када је реч о садржини квалитативних стандарда, њихово дефинисање почело је још у годинама пре успостављања регулаторног оквира за вансудско решавање потрошачких спорова у ЕУ. Основни стандарди

потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2014, 91–96.

48 Извештај о примени Директиве о алтернативном решавању потрошачких спорова, 5.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

51 Бирање првог начина довело је и до огромних разлика између појединих држава чланица ЕУ у погледу броја тела за решавање спорова која су добила одговарајућу „лиценцу“ за рад. Тако, Румунија има само једно тело за вансудско решавање потрошачких спорова, а Француска чак 99. *Ibid.*, 7.

потичу из препорука Европске комисије о принципима рада тела за вансудско решавање потрошачких спорова из 1998. и 2001. године,⁵² као и из Препоруке Организације за економску сарадњу и развој о решавању потрошачких спорова и обештећењу потрошача из 2007. године.⁵³ Ти стандарди дефинитивно су уобличени у Директиви у којој учавамо четири основна квалитативна стандарда која тела за решавање спорова морају да испуњавају: стручност, независност, непристрасност и транспарентност. Стандард стручности захтева да физичка лица која су непосредно задужена за решавање потрошачких спорова имају неопходна знања и вештине у области алтернативног или судског решавања потрошачких спорова, као и да поседују опште познавање права.⁵⁴ Стандард независности постиже се одређивањем мандата лица која улазе у састав тела за решавање спорова у дужини довољној за обезбеђивање њихове независности, као и забраном њиховог разрешења без оправданог разлога.⁵⁵ Стандард непристрасности долази до изражаја у конкретном поступку који се води између трговца и потрошача и он захтева да лице које решава спор не прима упутства од страна у спору или њихових представника, да његова накнада не зависи од исхода спора, као и да то лице пријави све околности које утичу на његову непристрасност у конкретном спору.⁵⁶ У случају постојања тих околности, тело за решавање спорова дужно је, по правилу, да решавање спора повери другом (непристрасном) лицу или ако такво лице не постоји – другом телу за решавање спорова.⁵⁷ На крају, стандард транспарентности подразумева три обавезе тела за решавање спорова: 1) објављивање свих релевантних информација о раду, функционисању, поступку решавања спорова, финансирању, трошковима поступка итд. на веб-сајту; 2) достављање свих наведених релевантних информација заинтересованом лицу, на његов захтев, на трајном носачу записа; 3) објављивање годишњег извештаја о раду.⁵⁸

52 Препорука Европске комисије о принципима рада тела за вансудско решавање потрошачких спорова из 1998. (*Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, OJ L 115/31); Препорука Европске комисије о принципима рада тела за вансудско решавање потрошачких спорова из 2001. (*Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes*, OJ L 109/56).

53 Препоруке ОЕЦД о решавању потрошачких спорова и обештећењу потрошача (*OECD, Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress*), Paris, 2007, доступно на адреси: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/38960101.pdf>, 15. 4. 2020.

54 Директива, чл. 6 ст. 1 тач. а.

55 Директива, чл. 6 ст. 1 тач. б.

56 Директива, чл. 6 ст. 1 тач. ц, д и е.

57 Директива, чл. 6 ст. 2 тач. а.

58 Директива, чл. 7.

Већ је констатовано да важећи ЗЗП, као ни Правилник о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, не имплементирају анализиране квалитативне стандарде на одговарајући начин. Нацртом ЗЗП-а направљен је извештај помак, а коначна оцена зависиће од садржине подзаконског акта у којем ће бити прецизније дефинисани услови за рад тела за вансудско решавање потрошачких спорова. Из текста Нацрта ЗЗП-а видљив је напредак у примени стандарда стручности. Посредник који жели да поднесе захтев за уписивање на листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова, поред општих услова за обављање посредовања прописаних посебним законом,⁵⁹ мора да поседује диплому правног факултета и две године искуства у грађанскоправној материји стечене након дипломирања.⁶⁰ Прописивањем нових, додатних услова у односу на ЗЗП, ниво захтева стандарда стручности унапређен је у односу на део тог стандарда који од лица које непосредно решава спор тражи опште познавање права, али не (довољно) и у његовом делу који предвиђа поседовање посебних знања и вештина у области алтернативног или судског решавања потрошачких спорова. Стандарди независности и непристрасности прописани су једном општом формулацијом чију разраду треба очекивати у подзаконском акту.⁶¹ Стандард транспарентности је и у позитивном праву доследно имплементиран, а исти тренд се назире и у Нацрту ЗЗП-а који прописује обавезу објављивања годишњег извештаја о раду тела за решавање спорова.⁶² Примену преосталих захтева који произлазе из стандарда транспарентности очекујемо у одговарајућем подзаконском пропису, као што је то учињено у важећем законодавству. На крају, треба констатовати да Нацртом ЗЗП-а нису прописана правила о току поступка „лиценцирања“ тела за вансудско решавање спорова, осим да листу тела сачињава надлежно министарство. Поступак „лиценцирања“ треба посматрати у вези са поступком надзора над радом тела за решавање спорова који, на неки начин, представља његов наставак.

3. Надзор над радом тела за вансудско решавање потрошачких спорова

Испуњеност квалитативних стандарда анализираних у претходном делу рада несумњиво треба да постоји и након образовања тела за вансудско решавање потрошачких спорова и њиховог уписивања на

59 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, чл. 33.

60 Нацрт ЗЗП-а, чл. 150 ст. 4.

61 Нацрт ЗЗП-а, чл. 155.

62 Нацрт ЗЗП, чл. 150 ст. 6.

листу тела. Зато су Директивом прописана општа правила о вршењу надзора над радом тела за решавање спорова. Директива не регулише питање субјекта надлежног за вршење надзора у оквиру држава чланица препуштајући државама да се саме одреде за једно или више тела надлежних за спровођење надзора (већина држава чланица је ову улогу поверила органу надлежном за стварање политике заштите потрошача, само се неколицина држава определила за одређивање два или више надлежних тела).⁶³ Надзор се врши на три основна начина: 1) пружањем надлежном државном телу општих информација од стране тела за решавање спорова (у тренутку образовања тела, односно уписа на листу тела за решавање спорова), између осталог, о структури тела, финансирању, физичким лицима која непосредно решавају спорове, процесним правилима, накнадама, врсти спорова које тело решава итд., као и о евентуалним променама у вези са неким од наведених података које су настале током рада тела;⁶⁴ 2) одузимањем „лиценце“ за вансудско решавање потрошачких спорова телима која престану да испуњавају услове који произлазе из квалитативних стандарда;⁶⁵ 3) пружањем периодичних извештаја о броју и врсти спорова које је тело решавало, њиховом трајању, (не)поступању заинтересованих страна у складу са одлуком или препоруком која представља исход, о проблемима на које тело наилази у поступку решавања спорова итд.⁶⁶ Прва два начина вршења надзора усмерена су ка стварању гаранција да тела за решавање спорова перманентно испуњавају основне услове за рад и функционисање, док трећи има за циљ праћење функционисања целокупног механизма вансудског решавања спорова, као и уочавање и отклањање проблема и препрека за његово успешно функционисање.

Надлежно тело за вршење надзора над радом тела за вансудско решавање потрошачких спорова у праву Републике Србије је Министарство трговине, туризма и телекомуникација, како према важећем ЗЗП-у, тако и према Нацрту ЗЗП-а.⁶⁷ Надлежно министарство има законска овлашћења за спровођење сва три начина вршења надзора предвиђена Директивом, што значи да је наше законодавство по овом питању већ усклађено са европским. Ипак, чини се да би у будућности надлежно министарство требало да предузме одлучније кораке у циљу промовисања и унапређења механизма вансудског решавања спорова, а

63 Извештај о примени Директиве о алтернативном решавању потрошачких спорова, 7.

64 Директива, чл. 19 ст. 1.

65 Директива, чл. 20 ст. 2.

66 Директива, чл. 19 ст. 3.

67 ЗЗП, чл. 142; Нацрт ЗЗП-а, чл. 152.

на основу информација о уоченим проблемима у функционисању механизма које добија од тела за решавање спорова.

VI Поступак вансудског решавања потрошачких спорова

Поред квалитативних стандарда које треба да задовољавају тела за вансудско решавање потрошачких спорова, Директивом су предвиђени и извесни стандарди у погледу квалитета поступка који ова тела спроводе. Најважнији су свакако стандард ефикасности и стандард правичности.⁶⁸ Захтеве садржане у овим стандардима анализираћемо кроз приказ тока поступка вансудског решавања потрошачких спорова, а посебну пажњу, због свог несумњивог утицаја на остваривање основних циљева целокупног механизма решавања спорова, посветићемо значају одлуке тела за решавање спорова (тј. исходу поступка), као и питањима трошкова поступка, односно финансирања тела за решавање спорова.

1. Ток поступка

Директива не регулише ток поступка вансудског решавања потрошачких спорова, али прописује горе поменуте стандарде које треба применити у том поступку. Нацртом ЗЗП-а ток поступка регулисан је доста прецизније и свеобухватније у односу на текст садашњег ЗЗП-а, а њиме су готово у потпуности обухваћени и стандарди прописани Директивом. Овде ћемо у кратким цртама изложити одредбе о току поступка садржане у Нацрту ЗЗП-а.

Поступак покреће искључиво потрошач подношењем предлога чија је садржина унапред прописана.⁶⁹ Потрошач доставља предлог надлежном министарству, које потом има дискреционо овлашћење да изабере тело за вансудско решавање спорова којем ће проследити примљени предлог. То дискреционо овлашћење прилично је широко јер је министарству дато право избора између тела које је по месту обављања вансудског решавања потрошачког спора најближе месту пребивалишта потрошача и тела за које оно процени да ће поступак вансудског решавања спора решити на најефикаснији и најцелисходнији начин.⁷⁰ Разлози за одбацивање предлога таксативно су наведени законом. Они су логични, разумљиви и везани су за испуњеност општих услова за вансудско решавање потрошачког спора (о којима је било речи у одговарајућем делу рада) и неких од елементарних процесних прет-

68 Директива, чл. 8 и чл. 9.

69 Нацрт ЗЗП-а, чл. 159 ст. 2.

70 Нацрт ЗЗП-а, чл. 159 ст. 3.

поставки (чије се постојање захтева и у парничном поступку).⁷¹ Ако не постоје разлози за одбацивање предлога, поступак се сматра покренутим када тело за вансудско решавање потрошачког спора прими уредан предлог потрошача. Тај предлог се потом доставља трговцу уз позив да се изјасни о основаности предлога у року од 15 дана од дана његовог достављања.⁷² Ако трговац оспорава предлог, у изјашњењу мора да наведе чињенице на којима заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице. Тело за решавање спорова може заказати усмену расправу увек када је то корисно за разјашњење предметног спора, а потрошач и трговац су у том случају обавезни да учествују на њој.⁷³ Учешће трговца у поступку обезбеђено је и казним одредбама Нацрта ЗЗП-а којима су као прекршаји одређени пропуштање трговца да се изјасни о чињеницама и доказима на основу којих оспорава предлог потрошача, као и неучествовање у усменој расправи.⁷⁴ Након евентуалне усмене расправе приступа се одлучивању о исходу поступка. Трајање поступка ограничено је на 90 дана од дана подношења предлога за вансудско решавање спора (правило), осим у оправданим случајевима када је предмет спора сложен и тада се рок може продужити за највише 90 дана (изузетак).⁷⁵

2. Исход поступка

Исход поступка, односно овлашћење надлежног тела да донесе одлуку о предмету спора и евентуално врста одлуке коју то тело може да донесе, одређени су обликом организовања и врстом тела за вансудско решавање потрошачких спорова за које се определио национални законодавац. Директива и по овом питању поступа у складу са принципом минималне хармонизације, па у уводним одредбама само наводи одлуке које надлежно тело може да донесе, чинећи то веома широко прописивањем практично свих могућих опција које постоје у вези са исходом поступка. Тако је Директивом прописано да тело за решавање спорова може да предложи решење, наметне решење или да повеже стране ради лакшег постизања споразумног решења.⁷⁶

Овлашћења тела за решавање спорова и у српском праву одређена су врстом тела за које се наш законодавац определио. Нацрт ЗЗП-а се

71 Нацрт ЗЗП-а, чл. 160 ст. 1.

72 Нацрт ЗЗП-а, чл. 161.

73 Нацрт ЗЗП-а, чл. 162 ст. 2.

74 Вид. Нацрт ЗЗП-а, чл. 188 ст. 1 тач. 11–12.

75 Нацрт ЗЗП-а, чл. 151 ст. 4–5.

76 Директива, чл. 2.

примарно определио да функцију тела за решавање спорова додели посредницима, чија је основна улога помагање странама до дођу до споразумног решења.⁷⁷ Тако је и у потрошачком спору, па се од посредника првенствено захтева да уложи напор у постизању споразума између трговца и потрошача, а ако споразума нема, посредник је овлашћен да донесе правно необавезујућу препоруку уколико процени да је то целисходно.⁷⁸ Споразум о вансудском решавању потрошачког спора може имати снагу извршне исправе ако су испуњена два услова: 1) да садржи изјаву дужника којом пристаје да поверилац на основу споразума о решавању спора путем тела за вансудско решавање спора, након доспелости потраживања, може покренути поступак (клаузула извршности) и 2) споразум мора бити потписан од страна у спору и тела за вансудско решавање спорова.⁷⁹ То значи да исход поступка вансудског решавања потрошачког спора има за последицу немогућност вођења судског поступка једино ако споразум трговца и потрошача задовољава наведене услове. У сваком другом случају нема сметњи да једна од страна у спору покрене одговарајући парнични поступак. На крају, треба истаћи да је Нацртом ЗЗП-а посреднику који решава потрошачки спор дато овлашћење да оконча поступак и одлуком о његовом обустављању јер даље вођење поступка није целисходно, а као пример нецелисходности наводи се сложеност поступка.⁸⁰ Овом одредбом предлагач закона препознаје потребу да комплекснији и захтевнији спорови треба да буду решени од стране надлежног суда.

3. Трошкови поступка и финансирање тела за вансудско решавање потрошачких спорова

Поред прихватања система обавезног учешћа трговаца у поступку вансудског решавања спорова, промене у вези са трошковима поступка и финансирањем тела за решавање спорова најзначајније су новине садржане у Нацрту ЗЗП-а. Те промене дају охрабрење да механизам решавања потрошачких спорова заиста коначно може да заживи у пракси.

Када је реч о трошковима, Нацртом ЗЗП-а прописано је, најпре, да је рад тела за решавање спорова бесплатан (и за трговца и за потрошача).⁸¹ Евентуалне друге трошкове (трошкове заступања, путне

77 Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 2.

78 Нацрт ЗЗП-а, чл. 164.

79 Нацрт ЗЗП-а, чл. 166 ст. 1.

80 Нацрт ЗЗП-а, чл. 163 ст. 1 тач. 3.

81 Нацрт ЗЗП-а, чл. 167 ст. 2.

трошкове и сл.) сноси свака страна самостално. Међутим, стране у поступку не морају да ангажују адвоката или правног саветника.⁸² Природа вансудског решавања спора је таква да то ангажовање често није нужно због непристрасности посредника. Избегавање или смањење путних трошкова постигло би се увођењем могућности спровођења поступка или појединих његових фаза „на даљину“ (средствима електронске комуникације), што и произлази као захтев из стандарда ефикасности прописаног Директивом.⁸³

У редовном поступку посредовања накнаду посреднику, по правилу, плаћају стране у спору на једнаке делове.⁸⁴ Како је Нацртом ЗЗП-а поступак вансудског решавања спора учињен бесплатним, финансирање рада тела за решавање спорова требало би да преузме држава. Нацрт ЗЗП-а предвиђа могућност финансирања тела за вансудско решавање потрошачких спорова из буџета Републике Србије, док јединица локалне самоуправе може да помогне рад ових тела обезбеђивањем просторних и техничких средстава.⁸⁵ У упоредном праву присутни су различити облици финансирања, како од стране држава, тако и од стране одређених субјеката приватно-правне природе.⁸⁶ Приватно (тржишно) финансирање начелно је карактеристика земаља западне Европе које већ имају развијен механизам вансудског решавања спорова, па је решење предложено у нацрту нашег закона потпуно оправдано и чак се оно може сматрати кључним за подстицање развоја механизма вансудског решавања потрошачких спорова.

VII Закључне напомене

Основне препреке успешном функционисању механизма вансудског решавања потрошачких спорова, и то не само у Србији већ и у земљама са развијеним методама алтернативних начина решавања спо-

82 Директива, чл. 8 ст. 1 тач. б; ова одредба Директиве тренутно је имплементирана у чл. 11 ст. 1 тач. 2 Правилника о раду тела за вансудско решавање потрошачких спорова, па је оправдано очекивати да она нађе своје место у одговарајућем подзаконском акту и након евентуалног усвајања новог закона.

83 Директива, чл. 8 ст. 1 тач. а.

84 Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 29 ст. 2.

85 Нацрт ЗЗП-а, чл. 167 ст. 3 и 4.

86 R. Miquel, 174–175; Eline Verhage, „The implementation of the Consumer ADR Directive in the Netherlands“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016, 232–233; Cátia Marques Cebola, „The implementation of the Consumer ADR Directive in Portugal: necessary reform or missed opportunity“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016, 261.

рова, су недовољна информисаност и едукованост потрошача о овим механизмима, као и одсуство воље трговаца за учешћем у овом начину решавања спорова и њихова недовољно формирана свест о чињеници да примена овог механизма заправо дугорочно подстиче, односно побољшава, односе са потрошачима. У Нацрту ЗЗП-а, који је био предмет анализе овог рада, приметна је снажна воља и добра намера да се постојеће стање промени и да механизам вансудског решавања потрошачких спорова заиста постане примаран начин остваривања права потрошача на правну заштиту у случају постојања спора са трговцем. Две су кључне мере предложене у циљу потпуног реализовања механизма вансудског решавања спорова: обавезно учешће трговаца у овом начину решавања спорова и финансирање тела за решавање спорова од стране државе како би рад тог тела био бесплатан за обе стране у спору. Ове две мере нераскидиво су повезане јер је тешко замислити наметање обавезе трговцима да учествују у поступку чије би трошкове они требало сами да снесу (потпуно или делимично). Ипак, да би ове мере дале очекивани резултат, потребно је испуњење два предуслова: 1) стварање мреже тела за решавање спорова у које потрошачи и трговци имају поверење због њихове стручности и непристрасности и 2) информисање и едуковање потрошача и трговаца о предностима механизма вансудског решавања спорова.

Поред наведених општих напомена, дајемо и неколико конкретних препорука које би евентуално могле побољшати садржај предложеног Нацрта ЗЗП-а:

- посебно дефинисати појам прекограничног спора насталог из вануговорног односа јер постојећа одредба, због везивања за тренутак закључења уговора, знатно отежава примену механизма решавања спорова на прекограничне спорове који произилазе из вануговорног односа;
- још више поштрити захтеве који се примењују на лица која непосредно решавају спорове, а који произилазе из стандарда стручности. Конкретније, неопходно је да та лица имају посебна знања и искуства и из области потрошачког права, као и да познају специфичности алтернативног начина решавања потрошачких спорова који се често умногоме разликује од решавања спорова у другим областима;
- како би обавезно учешће трговаца могло да заживи, неопходно је време од ступања закона на снагу до почетка примене правила о вансудском решавању потрошачких спорова искористити за стварање што шире мреже обучених посредника за решавање

потрошачких спорова који ће благовремено бити спремни да издрже очекивани притисак многобројних спорова;⁸⁷

- требало би преиспитати задржавање арбитражног решавања потрошачких спорова, а за случај опстанка, препорука је да се оно односи само на прекограничне спорове и на решавање спорова пред арбитражним телима која имају посебна искуства и знања у одређеној области (нпр. арбитражно тело Националне асоцијације туристичких агенција);
- квалитативне стандарде који се односе на тела за решавање спорова, као и на спровођење поступка, треба потпуно и доследно имплементирати у одговарајућим подзаконским прописима;
- пожељно је регулисање поступка „лиценцирања“ тела за решавање спорова, како би се и на тај начин осигурало доследно спровођење квалитативних стандарда;
- пожељно је омогућавање вођења поступка путем средстава електронске комуникације, што би водило ка додатном смањивању трошкова страна у спору.

Коришћена литература

- Verhage Eline, „The implementation of the Consumer ADR Directive in the Netherlands“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016.
- Wilson Therese, „Setting boundaries rather than imposing bans: is it possible to regulate consumer arbitration clauses to achieve fairness for consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Nr. 3/2016.
- Вујисић Драган, „Заштита потрошача у праву Европске уније и праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011.
- Gill Chris, Williams Jane, Brennan Carol, Hirst Carolyn, „Designing consumer redress: a dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes“, *Legal Studies*, Nr. 3/2016.
- Guinchard Emmanuel, „The implementation of the Consumer ADR Directive in France“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016.
- Collins Hugh, „Harmonization by example: European Laws against unfair commercial practices“, *The Modern Law Review*, Nr. 1/2010.

87 Вид. Нацрт 33П-а, чл. 196.

- Cortes Pablo (ed.), „The consumer arbitration conundrum: a matter of statutory interpretation or time for reform“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, 2016.
- Cortes Pablo (ed.), „Introduction“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, 2016.
- Cortes Pablo, „A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward“, *Legal Studies*, Nr. 1/2015.
- Creutzfeldt Naomi, „Ombudsman Schemes-Energy Sector in Germany, France and the UK“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016.
- Marques Cebola Cátia, „The implementation of the Consumer ADR Directive in Portugal: necessary reform or missed opportunity“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016.
- Miquel Rosa, „The Consumer ADR Directive in Germany“, *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* (ed. Pablo Cortes), Oxford, 2016.
- Мићовић Миодраг (ур.), „Вансудско решавање потрошачких спорова“, *XXI век – век услуга и услужној њрава (књиџа чейири)*, Крагујевац, 2013.
- Mulcahy Linda, „The collective interest in private dispute resolution“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Nr. 1/2013.
- Page Joanna, Bonnyman Laurel, „ADR and ODR – achieving better dispute resolution for consumers in the EU“, *ERA Forum*, Nr. 2/2016.
- Петровић Томић Наташа, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правној факултета у Београду*, бр. 2/2014.
- Петрушић Невена, „Вансудско решавање потрошачких спорова у праву Србије: нова законска решења у светлу европских стандарда“, *Правни живои*, бр. 11/2011.
- Rühl Gisela, „Alternative and Online Dispute Resolution for cross-border consumer contracts: a critical evaluation of the European legislature’s recent efforts to boost competitiveness and growth in the internal market“, *Journal of Consumer Policy*, Nr. 4/2015.
- Hazel Genn, „What is civil justice for? Reform, ADR, and access to justice“, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Nr. 1/2012.
- Hodges Christopher, Benöhr Iris, Creutzfeldt-Banda Naomi, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, Portland, 2012.

Dragan VUJISIĆ, PhD

Full-Time Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law

Borko MIHAJLOVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law

RAISING THE LEVEL OF THE CONSUMERS' PROTECTION THROUGH THE OUT-OF-COURT DISPUTE RESOLUTION

Summary

The level of consumers' rights in the Serbian law has been considerably improved in the last years. However, the level of application and enforcement of these rights has not followed the trend of improvement of the statutory level of rights. The Serbian legislator has conducted several steps aiming to improve the application and enforcement of consumer laws. Some of the steps conducted are introducing the special civil procedure applicable only to consumer claims, improving the process of protection of the collective interests of consumers, as well as waiving the court fees for certain claims of small value. Yet, none of these steps brought the results that were expected. In November 2019, the Serbian Ministry of Trade, Tourism, and Telecommunications announced a new Draft on Consumer Protection Law. This Draft brings significant changes in the mechanism of the out-of-court resolution of the consumer disputes. These changes are a new attempt by the Serbian legislator to achieve enforcement of consumer law and accordingly the highest possible level of the overall consumer protection. The main changes concern mandatory traders' participation in the procedure of out-of-court dispute resolution and making the entire procedure free both for consumers and traders. The authors in the paper analyzed the potential impact of these changes, particularly having in mind that currently, Serbia does not have enough resources, in terms of competent bodies for dealing with out-of-court dispute resolution. For that reason, the authors express some doubts regarding the success of the proposed change and argue that before the proposed changes are to be implemented, there are two prerequisites that should be fulfilled: 1) creation of the network of bodies competent to deal with consumer disputes in the out-of-court procedure, and on which consumers and traders may rely and to whom they can trust, 2) conducting of broad campaigns focused to inform and educate both consumers and traders about the benefits of out-of-court dispute resolution. Other than these two general

remarks, the authors in the paper also provide certain concrete recommendations that could potentially improve the content of the newly proposed Consumer Protection Law.

Key words: *Consumer Dispute. – Alternative Dispute Resolution for Consumers (Consumers’ ADR). – Consumers’ ADR Body. – Mediator. – Mandatory Traders’ Participation in Consumers’ ADR.*

Датум пријема рада: 21. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 4. 5. 2020.

UDK: 347.736/.739(497.11)

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002084K

др Владимир КОЗАР*
редовни професор Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду

др Немања АЛЕКСИЋ**
адвокат у Заједничкој адвокатској канцеларији
„Алексић са сарадницима“ у Новом Саду

ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА У СРПСКОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

Сажетак

У овом раду анализиране су законске одредбе, мишљења правне науке и ставови судске праксе о најважнијим процесноправним последицама отварања стечајног поступка које доводе до обавезног прекида свих судских и управних поступака, као и условања законске забране извршења и намирења. Указано је на различите последице на активне и пасивне парнице. Посебно су разматрана питања која се односе на одбацавање неблаговременог предлога за наставак прекинутој парничној или арбитражној поступка. У оквиру излагања правила о концентрацији суђења пред стечајним судом објашњене су норме о пошпуној арбитражи надлежности, затим о изузећу од арбитраже стварне надлежности у стипулусним радним споровима, о арбитражи месне

* Електронска адреса аутора: kozarv@pravni-fakultet.info.

** Електронска адреса аутора: nemanja.aleksic@lawofficealeksic.rs.

надлежностии и неїримењивању їравила о задржавању надлежностии у їасивним їарницама. Такође, анализирана су їеоријска и їрактїична їиїїања која се односе на законску забрану извршења и намирења и їрекид и обусїтаву извршної їосїїуїка.

Кључне речи: *Отварање стїечајної їосїїуїка. – Процесноїравне їоследице. – Парница. – Прекид. – Насїавак. – Аїїракциїа надлежностии.*

I Увод

Отварањем стечајног поступка наступају значајне материјално-правне последице по стечајног дужника и његову имовину, потраживања поверилаца и правне послове, а истовремено наступају и процесноправне последице које доводе до обавезног прекида свих судских и управних поступака, као и до успостављања законске забране извршења и намирења. Одредбама Закона о стечају (чл. 88–93) регулисане су процесноправне последице отварања стечајног поступка које су тема овог рада.¹

Стечајни поступак, као процес, се покреће предлогом повериоца, дужника или ликвидационог управника као овлашћених предлагача, док се доношење одлуке, ако суд утврди постојање једног од законских стечајних разлога (дакле позитивне одлуке о усвајању предлога), назива отварањем стечајног поступка.² Стечајни судија отвара стечајни поступак доношењем решења о отварању стечајног поступка којим се усваја предлог за покретање стечајног поступка.³ Све правне последице стечаја, укључујући и забрану извршења и намирења – мораторијум⁴ као најважнију процесноправну последицу, наступају отварањем стечајног поступка, а не покретањем поступка подношењем иницијалног акта – предлога овлашћеног предлагача. Међутим, доношењу одлуке о предлогу, по правилу, претходи још једна фаза, односно стадијум под називом претходни стечајни поступак у којем суд утврђује да ли постоје

1 Закон о стечају – ЗС, *Службени їласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 71/12 – одлука Уставног суда, 83/14, 113/17 и 44/18.

2 ЗС, чл. 55 ст. 1.

3 ЗС, чл. 69 ст. 1.

4 „Мораторијум (lat. *moratorium* од lat. *morari* одужити, одуговлачити) је одлагање рока плаћања неког дуга, било пристанком појединих поверилаца или путем закона; одлагање плаћања до извесног рока које одређује влада кад наступе изузетне околности и прилике, нпр. рат и др.“ Милан Вујаклија, *Лексикон стїраних речи и израза*, треће издање, Просвета, Београд, 1980, 585.

законски разлози за отварање стечајног поступка. Стечајни судија у року од три дана од дана достављања предлога за покретање стечајног поступка доноси решење о покретању претходног стечајног поступка.⁵ У претходном стечајном поступку могу се одредити мере обезбеђења које су по дејствима сличне законској забрани извршења и намирена као законској последици отварања стечајног поступка.⁶

II Обавезан прекид парничног и управног поступка

У тренутку наступања правних последица отварања поступка стечаја прекидају се сви судски поступци у односу на стечајног дужника и на његову имовину, управни поступци покренути на захтев стечајног дужника, као и управни и порески поступци који за предмет имају утврђивање новчане обавезе стечајног дужника.⁷ Претходним Законом о стечајном поступку из 2004. године (даље у тексту: ЗСП) нису биле довољно прецизиране процесноправне последице отварања стечајног поступка, што је отклоњено у ЗС јасним регулисањем питања прекида и наставка поступка.⁸

Закон о парничном поступку⁹ у чл. 222 тач. 5 поред стечаја, као разлога за обавезни прекид парничног поступка, не наводи и наступање правних последица отварања поступка ликвидације и по томе се разликује од претходног закона, а сличан је Закону о парничном поступку из 1977. године, који такође није предвиђао ликвидацију као разлог за обавезан прекид парничног поступка. Прекид парничног поступка због стечаја наступа по сили закона а суд, чим констатује постојање законских разлога, декларативним решењем само утврђује прекид. Против решења којим се утврђује прекид поступка дозвољена је посебна жалба која задржава извршење решења о прекиду парничног поступка.¹⁰

5 ЗС, чл. 60 ст. 1.

6 Владимир Козар, Немања Алексић, „Мере обезбеђења и „мораторијум“ у претходном стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 515–530.

7 ЗС, чл. 88.

8 Закон о стечајном поступку – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05.

9 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука Уставног суда, 74/13 – одлука Уставног суда, 55/14, 87/2018 и 18/2020.

10 ЗПП, чл. 226 ст. 1.

III Последице на активне и пасивне парнице

ЗС прави разлику између активних и пасивних парница када су у питању услови за наставак прекинутог поступка.¹¹ Та је разлика прављена и раније, како у правној теорији, тако и у судској пракси, али није била јасно дефинисана у ЗСП из 2004. године. Према мишљењу правне теорије, одредба из чл. 97 ст. 1 ЗСП о преузимању парнице од стране стечајног управника односила се само на такозване активне парнице које је пре отварања поступка стечаја водио стечајни дужник као тужилац.¹² Посебно је наглашено да је, за разлику од решења у немачком и хрватском стечајном закону у којима је на различит начин регулисано преузимање такозваних активних и пасивних парница, ЗСП садржао одредбу која је формалноправно регулисала искључиво режим активних парница. Дакле, наш ЗС на различит начин регулише режим, односно услове наставака прекинутог парничног поступка правећи разлику између активних и пасивних парница, слично решењима која су прихваћена у немачком и хрватском стечајном закону.¹³

Судски поступак у којем је стечајни дужник тужилац, односно предлагач (активна парница), наставља се када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је преузео поступак.¹⁴ Управни поступак покренут на захтев стечајног дужника наставља се када стечајни управник обавести орган који води поступак да је преузео поступак. Управни и порески поступак који за предмет има утврђивање новчане обавезе стечајног дужника не наставља се, а одговарајући орган дужан је да поднесе пријаву потраживања у складу са одредбама Закона о стечају.

Законом су такође прецизирани случајеви, односно услови под којима се парнични поступак наставља уколико је стечајни дужник туженик (пасивне парнице).¹⁵ Предвиђено је да ће се у том случају поступак наставити уколико је: 1) тужилац као стечајни или разлучни поверилац поднео благовремену и уредну пријаву потраживања; 2) на испитном рочишту стечајни управник оспорио пријаву потраживања; 3) тужилац као

11 Владимир Козар, Немања Алексић, *Коментар закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, друго измењено и допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2018, 214.

12 Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поседу*, CES Месон, Београд, 2006, 342.

13 Маријана Дукић Мијаговић, „Утицај немачког стечајног права на развој стечајног законодавства у Србији“, *Увод у право Немачке* (ур. Јован Ђирић), Институт за упоредно право, Београд, 2011, 507–524.

14 ЗС, чл. 89.

15 ЗС, чл. 90.

стечајни или разлучни поверилац закључком стечајног судије упућен на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања; и 4) ако је тужилац као стечајни или разлучни поверилац предложио наставак прекинутог поступка у предвиђеном року од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије.

Од прописана четири кумулативна услова за наставак прекинутог парничног поступка, први и други су сувишни и у колизији са трећим условом. Наиме, ако је поверилац закључком стечајног судије упућен на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања, то значи да је претходно поднета благовремена и уредна пријава потраживања, као и да је на испитном рочишту стечајни управник оспорио пријаву потраживања. У противном, пријава би била одбачена као неблаговремена (применом чл. 111 ст. 5 ЗС) или као неуредна (сходном применом чл. 101 ст. 4 ЗПП), па се стечајни управник не би мериторно изјашњавао о таквој пријави, тј. не би је оспоравао, а стечајни судија не би доносио закључак о упућивању на наставак прекинутог парничног или арбитражног поступка ради утврђивања оспореног потраживања. Такође, ако потраживање није оспорено од стране стечајног управника или од стране поверилаца до закључења испитног рочишта, оно се сматра утврђеним, па стечајни судија неће доносити закључак о упућивању на наставак прекинутог парничног или арбитражног поступка.¹⁶

Проблем настаје ако неблаговремена пријава није одбачена, већ је потраживање оспорено и донет је закључак о упућивању на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања, што се дешавало у досадашњој судској пракси. У парници је стечајни дужник, као тужени, затим истицао процесне приговоре који се тичу неблаговремености пријаве потраживања. Парнични суд уопште не треба да се бави благовременошћу пријаве потраживања, а још мање њеном уредношћу, јер је реч о делу стечајног поступка који претходи подношењу предлога за наставак прекинутог парничног поступка. Постојање закључка о упућивању на наставак прекинутог парничног поступка и подношење благовременог предлога за наставак законодавац је требало да пропише као једине процесне претпоставке за наставак прекинутог парничног поступка. Овако, законодавац је преузео негативне појаве из досадашње судске праксе и дао могућност стечајним дужницима да несавесно поступају и да се у парницама позивају на сопствене грешке и пропусте као разлог за истицање процесних приговора који се тичу неуредности и неблаговремености пријаве потраживања којима није место у парничном поступку, јер не представљају део парничне процедуре, већ у стечајном поступку.

16 ЗС, чл. 116 ст. 1 и ст. 3 у вези са чл. 117 ст. 1.

Законодавац је уместо уредности и благовремености пријаве потраживања требало као додатни услов за наставак парничног поступка да пропише уредност и разумљивост закључка, тј. да је у закључку јасно наведено оспорено потраживање, како у погледу главног дуга, тако и у погледу камате, јер се у досадашњој судској пракси дешавало да се у закључку уопште не може идентификовати оспорено потраживање, тј. износ дуга и камате који се оспорава а који је утврђен (односно признат).

Према томе, ако је стечајни дужник тужени, дакле ако је у питању пасивна парница, тада стечајни управник не може у име туженог стечајног дужника преузети прекинути парнични поступак, ни тражити његов наставак по чл. 225 ст. 1 ЗПП нити по чл. 90 ЗС јер стечајни дужник нема правни интерес за такву парничну радњу. Напротив, предлог за наставак прекинутог парничног поступка мора ставити тужилац као поверилац оспореног потраживања и то у законском преклузивном року од осам дана из чл. 90 тач. 3 ЗС. Уколико предлог за наставак парничног поступка није стављен у преклузивном року од осам дана од дана пријема закључка о оспореном потраживању, предлог ће бити одбачен као неблаговремен применом одредбе из чл. 91 ст. 1 ЗС.

Евентуално право на накнаду трошкова у парници коју би тужилац изгубио, по процени стечајног управника, не може бити ваљан правни интерес да стечајни дужник као тужени тражи наставак прекинутог парничног поступка јер је право на парничне трошкове споредни захтев који нема самосталну правну природу, па не може представљати ону правну корист која је потребна и довољна за постојање правног интереса за парничну радњу и, уопште, за даље вођење парнице.

Ако су испуњени сви наведени услови за наставак парничног поступка у пасивној парници, парнични суд решењем против ког није дозвољена посебна жалба одређује наставак поступка,¹⁷ што значи да се решење првостепеног суда о наставку поступка може побијати само у жалби против коначне одлуке сагласно чл. 399 ст. 2 ЗПП, што истовремено представља одступање од општег правила парничног поступка о дозвољености жалбе против решења из ст. 1 истог члана.

Уколико у предлогу за наставак поступка тужилац не преиначи тужбу постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева, надлежни суд ће наставити поступак и одбацити тужбу као недозвољену.¹⁸ На овај начин, нови ЗС није разрешио вишедеценијску дилему која постоји у правној теорији и судској пракси о томе да ли је у кондемпнаторном захтеву садржан и утврђујући захтев, али је прихватио став судске праксе да се одбацује кондемпнаторна тужба против

17 ЗС, чл. 91 ст. 2.

18 ЗС, чл. 92.

стечајног дужника у целини, а не само у погледу обавезујућег дела тужбеног захтева, јер се ти захтеви не могу раздвајати.

1. Одбацивање неблагоприятног предлога за наставак прекинутог парничног или арбитражног поступка

С друге стране, позитивно решење је то што је ЗС увео преклузивни рок од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије за подношење предлога за наставак прекинутог поступка,¹⁹ чије пропуштање има за последицу одбацивање неблагоприятног предлога за наставак прекинутог поступка.²⁰ На овај начин, законодавац је извршио правилан избор између два супротна става досадашње судске праксе који су се односили на питање постојања и правне природе рока за подношење предлога за наставак поступка.²¹ Према томе, благовременост предлога за наставак поступка је процесна претпоставка за допуштеност, односно за дозвољеност наставак прекинутог парничног поступка против стечајног дужника, сада у парници ради утврђења оспореног потраживања.

Новелама из 2014. године измењен је чл. 117 ст. 1 ЗС тако што је прописано да се поверилац чије је потраживање оспорено упућује на парницу, односно на наставак прекинутог парничног поступка, а од новеле из 2017. године и арбитражног поступка,²² ради утврђивања оспореног потраживања који може да покрене (односно настави) у року од 15 дана од дана пријема закључка о листи оспорених потраживања, односно од дана истека рока за медијацију. У погледу могућности наставак арбитражног поступка, закон не прави разлику између домаћих, иностраних или међународних арбитража, односно институционалних и *ad hoc* арбитража. Отуда се може поставити и питање признања страних арбитражних одлука у поступку утврђивања оспореног потраживања.²³ Несумњиво је да отварањем стечајног поступка над туженом страном тужилац у арбитражном поступку постаје фактички поверилац који

19 ЗС, чл. 90 ст. 1 тач. 4.

20 ЗС, чл. 91 ст. 1.

21 Владимир Козар, „Посебна правила поступка у парницама поводом стечаја и ликвидације“, *Законодавство и пракса – зборник радова са реионалне конференције о стечају* (ур. Недељко Милијевић), Југословенски преглед, Београд, 2008, 85.

22 Марко Радовић, „Арбитража у позитивном српском стечајном законодавству“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 531–543.

23 Маријана Дукић Мијатовић (ур.), „Нацрт Закона о међународном приватном праву и признање и извршење страних арбитражних одлука“, *Савремене тенденције у развоју правних система држава у региону – Зборник радова IX традиционалној научној скупи „Правнички дани проф. др Славко Царић“*, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија, Нови Сад, 2012, 372–383.

своје потраживање мора пријавити у року који прописује закон како би уопште могао да остварује било какво право у оквиру стечајног поступка.²⁴ Новелирани чл. 117 ст. 1 ЗС у колизији је са чл. 90 ст. 1 тач. 4 ЗС у погледу рока за подношење предлога за наставак прекинутог парничног поступка. Наиме, у оба члана рок се рачуна од истог дана – од дана пријема закључка стечајног судије о упућивању на наставак прекинутог парничног поступка (закључак о листи признатих и оспорених потраживања) ради утврђивања оспореног потраживања, али је у новелираном чл. 117 ст. 1 ЗС рок продужен са осам на петнаест дана који се у основном законском тексту односио само на подношење тужбе, а новелом је у ову одредбу унето и упућивање на наставак прекинутог парничног поступка, док је у чл. 90 ст. 1 тач. 4 ЗС, који није претрпео измене, задржан краћи рок од осам дана. Иако би применом правила о временском важењу закона и њихових измена, односно применом начела *lex posteriori* према којем касније донети закон дерогира раније донети закон, требало извести закључак да и за подношење предлога за наставак поступка важи нови рок од 15 дана, не могу се искључити ни супротна тумачења. Законодавац би требало што пре да отклони колизију, а опрез налаже подношење предлога за наставак прекинутог парничног поступка пре истека краћег рока из чл. 90 ст. 1 тач. 4, дакле пре истека рока од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије.

Као што је речено, новелом из 2017. године измењен је чл. 117 ст. 1 и 4 и чл. 118 ст. 1 ЗС тако што је дозвољен наставак прекинутог арбитражног поступка на предлог тужиоца – повериоца оспореног потраживања. Дакле, омогућен је наставак арбитражног поступка који је покренут пре отварања стечајног поступка, што значи да закон не дозвољава покретање новог арбитражног поступка ради утврђивања оспореног потраживања након отварања стечаја, већ се оспорено потраживање може утврђивати искључиво тужбом пред судом у парничном поступку. Међутим, законодавац је пропустио да у чл. 90 ЗС, који прописује услове за наставак прекинутог парничног поступка у којем је стечајни дужник тужени (пасивне парнице), унесе одговарајуће измене које се односе на услове за наставак арбитражног поступка. Исто се односи на одредбе о одбацивању предлога за наставак прекинутог поступка (чл. 91 ст. 1 ЗС) и објективно преиначење тужбе постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева (чл. 92 ЗС). Настала правна празнина може се попунити аналогном применом правила из чл. 90–92 ЗС, што значи да се и предлог за наставак арбитражног поступка мора поднети у року од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије о упућивању на наставак поступка ради утврђивања оспореног

24 Урош Живковић, Јелена Лепетић, „Последице отварања стечаја на арбитражни поступак у праву Србије“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2014, 453–468.

потраживања, јер ће у противном бити одбачен као неблаговремен. Такође, уколико у предлогу за наставак арбитражног поступка тужилац не преиначи тужбу постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева, арбитража ће наставити поступак и одбацили тужбу као недозвољену.

IV Концентрација суђења пред стечајним судом

У чл. 91 ЗС садржана су посебна правила о концентрацији суђења пред стечајним судом која представљају **одступање** од опште одредбе о задржавању месне надлежности из чл. 15 ст. 2 ЗПП. Ако се прекинути парнични поступак водио пред судом опште надлежности, тај суд се, уколико **настави** прекинути поступак, решењем оглашава **стварно** и **месно** ненадлежним и предмет уступа суду који спроводи стечајни поступак над туженим (чл. 91 ст. 3 ЗС). Ако се прекинути парнични поступак водио пред привредним судом, дакле пред специјализованим судом посебне надлежности код кога се не води стечајни поступак над туженим, тај суд се, уколико настави поступак, решењем **оглашава месно ненадлежним** и предмет уступа суду који води стечајни поступак над туженим (чл. 91 ст. 4 ЗС).

1. Потпуна атракција надлежности

ЗС прописује потпуну атракцију надлежности, која обухвата и стварну и месну надлежност, у случају када се парнични поступак води пред судом опште надлежности (основним или вишим судом).²⁵ Отварањем стечаја над једном од парничних странака престаје стварна надлежност основног или вишег суда, те се суд по наставку поступка мора огласити стварно ненадлежним по чл. 17 ст. 1 ЗПП у коме је прописано да „суд у току целог поступка по службеној дужности пази на своју стварну надлежност“, а у вези са цитираним чл. 91 ст. 3 ЗС који прописује атракцију стварне надлежности.

Такође, у Закону о уређењу судова који одређује стварну надлежност привредног суда постоји одредба о атракцији стварне надлежности у споровима поводом стечаја у којој је прописано да привредни суд у првом степену суди у споровима поводом реорганизације, судске и добровољне ликвидације и стечаја, осим спорова за утврђење постојања заснивања и престанка радног односа који су покренути пре отварања стечаја.²⁶ При

25 ЗС, чл. 91 ст. 3.

26 Закон о уређењу судова – ЗУРС, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 40/15, 106/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/2018 – одлука

томе, привредни суд ће примењивати посебна правила поступка у привредним споровима из главе XXXIV ЗПП сагласно чл. 480 ст. 1 ЗПП у коме је прописано да се одредбе ове главе примењују у свим споровима у којима суде привредни судови у складу са законом којим се уређује стварна надлежност судова (привредни спор), ако за поједине спорове није прописана друга врста поступка.²⁷ На овај начин, подручје примене посебног поступка у привредним споровима, односно дефиниција привредног спора, произлази из стварне надлежности привредног суда која је одређена у ЗУРС.²⁸ То је боље решење у односу на претходни Закон о парничном поступку који није садржао норме о подручју примене, што је могло довести до колизије са другим посебним поступцима нпр. када се као странка пред привредним судом, у случају атракције стварне надлежности поводом стечаја, појављује и физичко лице које води радни спор против послодавца – правног лица над којим је отворен стечајни поступак (нпр. спор ради утврђивања оспореног потраживања на име неисплаћених зарада или накнаде штете и сл.).²⁹

2. Изузетак од атракције стварне надлежности у статусним радним споровима

Новелом ЗУРС која се примењује од 1. јануара 2014. године изричито је искључена атракција стварне надлежности привредног суда у статусним радним споровима у којима је тужба за утврђење постојања, заснивања и престанка радног односа поднета пре отварања стечаја.³⁰ То су, дакле, углавном пасивне парнице у којима је тужено правно лице – послодавац над којим је у току парничног поступка отворен стечај, нпр. тужба из чл. 191 Закона о раду у коме је прописано да ће суд, ако у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог одлучити да се запослени врати на рад.³¹ Реч је о

Уставног суда, 87/2018 и 88/2018 – одлука Уставног суда, чл. 25 ст. 1 тач. 4.

27 Владимир Козар, Милан Почуча, *Коментар Закона о парничном поступку са новелом из 2014. године, судском праксом и рејисиром појмова*, друго издање, Пословни биро, Београд, 2014, 717.

28 Звездана Лутовац, „Новине у закону о парничном поступку – нови ЗПП“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2011, 115.

29 Мирослав Врховшек, Владимир Козар, „Посебна правила поступка у привредним споровима“, *Правни животи*, бр. 12/2005, 87–104.

30 Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013, чл. 9.

31 Vladimir Kozar, „Protection of Labour and Employment Rights in Civil Procedure“, *Employment, Education and Entrepreneurship* (ed. Slavko Karavidić), Belgrade, 2013, 216–227.

посебној врсти парничног поступка који је уређен одредбама чл. 436–441 главе XXIX ЗПП под називом „Поступак у парницама из радних односа“. Одредбе ове главе имају првенство, а одредбе општег дела закона примењују се супсидијарно и сходно, дакле само ако у одредбама ове главе није другачије прописано.

С друге стране, ако је у тужби за утврђење ништавости решења о престанку радног односа истакнут и кумулативни захтев за исплату накнаде штете у висини изгубљене зараде и уплату припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио,³² парнични суд опште надлежности би после наставка поступка који је прекинут услед правних последица стечаја над туженим требало да процесним решењем раздвоји поступак у односу на тај новчани тужбени захтев применом чл. 328 ст. 2 ЗПП у коме је прописано да „суд може да одреди да се одвојено расправља о појединим захтевима у истој тужби (...)“. Затим, суд би требало у складу са Судским пословником³³ да формира нови („одвојени предмет“) и да се применом цитираног чл. 91 ст. 3 ЗС посебним решењем огласи стварно и месно ненадлежним у том новом предмету и уступи га привредном суду који спроводи стечајни поступак над туженим. У парници за накнаду штете пред привредном судом поступак би могао бити прекинут до правноснажног решења претходног питања, дакле до правноснажног окончања поступка о законитости решења о отказу, односно о законитости престанка радног односа пред основним судом као судом опште надлежности.³⁴ Прекид поступка због претходног питања је увек факултативан, а не обавезан.³⁵

V Законска забрана извршења и намирења, прекид и обустава извршног поступка

Мораторијум је забрана спровођења индивидуалног принудног извршења на имовини стечајног дужника у циљу намирења потражи-

32 Тужилац мора у стечајном поступку пријавити потраживање на име неисплаћене зараде, односно потраживање накнаде штете на име изгубљене зараде уколико није радио због неоснованог отказа уговора о раду. Према ставу судске праксе, ако у пријави потраживања поверилац није прецизирао колико у номиналном износу износи његов захтев за загезну камату на неисплаћену зараду и накнаду за неисплаћени топли оброк, већ је препустио стечајном управнику да изврши обрачун, он се не може жалити на решење којим је утврђено његово потраживање на основу изјашњења стечајног управника. Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 404/98 од 3. 2. 1998. године.

33 Судски пословник, *Службени гласник РС*, бр. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16, 56/16, 77/16, 16/2018, 78/2018, 43/2019 и 93/2019, чл. 222.

34 ЗПП, чл. 223 ст. 1 тач. 1.

35 В. Козар, Н. Алексић (2018а), 219.

вања појединачног повериоца и наступа обавезно – као процесноправна последица даном отварања стечајног поступка или факултативно – ако суд у претходном стечајном поступку одреди меру обезбеђења која садржи такву забрану.³⁶

Новчано потраживање остварује се принудно у поступку појединачног (индивидуалног) или општег (генералног) извршења.³⁷ У извршном поступку се спроводи појединачно извршење, док се у стечајном поступку спроводи опште извршење. У извршном поступку важи принцип „први у времену – јачи у праву“ (*prior tempore, potior iure*), а у стечајном поступку се повериоци намирују истовремено и конкурентно,³⁸ чиме се остварује једно од главних начела стечаја – једнак третман поверилаца (*par conditio creditorum*).³⁹ То значи да се ова два поступка међусобно искључују. Зато је као једна од правних последица стечаја прописано да се од дана отварања поступка стечаја не може против дужника дозволити мера обезбеђења нити принудног извршења ради намирења потраживања у погледу којих постоји извршна исправа, као и да се прекидају поступци ради обезбеђења и извршења који су у току. Дакле, правна последица стечаја је немогућност принудног извршења на имовини стечајног дужника и прекид извршног поступка, из чега произлази да правоснажне и извршне исправе губе својство извршности, али не и својство правоснажности.⁴⁰ Ова процесноправна последица отварања стечајног поступка установљена је да се не би реметило равномерно намирење свих поверилаца.⁴¹

Слична решења прихваћена су и у упоредном праву земаља у окружењу, нпр. у праву Републике Хрватске где отварање стечајног поступка спречава покретање индивидуалног извршног поступка и када је у питању остваривање права хипотекарних – разлучних поверилаца.⁴²

36 Владимир Козар, Немања Алексић, „Забрана извршења и намирења као процесно-правна последица отварања стечајног поступка“, *Савремени њравни њромей и услује* (ур. Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2018, 919–942.

37 Боривоје Познић, *Грађанско њроцесно њраво*, десето издање, Савремена администрација, Београд, 1987, 436.

38 Александар Радованов, *Грађанско њроцесно њраво*, четврто измењено издање, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија, Нови Сад, 2014, 404.

39 Stefan Albrecht Riesenfeld, Bankruptcy, доступно на адреси: <https://www.britannica.com/topic/bankruptcy#ref248841>, 12. 4. 2020.

40 Владимир Козар, *Коменѡар сѡтечајних закона*, Пословни биро, Београд, 2010, 74.

41 Миодраг Мићовић, *Привредно њраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010, 148.

42 Stečajni zakon, *Narodne novine*, бр. 77/15 и 104/17, чл. 169 ст. 5 и 6.

VI Закључак

Закон прави разлику између активних и пасивних парница када су у питању услови за наставак поступка прекинутог због наступања процесноправних последица стечаја. Омогућен је и наставак арбитражног поступка ако је покренут пре отварања стечајног поступка, али није дозвољено покретање новог арбитражног поступка након отварања стечаја, већ се оспорено потраживање може утврђивати искључиво пред судом у парничном поступку. Правило о концентрацији суђења пред стечајним судом у пасивним парницама одступа од опште одредбе о задржавању месне надлежности, али се не примењује на активне парнице, тј. када је стечајни поступак отворен над тужиоцем. Потпуна атракција надлежности обухвата стварну и месну надлежност у случају када се парнични поступак води пред судом опште надлежности, али је искључена атракција стварне надлежности привредног суда у статусним радним споровима у којима је тужба за утврђење постојања, заснивања и престанка радног односа поднета основном суду пре отварања стечаја над туженим послодавцем. Мораторијум је забрана спровођења индивидуалног принудног извршења на имовини стечајног дужника у циљу намирања потраживања појединачног повериоца и наступа обавезно – као процесноправна последица даном отварања стечајног поступка или факултативно – ако суд у претходном стечајном поступку одреди меру обезбеђења која садржи такву забрану.

Коришћена литература

- Вујаклија Милан, *Лексикон стираних речи и израза*, треће издање, Просвета, Београд, 1980.
- Врховшек Мирослав, Козар Владимир, „Посебна правила поступка у привредним споровима“, *Правни животи*, бр. 12/2005.
- Дукић Мијатовић Маријана, „Утицај немачког стечајног права на развој стечајног законодавства у Србији“, *Увод у право Немачке* (ур. Јован Ђирић), Институт за упоредно право, Београд, 2011.
- Дукић Мијатовић Маријана (ур.), „Нацрт Закона о међународном приватном праву и признање и извршење страних арбитражних одлука“, *Савремене тенденције у развоју правних система држава у региону – Зборник радова IX традиционалној научној скупи „Правнички дани проф. др Славко Царић“*, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија, Нови Сад, 2012.
- Живковић Урош, Лепетић Јелена, „Последице отварања стечаја на арбитражни поступак у праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2014.

- Козар Владимир, *Коментар стечајних закона*, Пословни биро, Београд, 2010.
- Козар Владимир, „Посебна правила поступка у парницама поводом стечаја и ликвидације“, *Законодавство и љакса – зборник радова са реионалне конференције о стечају* (ур. Недељко Милијевић), Бања Лука, 2008.
- Козар Владимир, Алексић Немања, „Мере обезбеђења и „мораторијум“ у претходном стечајном поступку“, *Право и љривреда*, бр. 4–6/2018.
- Козар Владимир, Алексић Немања, *Коментар закона о стечају са новелама из 2017. године и судском љраксом*, друго измењено и допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2018. (цитирано као: В. Козар, Н. Алексић (2018а))
- Козар Владимир, Алексић Немања, „Забрана извршења и намирења као процесноправна последица отварања стечајног поступка“, *Савремени љравни љромет и услује* (ур. Миодраг Мићовић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2018.
- Козар Владимир, Почуча Милан, *Коментар Закона о љарничном љосиујуку са новелама из 2014. године, судском љраксом и реиисијром љојмова*, друго издање, Пословни биро, Београд, 2014.
- Kozar Vladimir, „Protection of labour and employment rights in civil procedure“, *Employment, Education and Entrepreneurship* (ed. Slavko Karavidić), Belgrade, 2013.
- Лутовац Звездана, „Новине у закону о парничном поступку – нови ЗПП“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2011.
- Мићовић Миодраг, *Привредно љраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу –Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010.
- Познић Боривоје, *Грађанско љроцесно љраво*, десето издање, Савремена администрација, Београд, 1987.
- Радовић Марко, „Арбитража у позитивном српском стечајном законодавству“, *Право и љривреда*, бр. 4–6/2018.
- Радованов Александар, *Грађанско љроцесно љраво*, четврто измењено издање, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија, Нови Сад, 2014.
- Riesenfeld Stefan Albrecht, *Bankruptcy*, доступно на адреси: <https://www.britannica.com/topic/bankruptcy#ref248841>, 12. 4. 2020.
- Слијепчевић Драгиша, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном љосиујуку*, CES Месон, Београд, 2006.

Vladimir KOZAR, PhD

Full-time Professor at the University Business Academy in Novi Sad Faculty of Law for Commerce and Judiciary

Nemanja ALEKSIĆ, PhD

Attorney at law, Law Office „Aleksić & Associates“ in Novi Sad

CONSEQUENCES OF OPENING THE BANKRUPTCY PROCEEDINGS IN SERBIAN PROCEDURAL LAW

Summary

This paper analyses provisions of the law, opinions of jurisprudence and positions of judicial practices regarding the most significant procedural consequences of opening bankruptcy proceedings which result in mandatory discontinuation of all court and administrative procedures and prohibition of execution and settlement. Various consequences on active and passive litigation have been pointed out. In particular, the paper discusses the issues related to the dismissal of untimely motions for a continuation of the discontinued court or arbitration proceedings. In the segment where this paper presents the rules on the concentration of trials before the bankruptcy court, the norms on attraction of jurisdictions are explained together with the exception of attraction of actual jurisdiction in labour disputes as well as the attraction of territorial jurisdiction and non-application of rules on retaining jurisdiction in passive lawsuits. Likewise, it analyses theoretical and practical matters related to the prohibition of execution and settlement, discontinuation and suspension of execution proceeding. The paper reaches a conclusion that the procedural law in force in the Republic of Serbia makes a distinction between active and passive litigation concerning requirements to be met for a continuation of a proceeding previously discontinued due to occurrence of procedural consequences of bankruptcy. The arbitration procedure may be continued provided that it is initiated prior to the opening of the bankruptcy procedure, but a new arbitration proceeding is not allowed to be initiated and the disputed receivables may be resolved by filing a civil lawsuit. Rules on the concentration of trials before the bankruptcy court do not apply to active litigation. The moratorium is a prohibition of implementation of individual enforced execution against the property of bankruptcy debtor for settlement of receivables of a single creditor. The paper presents a comprehensive scientific analysis of the most significant procedural consequences of opening bankruptcy proceedings under the new Serbian legislation.

Key words: *Opening Bankruptcy Proceedings. – Procedural Consequences. – Litigation. – Discontinuation. – Continuation. – Attraction of Jurisdictions.*

Датум пријема рада: 13. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 14. 5. 2020.

UDK: 368 ; 347.413

CERIF: S137, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002100C

др *Владимир* ЧОЛОВИЋ*
професор и научни саветник на Институту за упоредно право
у Београду

ВИШЕСТРУКО ЗАСТУПАЊЕ У ОСИГУРАЊУ (СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ОВЛАШЋЕЊА ЗАСТУПНИКА И ЊЕГОВ СТАТУС ПРЕМА ПОСРЕДНИКУ – БРОКЕРУ)

Сажетак

Заступање у осигурању се у акцијама ЕУ и у националним законодавствима појединих земаља на друшачији начин дефинише у односу на ошњи појам у овој области. Наиме, ова делатност се посматра и регулише заједно са другим облицима дистрибуције осигурања, као што су посредовање и брокеража у осигурању. У вези са тим, мора се посматрати вишеструко заступање, односно заступање више осигуравача од стране једног заступника с обзиром на однос заступника према посреднику (брокеру) и обим његових овлашћења. Вишеструко заступање у осигурању није на адекватан начин регулисано у законодавству Републике Србије, у праву ЕУ није у немачком законодавству, коме се ипак освећује пажња у раду. Аутор у раду освећује пажњу и регулисању овлашћења заступника и његовом статусу у односу на посредника, односно брокера у осигурању.

* Електронска адреса аутора: v.colovic@iup.rs.

Кључне речи: *Осиурање. – Заступање. – Посредовање. – Брокеража. – Дистрибуција. – Осиуравач.*

І Уводни део

Основна делатност заступника у осигурању је да у име и за рачун осигуравача, његовог налогодавца, закључује уговоре са уговарачима осигурања, односно осигураницима. Из тог овлашћења произлазе многа друга која морају бити јасно дефинисана уговором о заступању и законом. Једно од тих овлашћења односи се на могућност вишеструког заступања, односно заступања више осигуравача од стране једног лица, било да је оно физичко или правно лице.¹ Исто тако, уговором о заступању, али пре свега законом, морају бити јасно регулисана ограничења наведеног овлашћења, односно мора бити регулисана клаузула ексклузивности која дефинише да ли заступник може заступати само једног осигуравача, односно само одређене осигураваче. Овде се могу поставити многа питања везана за овлашћења заступника у осигурању, његов однос према осигуравачу, али и према уговарачима осигурања, затим за начин регулисања ове материје, однос заступника према посреднику у овој области, као и према другим лицима која на разне начине обављају делатност пружања услуга у осигурању.

Улога заступника је јасно одвојена од улоге посредника у осигурању који, по општој дефиницији, доводи у везу налогодавца са трећим лицима ради закључења уговора. Посредник у осигурању може имати већа овлашћења, али само ако су посебно уговорена. И заступање и посредовање у осигурању можемо посматрати као начине дистрибуције осигурања, што се и чини у праву ЕУ, као и у законодавствима појединих држава. Да ли је правилно дефинисати наведене начине дистрибуције осигурања на наведени начин, питање је коме ће се у овом раду такође посветити пажња, али проблем постоји и у недостатку термина који би одвојио поједине делатности у овој области, као и у погрешном дефинисању истих. То се нарочито односи на појам посредовања и брокераже, као и одређивања заступања у осигурању, као облика посредовања. Нарочито је то проблем у праву Републике Србије.

Са друге стране, као што смо рекли, у праву ЕУ, као и у појединим законодавствима држава чланица ЕУ, термин посредовање у осигурању се дефинише шире у односу на општи појам, с тим што се користе појмови агентура (заступање) и брокеража, брокери (посредовање). Можда би, због тога, уместо термина посредовање требало користити

1 И физичка и правна лица могу обављати делатност заступања у осигурању.

термин дистрибуција. Овакав начин регулисања наведених института утиче и на регулисање вишеструког заступања у осигурању.

1. Уопште о овлашћењима заступника у осигурању и вишеструко заступање

Да бисмо могли да одредимо статус заступника у осигурању у односу на посредника или брокера, морамо да одредимо његова овлашћења која дефинишу његов однос према налогодавцу – осигуравачу, као и према уговарачу осигурања. Но, кад је у питању вишеструко заступање онда се, осим дефинисања овлашћења заступника, у овом случају јавља и проблем правне сигурности за налогодавца и за заступника. Добре стране заступања само једног осигуравача јесу сигурност у односу, изградња поверења између њих, затим могућност заједничког улагања у објекте² који би користили и један и други итд. Но, постоје и лоше стране оваквог односа које се односе на постављање појединих услова заступнику од стране осигуравача, што говори о неравноправном положају заступника у односу на осигуравача; на обавезу продаје производа осигурања који су неконкурентни на тржишту, што може довести до лошијег статуса заступника на тржишту осигурања итд. Али, и вишеструко заступање³ има своје добре и лоше стране. У том случају, однос између заступника и неког од осигуравача које заступа је слабији, што произлази из независног положаја заступника.⁴

Иначе, пракса показује да уговарачи осигурања, односно осигураници, сматрају да заступници треба да закључују уговоре у име и за рачун више осигуравача чиме се подстиче конкуренција, а то доприноси и квалитету производа осигурања и транспарентности тржишта у овој делатности. Међутим, осигуравачи имају негативан став према оваквом заступању с обзиром на то да, по њиховом мишљењу, оно не може допринети побољшању положаја осигураника јер ће у таквом случају заступници понудити производ осигурања оног осигуравача који је у уговору о заступању предвидео већу провизију по закљученом уговору о осигурању, односно понудиће производ осигурања за који је предвиђена нижа премија. Друга примедба која се истиче због вишеструког заступања односи се на исплативост улагања у едукацију заступника који би касније заступали више осигуравача.⁵

2 Ради унапређења делатности осигурања.

3 Врло често се користи и овај термин у оваквим случајевима.

4 Marijan Ćurković, Agent kao zastupnik više osiguratelja, 26. 7. 2017, доступно на адреси: <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?18413>, 29. 2. 2020, интернет извор без броја стране.

5 М. Ćurković, Agent kao zastupnik više osiguratelja, интернет извор без броја стране.

Када је у питању право ЕУ, морамо опет напоменути да термин који се користи у овој области је посредовање у осигурању, које обухвата и заступање и брокеражу, а што се тиче могућности дистрибуције осигурања за више осигуравача, ранија Директива 2002/92/ЕЗ о посредовању у осигурању⁶ дефинисала је могућност да један посредник може заступати два или више осигуравача, али је услов био да се не ради о конкурентним производима осигурања.⁷ Нова Директива ЕУ 2016/97 од 20. јануара 2016. године о дистрибуцији осигурања регулише наведено на другачији начин, односно дефинише институт везаних посредника, о чему ћемо касније.⁸

Када је у питању законодавство Републике Србије, питање заступања у осигурању се регулише и Законом о облигационим односима⁹ и Законом о осигурању.¹⁰ Исто тако, ово питање се регулише и у Преднацрту Грађанског законика Србије.¹¹

*
* *

Одређивање овлашћења заступника у осигурању и ограничења овлашћења морају се посматрати не само са становишта одредаба уговора о заступању које он закључује са осигуравачем и са становишта закона, већ и са становишта односа са више осигуравача са којима може имати закључене уговоре о заступању. Морамо рећи да ни у једном од поменутих аката нисмо нашли одговарајуће решење које би помирило захтеве тржишта осигурања, па самим тим и начина пласирања производа осигурања, са једне стране, и општих правила која дефинишу ове делатности, а која се морају поштовати. Овде ћемо поменути таксативно која су то општа овлашћења заступника у осигурању како бисмо касније могли да одвојимо његову улогу у дистрибуцији осигурања. Та

6 Директива о посредовању у осигурању (*Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation*, OJ L 9, 15. 1. 2003; даље у фуснотама: Директива 2002/92), преамбула тач. 3–10.

7 Директива 2002/92, чл. 2 ст. 1 тач. 7.

8 Директива о дистрибуцији осигурања (*Directive (EU) No. 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution (recast)*, OJ L 26, 2. 2. 2016; даље у фуснотама: Директива 2016/97), преамбула тач. 19–59.

9 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени листник РС*, бр. 18/2020.

10 Закон о осигурању – ЗО, *Службени листник РС*, бр. 139/2014.

11 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије – ГЗ, доступно на адреси: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 27. 3. 2020.

овлашћења су следећа: 1) закључење уговора; 2) могућност измене одредаба уговора, као и његово продужење; 3) издавање полисе (или листа покрића); 4) наплаћивање премије осигурања; 5) пријем изјава које су упућене осигуравачу.¹² Заступник може заступати и осигуравача и осигураника. Сам заступник може заступати као самосталан, независан у односу на налогодавца – осигуравача, а може бити у радном односу код осигуравача (као налогодавца).¹³ Ми ћемо пажњу у овом раду, пре свега, посветити самосталном (независном) заступнику.

II Опште карактеристике вишеструког заступања у осигурању – клаузула ексклузивности, неутралност

Представићемо прво неке од основних карактеристика вишеструког заступања у осигурању како бисмо могли да одредимо критеријуме за адекватно регулисање овог института. Ако постоји могућност вишеструког заступања, онда се морају прецизно дефинисати овлашћења која заступник има у односу на трећа лица, као и односи које он има појединачно са осигуравачима које заступа. У вези са тим, постављају се следећа питања: 1) да ли из садашњих одредаба домаћег законодавства произлази могућност вишеструког заступања; 2) да ли је за вишеструко заступање потребна сагласност осигуравача са којим је прво закључен уговор о заступању или свих осигуравача; 3) да ли су уопште потребне сагласности осигуравача ако је заступник самостално лице, односно није основан од стране конкретног осигуравача, односно није запослен код осигуравача.

Једно од питања које се, такође, овде поставља односи се на примену клаузуле ексклузивности која је доста проблематична са становишта одредаба законодавства Републике Србије. Наиме, наведена клаузула је природни, а не битан елемент уговора о заступању. Та клаузула може бити билатерална или апсолутна. У вези са тим, осигуравач се може уговором обавезати да ће за њега одређене послове заступања у осигурању обављати само један заступник. Но, ексклузивност може бити само на страни заступника или осигуравача. Та ексклузивност се не односи само на заступање једног осигуравача, већ и на заступање које се тиче продаје једне врсте производа осигурања или заступања на одређеном делу територије државе или на целој њеној територији.¹⁴

12 Marijan Ćurković, *Obvezna osiguranja u prometu*, Zagreb, 2007, 62.

13 Предраг Шуледић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, 159.

14 Marijan Ćurković, *Ugovor o zastupanju u osiguranju*, 16. 9. 2019, доступно на адреси: <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?20070>, 21. 3. 2020.

Такође, вишеструко заступање мора да прати и неутралност заступника. Да ли заступници могу приликом понуде коју чине уговарачу осигурања да буду објективни и да та понуда не зависи од повезаности заступника са неким од осигураваача? Тешко је то очекивати. Заступници би, ако заступају више осигураваача, морали једнако да штите интересе свих осигураваача, односно закључење уговора о осигурању би морало да зависи само од услова које у понуди осигурања одређује осигураваач. Вишеструко заступање не значи нужно да је уговарач осигурања у бољој позицији и да може да бира осигураваача у сваком случају. То је поготово случај када уговарач осигурања није унапред упознат са условима осигурања, односно кад унапред не изабере осигураваача, као што је то случај код осигурања од аутоодговорности.¹⁵ Са друге стране, када би заступник изнео више понуда, односно све понуде осигурања од свих осигураваача које заступа, да ли би се његова улога променила? Да ли би он и даље имао улогу заступника или би се у његовој делатности појавили елементи посредовања?

Осим тога, у случају вишеструког заступања поставља се питање осигурања од одговорности заступника. Нећемо посветити пажњу овом питању, али ћемо поменути хрватски Закон о осигурању¹⁶ који дефинише обавезу заступника у осигурању да закључе уговор о осигурању од одговорности из ове делатности или да пружи одговарајућу гаранцију (гаранцију банке) са дефинисаним сумама осигурања које се одређују по сваком захтеву за накнаду штете, односно по једној години периода осигурања. Уколико је осигураваач, који је заступан од стране наведених лица, дао гаранцију или преузео пуну одговорност за наведено заступање, тада закључење осигурања од одговорности или давање гаранција од стране заступника није потребно.¹⁷ Чињеница је да је у питању професионална одговорност с обзиром на то да заступник обавља своје послове у виду делатности.

III Вишеструко заступање у осигурању у законодавству Републике Србије

Заступање у осигурању је у ЗОО регулисано само једним чланом који дефинише сва наведена овлашћења, али не регулише друга питања везана за могућност вишеструког заступања, вршење других послова везаних за заштиту интереса осигураваача итд.¹⁸ Због тога, треба се

15 М. Ћурковић, Agent kao zastupnik više osiguratelja, интернет извор без броја стране.

16 Zakon o osiguranju Republike Hrvatske – ZOH, *Narodne novine*, бр. 30/15 и 112/18.

17 ZOH, чл. 424 ст. 1.

18 ЗОО, чл. 906.

кратко осврнути на одредбе ЗОО које регулишу уговор о трговинском заступању и могућност заступања више налогодаваца. Наиме, у тим одредбама се ограничава могућност заступника да на истој територији и у истим пословима заступа више од једног налогодавца без дозволе налогодавца са којим је прво закључен уговор.¹⁹

Кад је у питању ЗО, посветићемо пажњу само ограничењу вршења овлашћења од стране заступника. Наиме, ЗО дефинише ограничење које се односи на неопходност давања писмене сагласности за обављање послова заступања за више осигураваача.²⁰ Ова одредба је помало конфузна. Није јасно када осигураваачи дају писмену сагласност: да ли приликом закључења уговора са заступником или приликом закључења уговора између заступника и других осигураваача? Заступник може закључити уговоре о заступању у једном кратком или дугом периоду. Самим тим, приликом сваког закључења таквог уговора заступник мора обавестити осигураваача да ће он заступати и друге осигуравааче. Многа питања нису дефинисана једном реченицом у оквиру ове одредбе.

Најзад, предлог одредбе ГЗ која би регулисала заступнике у осигурању има доста недостатака. Иако је садашња верзија ГЗ подложна исправкама и променама, сматрамо да треба да анализирамо наведену одредбу која никако не би смела да се прихвати код коначног обликовања текста овог акта. Исто тако, можемо рећи да ГЗ уопште не регулише вишеструко заступање, осим што у одредбама које регулишу трговинско заступање наводи могућност уговарања искључивог заступања једног налогодавца.²¹ Ако узмемо у обзир ову одредбу, као и чињеницу да се у одредби која регулише заступање у осигурању не помиње вишеструко заступање, онда можемо закључити да ГЗ не ограничава ову могућност.

Када је у питању одредба ГЗ која регулише заступање у осигурању, основна замерка је у коришћењу термина.²² Наиме, у ГЗ се наводи да осигураваач може да овласти заступника да професионално посредује у закључењу уговора, односно да их закључује. Ако је законодавац хтео да на сличан или исти начин регулише ову област као што се то чини у праву ЕУ или другим земљама, онда је морао посебне одредбе томе да посвети. Овако, недопустиво је дефинисање заступања и посредовања на наведени начин. У даљем тексту ове одредбе углавном се дефинишу општа овлашћења заступника. Иначе, ГЗ је у овом делу преузео већину одредаба немачког законодавства у области уговорног права осигурања.

19 ЗОО, чл. 790 ст. 2 и 3.

20 ЗО, чл. 99 ст. 1.

21 ГЗ, чл. 1135 ст. 3.

22 ГЗ, чл. 1314.

1. Однос посредовања и заступања у одредбама ЗО

Морамо посветити пажњу коришћењу термина посредника у одредбама ЗО с обзиром на то да овај закон наводи да се посредовањем бави само посредник. Изнећемо другачији став поводом овог питања, односно разликовања посредовања и заступања у осигурању. Наиме, према ставу појединих аутора, ЗО не наводи да се овим пословима може бавити и заступник, што он фактички чини. Исто тако, по речи овог аутора, појам заступника у осигурању не одговара појму агента осигурања, с обзиром на то да заступник обавља пре свега правне радње, док агент обавља послове које обављају посредник и посленик на основу уговора о посредовању и уговора о делу.²³ Брокер и агент доводе у везу осигуравача са осигураником, док заступник то не чини по природи обављања своје делатности. Иначе, законодавства чланица ЕУ регулишу иступање посредника у осигурању као заступника налогодавца. Наиме, то се односи на поједина осигурања код којих посредници имају шири овлашћења. Ако се ради о проширеним овлашћењима посредника, односно о обављању правних радњи посредника за рачун налогодавца уз задржавање статуса посредника, поставља се питање на које се правне радње односи наведено. Ако би посредник могао да раскине уговор о осигурању и да наплати накнаду из осигурања, онда би он имао улогу заступника.²⁴ Овде може доћи до мешања правила из три уговора: о посредовању, о заступању или о делу. У зависности од тога која ће правила да преовлађују у датом случају, зависиће и одговарајућа примена правила. То значи да ће све зависити од врсте радњи коју предузме посредник. Оно што је сигурно јесте да посредник може сарађивати са заступником.²⁵ Однос посредника и заступника ће зависити и од односа посредника са налогодавцем.

Ови ставови нам могу помоћи да схватимо начин регулисања ове области у законодавству ЕУ, као и законодавствима многих држава. Али, да бисмо у потпуности могли да их прихватимо, потребно је да одступимо од општих правила, што се никако не сме учинити, поготово када је у питању заступник. Мешање ових послова у дистрибуцији осигурања може довести до проблема у дефинисању овлашћења лица која обављају те послове. Исто тако, кад говоримо о заступању у напред наведеном смислу, морамо претходно да дефинишемо ко је налогодавац. Ако је налогодавац осигуравач, онда не смемо прихватити већину ових ставова.

23 Јасна Пак, „Обавезе, одговорност и осигурање од одговорности посредника у осигурању“, *Токови осигурања*, бр. 1/2018, 40.

24 *Ibid.*, 45.

25 *Ibid.*, 47.

IV Везани посредници у Директиви 2016/97

Као што смо навели, Директива 2016/97 дефинише институт посредника у осигурању (*insurance intermediary*) у оквиру ког обухвата и брокера и заступника (агента). Тачније речено, Директива 2016/97 у својим одредбама дефинише агента са ограниченим овлашћењима и посредника са већим овлашћењима, што значи да овај акт не препознаје класичну разлику између заступника и посредника (брокера) у осигурању.²⁶ Иначе, посредник у осигурању, у наведеном смислу, дефинисан је и у ранијој Директиви 2002/92. Наиме, лице које обавља послове посредовања у осигурању има овлашћења која се односе на помагање у куповини производа осигурања, што у себи може обухватити овлашћења и посредника и заступника. Да ли посредник у осигурању може располагати свим овлашћењима која су наведена, питање је на које не можемо да дамо конкретан одговор с обзиром на друге карактеристике, како заступника, тако и брокера.²⁷ Самим тим, поставља се питање да ли је упутније да, као што смо рекли, користимо термин „дистрибутер осигурања“.

Кад је у питању вишеструко заступање, Директива 2016/97 познаје категорију везаних посредника у осигурању (подразумевајући посредовање онако како је то учинио наведени акт) ако су та лица везана уговором за једног или више осигуравача. То значи да се уговором дефинише да ће посредовати само за једног или само за тачно одређене осигураваче. У пракси се најчешће ради о агенцијама за осигурање које су са својим осигуравачем дефинисале у уговору клаузулу ексклузивности, а осигуравачи су у обавези да обезбеде да ти посредници испуне услове за регистрацију, као и да их региструју, што значи да се у Директиви 2016/97 дефинише повећана одговорност осигуравача за рад посредника.²⁸ Ова одредба захтева додатно тумачење. Наиме, ако се ради о клаузули ексклузивности, она се може везати за дистрибуцију осигурања за тачно одређене осигураваче, без обзира о ком броју осигуравача се ради. Друго, ако је првобитно закључен уговор са овом клаузулом са једним осигуравачем, онда ће бити неопходно да се закључи нов уговор ако се посредник одлучи да заступа више осигуравача. Овде се могу поставити следећа питања: прво, да ли је могуће закључити уго-

26 Mira Todorović Symeonides, „Duties and liabilities of insurance brokers – Focus on the information exchange and duty to advise in Greek, Serbian and UK law“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, бр. 1/2012, 61.

27 Claus Bohn Jespersen, *Intermediation of Insurance and Financial Services in European VAT*, Wolters Kluwer, 2011, 98.

28 Директива 2016/97, преамбула 17; Marijan Ćurković, „Nastanak i obuhvat regulatornih odredbi o distribuciji osiguranja“, *Hrvatski časopis za osiguranje*, бр. 1/19, 31.

вор о заступању са више осигуравача ако је претходно закључен уговор о заступању једног осигуравача; друго, да ли је потребна сагласност (дозвола) осигуравача за закључење уговора са другим осигуравачима. У сваком случају, овде се могу поставити слична питања као и кад је у питању регулација вишеструког заступања у законодавству Србије.

1. Општа правила Директиве 2016/97 о овлашћењима у дистрибуцији осигурања и регулација сукоба интереса

Дистрибуција осигурања по Директиви 2016/97 обухвата следеће: 1) предлагање уговора о осигурању; 2) давање савета о садржини уговора и најповољнијем осигуравачу; 3) пружање помоћи у решавању одштетних захтева; 4) могућност закључења тих уговора путем интернета; 5) друге припремне радње за закључење уговора. Иначе, посредник у осигурању не може бити осигуравајуће друштво или друштво које обавља послове реосигурања. Директива 2016/97 дефинише и појам споредног посредника који представља физичко или правно лице које такође обавља послове дистрибуције осигурања за одређену накнаду, али те послове не обавља као главну, већ као своју споредну делатност или ако дистрибуира само поједине производе осигурања, с тим да се они не односе на животно осигурање или ризик од одговорности.²⁹

Поменућемо и сукоб интереса који је такође регулисан у наведеном акту ЕУ. Наиме, Директива 2016/97 регулише и повезаност дистрибутера осигурања и осигуравача којег он представља на тржишту. Наиме, дистрибутер мора осигуранику, односно потрошачу да пружи обавештење о томе да ли он у капиталу осигуравача кога представља има најмање 10% и више гласа или капитала. Истовремено, може се догодити да осигуравач има најмање 10% власништва у капиталу код дистрибутера који га представља на тржишту. Овде се ради о сукобу интереса и о непостојању независности посредника што би требало да буде једно од начела уговора о посредовању, односно делатности дистрибуције осигурања.³⁰ У вези са наведеним, посебно се дефинише сукоб интереса у дистрибуцији осигурања тако што се налаже државама чланицама да у својим законодавствима предвиде мере за спречавање сукоба интереса, као и да дефинишу када ће доћи до сукоба интереса и која лица могу бити повезана у односима између дистрибутера, заступника, брокера и осигуравача.³¹ Иначе, у Директиви 2016/97 се наводи да су и дистрибутери и осигуравачи дужни да предузму све мере за спречавање

29 Директива 2016/97, чл. 2 ст. 1 тач. 4.

30 Директива 2016/97, чл. 20 ст. 1.

31 Директива 2016/97, чл. 28 ст. 1.

сукоба интереса како би се заштитили интереси потрошача,³² али се не наводи које су то мере. Уосталом, не наводи се јасно ни шта све може представљати сукоб интереса. Тиме је Директива 2016/97 овај проблем оставила државама чланицама да решавају у својим законодавствима. Но, одредбе о сукобу интереса су интересантне и са становишта вишеструког заступања, односно поставља се питање да ли би у том случају постојала забрана обављања ових послова преко везаних посредника.

V Немачко законодавство

Посветићемо пажњу немачком законодавству у овој области из два разлога. Први је што су многе одредбе из уговорног права осигурања Немачке преузете у ГЗ кад је у питању заступник у осигурању, а други је начин на који се дефинише посредник у осигурању у „статусном“ законодавству у овој области. Само заступање у осигурању је предмет регулисања Закона о уговорима у осигурању (даље: ЗУО).³³ Са друге стране, Закон о надзору осигуравајућих друштава (даље: ЗНО)³⁴ не регулише конкретно заступање, већ посредовање у осигурању које дефинише на већ наведени начин. Међутим, ни један ни други акт не регулишу вишеструко заступање, тако да можемо рећи да се у овој области примењују, пре свега, одредбе Директиве 2016/97.

ЗУО дефинише овлашћења заступника, али само у односу на осигураника. Наиме, заступник је дужан да осигуранику преда полису осигурања коју је издао осигуравач.³⁵ Заступник је овлашћен да прима од осигураника износе на име плаћања у вези са посредовањем у осигурању или са самим закључењем уговора.³⁶ Уколико постоје одређена ограничења у вези са испуњењем ових обавеза према заступнику, осигураник мора да их уважи само ако је за ограничења знао приликом плаћања, односно ако није знао за наведено услед грубе непажње.³⁷ Ове одредбе широко дефинишу овлашћења заступника који се практично уместо осигуравача појављује у односу осигурања према

32 Директива 2016/97, чл. 27.

33 Немачки Закон о уговорима о осигурању из 2007. године (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*; даље у фуснотама: ЗУО), последње измене 30. 11. 2019; Славко Ђорђевић, Дарко Самарџић, *Немачко уговорно право осигурања са преводом Закона (VVG)*, IRZ, Београд, 2014.

34 Закон о надзору осигуравајућих друштава Немачке из 2015. године (*Versicherungsaufsichtsgesetz*; даље у фуснотама: ЗНО), последње измене 19. 12. 2018.

35 ЗУО, чл. 69 ст. 1.

36 Овде немачки законодавац проширује улогу заступника.

37 ЗУО, чл. 69 ст. 2.

уговарачу осигурања (осигуранику). Но, оно што примећујемо јесте да је немачки законодавац овластио заступника да прима износе од осигураника и код посредовања, што значи да је обухватио и ситуације када се посреднику дају већа овлашћења и када он обавља и послове заступања.

Поменућемо и одредбу која се односи на сазнање појединих членица од стране заступника које су битне за уговор, а које ће имати значаја, као и сазнање осигуравача уколико заступник до тих сазнања није дошао ван обављања своје делатности, односно неvezано за закључење уговора.³⁸ Међутим, ЗУО није дефинисао на који начин ће се наведено доказивати.

Све одредбе ЗУО које регулишу заступање односе се и на лица која раде код осигуравача на пословима посредовања или закључења уговора о осигурању, као и на лица која су заступници а која самостално посредују у закључењу ових уговора, односно која закључују ове уговоре, али која се тим пословима не баве у оквиру своје трговачке делатности.³⁹

Са друге стране, одредбе ЗНО дефинишу делатност посредовања у осигурању на широк начин, тако да оно обухвата и делатност заступања и делатност посредовања у општем смислу тог правног посла. ЗНО, као статусни закон у овој области, посвећује више пажње дистрибуцији осигурања него раније. Једна од битних одредаба је да осигуравачи могу закључивати уговоре само са посредницима који су овлашћени на основу Трговачког закона Немачке.⁴⁰ Они морају имати овлашћење да врше пријем имовине и материјалних средстава од осигураника или у његову корист, као и да пруже доказ о финансијској гаранцији. Осигуравачи морају да обавесте одговарајуће регистрационо тело о раскиду уговора са посредником, а по одредбама Трговачког законика.⁴¹ Такође, дефинише се и спречавање сукоба интереса ако се ради о повезаности посредника и осигуравача, односно њихових запослених.⁴² Одредбе ЗНО се у овој области разликују од последњих измена овог закона, односно након доношења Директиве 2016/97. У ранијим одредбама су се као посредници у осигурању дефинисали и заступници и брокери. Иначе, по-

38 ЗУО, чл. 70.

39 ЗУО, чл. 73.

40 Немачки Трговачки закон из 1869. године (*Gewerbeordnung*), последње измене 22. 11. 2019, чл. 34д, доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/gewo/GewO.pdf>, 20. 3. 2020; Више о томе, вид. Federal Financial Supervisory Authority (BaFin), *Intermediaries*, доступно на адреси: https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/VersichererPensionsfonds/Aufsichtsregime/Vermittlerwesen/vermittlerwesen_node_en.html, 20. 3. 2020.

41 ЗНО, чл. 48.

42 Ради се о сукобу интереса. Вид. ЗНО, чл. 48а.

ред заступника и брокера у осигурању, у Немачкој постоје и тзв. хоно-
рарни саветници у осигурању.⁴³

VI Овлашћења заступника у односу на овлашћења брокера

С обзиром на чињеницу да се код нас у делатности осигурања још увек не користи често термин „брокер“ или „брокеража“, потребно је да ставимо у однос његова овлашћења и овлашћења која има заступник. Наиме, брокер у осигурању се може дефинисати као професионално лице које обавља послове посредовања у осигурању, а нема овлашћење осигураваача или заступника осигурања. Брокери у осигурању врше своју делатност или у оквиру брокерских компанија или самостално. Њихов основни задатак је да анализирају и упоређују понуде за осигурање и услове осигурања различитих осигураваача како би донели одлуку о најповољнијој могућности за њихове клијенте. Значи, брокери не раде директно за осигураваача. Они су дужни да редовно обавештавају своје клијенте о понудама осигураваача и условима осигурања.⁴⁴ Како неки аутори примећују, њихова улога је флуидна⁴⁵ и с тим се морамо сложити. Заштита интереса осигураваача од стране брокера је питање које зависи од овлашћења које он има у односу на осигураваача, као и у односу на трећа лица. Но, општи је став да брокер не мора да штити интересе осигураваача.⁴⁶ То значи да је он посредник у осигурању, односно да само помаже уговорним странама да закључе уговор о осигурању. Он има улогу саветника осигураника или уговараача осигурања.⁴⁷ Често се заступник (агент) одређује као предузетник са више овлашћења приликом закључења уговора, док се брокер везује за „тражење“ одговарајућег осигураваача. Али, брокер такође има своју улогу и у припреми закључења уговора о осигурању.⁴⁸

Да бисмо могли да одвојимо заступника од класичног посредника и брокера, морамо на првом месту да истакнемо да су сва његова

43 Henning Schaloske, Tanja Schramm, Daniel Kassing, Kathrin Feldmann, *Insurance – Germany, Law and Practice*, Chambers and Partners, 2018, 7.

44 Insurance Agent Vs. Insurance Broker, 2. 11. 2018, доступно на адреси: https://study.com/articles/insurance_agent_vs_insurance_broker.html, 4. 3. 2020.

45 Јован Славнић, „Овлашћења и обавезе брокера осигурања“, *Право осигурања у транзицији* (ур. Предраг Шулетић, Јован Славнић), Удружење за право осигурања Југославије, Београд, 2003, 83.

46 Ј. Славнић, 83.

47 Šime Ivanjko, „Zavarovalni posrednik in svetovalec – poklic prihodnosti“, *Agens*, бр. 7/1999, 14.

48 Graeme Baber, *The Impact of Legislation and Regulation on the Freedom of Movement of Capital in Estonia, Poland and Latvia*, Cambridge Scholars Publishing, 2010, 115.

овлашћења, која има у односу са трећим лицима, дата од стране на-логодавца – осигуравача. Али, та овлашћења могу бити и ограничена од стране осигуравача и та ограничења морају бити позната уговарачу осигурања. Ако то није случај, сматра се да нису ни постојала. Но, ако говоримо о пријему изјава уговарача осигурања као овлашћењу, онда морамо рећи да се она могу односити само на закључење уговора, измене уговора, пријаву штетног догађаја итд.⁴⁹ Међутим, та овлашћења нису неограничена. Наиме, постоје послови за које он мора да добије посебно пуномоћје од осигуравача. Ти послови, између осталог, могу бити: вођење спора, преузимање јемства или меничних обавеза, располагање непокретностима, поравнање у спору или ван спора.⁵⁰

Осим тога, заступник може да буде одговоран према уговарачу осигурања, односно осигуранику само за сопствену непажњу у заступању осигуравача. С обзиром на то да он заступа осигуравача, сви његови поступци се могу сматрати поступцима осигуравача. Није дужност заступника да саветује осигураника о прибављању додатног покрића за одређени производ осигурања. Заступник може бити одговоран ако уговарачу осигурања погрешно представља производ осигурања, без обзира на то да ли то чини намерно или из нехата, затим ако се заступник лажно представља као лице које је посебно стручно за одређену врсту осигурања,⁵¹ као и у другим случајевима. Међутим, морамо рећи да се ови облици одговорности заступника морају другачије тумачити у зависности од тога да ли заступник заступа осигуравача или уговарача осигурања.

VII Закључак

Кад уопште говоримо о овлашћењима заступника у осигурању, као и о ограничењима овлашћења, без обзира на то да ли се она односе на вишеструко заступање или не, морамо рећи да законодавство Републике Србије уопште не регулише ова питања на адекватан и јасан начин. То се односи и на ЗОО и на ЗО. ЗО садржи једну нелогичну одредбу која практично ограничава заступника у вршењу својих овлашћења, односно своје делатности. У вези са наведеним, поновићемо само оно што је најбитније. Наиме, ако заступник мора да има дозволу осигуравача да би заступао друге осигураваче, ту се постављају следећа питања: 1) да

49 М. Ћурковић (2007), 62.

50 П. Шулејић, 159.

51 Scott C. Glovsky, Insurance Broker And Agent Liability, доступно на адреси: <https://www.advocatemagazine.com/article/2018-march/insurance-broker-and-agent-liability>, 30. 3. 2020.

ли је та одредба потребна имајући у виду да се односи између заступника и осигуравача дефинишу самим уговором о заступању. Нека посебна дозвола осигуравача у таквом случају би довела до измене уговора о заступању који садржи клаузулу о искључивом заступању. Са друге стране, ако таква клаузула није уговорена, тада се поставља питање да ли је потребна наведена дозвола осигуравача; 2) ако бисмо прихватили да је дозвола осигуравача потребна заступнику за заступање другог или других осигуравача, онда се намеће питање да ли заступник мора да добије дозволу и од других осигуравача које заступа. Одредба 30 се мора тумачити тако с обзиром на то да није јасно наведено да ли само осигуравач који је први закључио уговор са заступником треба да да наведену дозволу или се то односи и на друге осигураваче који касније закључују ове уговоре са истим заступником.

Односи између осигуравача и потрошача – осигураника су веома сложени. Та сложеност је последица великог броја закључених уговора о осигурању који се односе на велики број различитих производа осигурања. Самим тим, поставља се питање заштите интереса како осигураника, тако и осигуравача. Управо због тога заступници, али и посредници (брокери) у осигурању имају велику улогу. Са једне стране, они спроводе дистрибуцију осигурања, односно све оно што подразумева коначан производ те дистрибуције, али спроводе и услуге маркетинга за осигураваче.⁵²

На крају, сматрамо да се мора јасно регулисати вишеструко заступање у осигурању, и то не само у законодавству Србије, а мора се правити и јасна разлика између заступника и посредника, као и брокера, не само због различитих овлашћења која та лица имају у обављању своје делатности,⁵³ већ и због дефинисања одговорности у обављању те делатности.

Коришћена литература

Baber Graeme, *The Impact of Legislation and Regulation on the Freedom of Movement of Capital in Estonia, Poland and Latvia*, Cambridge Scholars Publishing, 2010.

Bohn Jespersen Claus, *Intermediation of Insurance and Financial Services in European VAT*, Wolters Kluwer, 2011.

52 Martina Eckardt, Solvig Rähke-Döppner, „The Quality of Insurance Intermediary Services – Empirical Evidence for Germany“, *The Journal of Risk and Insurance*, Vol. 77, Nr. 3/2010, 667.

53 M. Todorović Symeonides, 61.

- Glovsky Scott C., Insurance Broker And Agent Liability, доступно на адреси: <https://www.advocatemagazine.com/article/2018-march/insurance-broker-and-agent-liability>, 30. 3. 2020.
- Ђорђевић Славко, Самарџић Дарко, Немачко уговорно право осигурања са преводом Закона (VVG), IRZ, Београд 2014.
- Eckardt Martina, Rätke-Döppner Solvig, „The Quality of Insurance Intermediary Services – Empirical Evidence for Germany“, *The Journal of Risk and Insurance*, vol. 77, Nr. 3/2010.
- Ivanjko Šime, „Zavarovalni posrednik in svetovalec – poklic prihodnosti“, *Agens*, бр. 7/1999.
- Пак Јасна, „Обавезе, одговорност и осигурање од одговорности посредника у осигурању“, *Токови осигурања*, бр 1/2018.
- Славнић Јован, „Овлашћења и обавезе брокера осигурања“, *Право осигурања у транзицији* (ур. Предраг Шулејић, Јован Славнић), Удружење за право осигурања Југославије, Београд, 2003.
- Schaloske Henning, Schramm Tanja, Kassing Daniel, Feldmann Kathrin, *Insurance – Germany, Law and Practice*, Chambers and Partners, 2018.
- Todorović Symeonides Mira, „Duties and liabilities of insurance brokers – Focus on the information exchange and duty to advise in Greek, Serbian and UK law“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, бр. 1/2012.
- Ćurković Marijan, Agent kao zastupnik više osiguratelja, 27. 6. 2017, <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?18413>, 29. 2. 2020.
- Ćurković Marijan, „Nastanak i obuhvat regulatornih odredbi o distribuciji osiguranja“, *Hrvatski časopis za osiguranje*, бр. 1/19.
- Ćurković Marijan, *Obvezna osiguranja u prometu*, Zagreb, 2007.
- Ćurković Marijan, Ugovor o zastupanju u osiguranju, 16. 9. 2019, доступно на адреси: <https://www.osiguranje.hr/ClanakDetalji.aspx?20070>, 21. 3. 2020.
- Шулејић Предраг, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005.

Vladimir ČOLOVIĆ, PhD
Professor and Principal Research Fellow at the Institute of Comparative
Law in Belgrade

MULTIPLE INSURANCE AGENCY (WITH SPECIAL REFERENCE TO THE POWERS OF THE AGENT AND HIS STATUS IN RELATION TO THE INTERMEDIARY – BROKER)

Summary

Insurance agency, as a form of insurance distribution, is receiving more attention than before in EU law, as well as in the national legislation of individual countries. Insurance agency is viewed and defined in conjunction with other forms of insurance distribution, such as insurance intermediary and brokerage, as well as advisory services regarding the selection of the most favourable insurer. However, in the acts governing these institutes, it departs from the general concepts, so that broader definitions of the work performed by agents, intermediaries, brokers etc., must be used. Serbian legislation differentiates and defines insurance agents and brokers but, at the moment, brokers are not specifically regulated, as are other professional activities whose main or secondary business is the distribution of insurance. The paper focuses, primarily, on the multiple insurance agency, i.e. to the possibility of one person to represent multiple insurers and the relationship of insurance agency to the other activities in the field of insurance distribution. One of the questions the author is trying to answer relates to an exclusivity clause, which is a clause defining the agency for one specific insurer or more insurers. Also, the author specifically defines the difference between agency and intermediation. He specifies the criteria for distinguishing between these two activities and specifically determines the relationship of the insurer with the agent. The author analyzes the domestic and German legislation in this field, as well as the EU act regulating the distribution of insurance – Directive (EU) no. 2016/97 on insurance distribution. The paper pays particular attention to the provisions of Directive 2016/97 relating to tied insurance intermediaries. These are persons bound by a contract for one or more insurers. The contract defines that these persons will intermediate only for one or only for specific insurers. In practice, these are usually insurance agencies that have already defined the exclusivity clause in their contract with their insurer. So, Directive 2016/97 defines the ability to perform insurance distribution business for multiple insurers, but such an option applies to all insurance distributors, not just agents. Within the Serbian legislation, the author analyzes

the provisions of the Act on Obligations, the Act on Insurance and the Pre-Draft Civil Code. In the provisions of these acts there is a great problem with defining both agency and intermediation in insurance. Also, there is a problem with defining the authorities of an insurance agent. Within the framework of German legislation, the author analyzes the Act on Insurance Contracts and Act on the Supervision of Insurance Undertakings.

Key words: *Insurance. – Agency. – Intermediation. – Brokerage. – Distribution. – Insurer.*

Датум пријема рада: 3. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 5. 2020.

UDK: 331.548:061 ; 346.546.5

CERIF: S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002118D

др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ*
редовни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду

ОДЛУКА ПРОФЕСИОНАЛНОГ УДРУЖЕЊА КАО ОБЛИК РЕСТРИКТИВНОГ СПОРАЗУМА

Сажетак

Циљ овој рада је иошврда ирејиосиавке о каузалној вези између кумулације одређених сѣандардних овлашћења ипрофесионалних удружења и иорасѣа анишконкуренијској ризика. Тежишије исираживања је на нарушавању конкуренције ресѣриктивним договарањем удружења у ио-иледу ценовне иолиѣике. Кроз анализу случаја из домаће уйравно-йравне и судске йраксе саиледани су биѣни маѣеријално-йравни елементи овак-вој вида ионашања удружења и йроцесни асијекѣи уйврђивања њејове ирошвиравности.

Исиѣивање различѣиѣх сејменаѣа йрекорачења овлашћења сѣруковној удружења, од давања ирејорука ка уйврђивању ценовној ок-вира, резулѣирало је уйврђивањем корелације ресѣриктивној ионашања и шѣеѣних йоследица за йосѣојеће и иошеницијалне чланове, конкуренѣе, иошрошаче и друшѣиво у целини. У закључним размаѣирањима се указује на значај иредвидивости криѣеријума у циљу йревенирања недозвољених ресѣриктивних договора унушар ипрофесионалних удружења, са једне, и

* Електронска адреса аутора: sanja.dankovic@fpm.bg.ac.rs.

усајлашене рестриктивне праксе мера заштитне са друге стране, као иуша ка даљем унапређењу културе конкуренције у овој области.

Кључне речи: *Професионално удружење. – Рестриктивни споразум. – Утврђивање цена услуга. – Антиконкурентски ризик. – Мера заштитне конкуренције.*

І Увод

Конкуренција представља правно уређен динамички систем у коме привредни и други субјекти наступају на тржишту руковођени сопственом иницијативом у циљу остварења пословних интереса који, када се сусретну са тежњама других учесника, њихове односе квалификују као такмичарске, па се они даље имају одвијати по одређеним прописаним принципима и правилима, а свако одступање од њих третираће се као нарушавање конкуренције. Ефективна конкуренција се односи на правни стандард установљен компромисом између пуне конкуренције као идеала и доњег прага испољавања тржишне моћи испод којег се није могло ићи, а да се не угрози остваривање слободе на удруживање и повећање ефикасности, односно квалитета пословања.

Рестриктивни споразуми чине најтежу повреду принципа слободне тржишне конкуренције – претпостављено је постојање намере, забрањени су *per se*, а последица је ништавост. Значајну повреду конкуренције рестриктивни споразуми имају за циљ или последицу.¹ Позитивна је правна претпоставка да хоризонтални споразуми, картели, а посебно они чији је предмет договор о ценама између конкурента, имају значајно већи степен опасности по нарушавање конкуренције него вертикални споразуми.²

Привредни субјекти обављају профитну делатност у индивидуалном или колективном облику организовања. Непривредни, односно грађанскоправни субјекти се јављају у различитим правним формама, као пословна удружења, трговачка друштва са нелукративним циљем, непрофитна удружења, установе, задужбине, фондације и др.³ За раз-

1 Закон о заштити конкуренције – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 51/09 и 95/13, чл. 10 ст. 1. Претходно важећи Закон о заштити конкуренције – Закон о заштити конкуренције (2005), *Службени гласник РС*, бр. 79/05, (чл. 7 ст. 1) противправност рестриктивног споразумевања постављао је шире, у смислу забране аката који имају или могу имати за циљ или последицу повреду конкуренције у виду њеног спречавања, организирања или нарушавања.

2 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law*, Portland, 2010, 110.

3 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, 11. издање, Београд, 2019, 41.

лику од правила о именованим формама привредних субјеката, правило о облику организовања грађанских друштава која немају лукративну функцију није унапред прописано, сходно уставном принципу о слободи удруживања грађана.⁴

Повреда ефективне конкуренције деловањем удружења као тржишних учесника има два основна појавна вида: тежи облик, у смислу апсолутно забрањеног рестриктивног споразумевања и лакши облик – активност која је потенцијално у супротности са правилима о заштити конкуренције. Активности удружења тржишних учесника, па и оне по правној природи рестриктивне, могу се јавити као афирмативне са аспекта тржишних ефеката, а пре свега добробити потрошача. Стога се за квалификацију оваквих активности удружења – прикупљање и размену тржишних информација, успостављање стандарда, маркетиншке програме или рестрикције у погледу чланског статуса, мора претходно извршити процена односа рестриктивног и прокомпетитивног ефекта у сваком појединачном случају.⁵

Удружења учесника на тржишу се јављају као субјекти рестриктивног споразумевања у три основне предметне категорије: детерминисање цена, ограничавање и контрола производног или потрошачког тржишта и координација понашања у поступку јавне набавке, са циљем искључења конкуренције.⁶

Рестриктивни споразум о ценама, сходно квалитативном критеријуму опасности по нарушавање конкуренције, поседује највећи потенцијал. Овом категоријом споразума се утврђују прецизно детерминисане, у погледу висине и времена важења, продајне или набавне цене робе или услуга које су учесници у споразуму сагласни и дужни да примене. Споразуми о ценама спадају у групу уговорних ограничења конкуренције – они је не искључују, али се конкурентска борба води са суженим бројем параметара⁷ тако што се цена, као најважнији и најосетљивији критеријум, фиксира и последично исључује из поља ефективног тржишног надметања.

Механизми креирања ценовне политике од стране удружења могу бити различити – одређивање текуће цене или опредељивање неке од њених компоненти (на пример, трошкова испоруке или накнаде за транспорт) или утврђивање минималне цене производа или услуга.

4 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 37/6, чл. 55.

5 Упутство о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту – Упутство, доступно на адреси: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-B1.pdf>, 18. 3. 2020, пар. II, 3.

6 Упутство, пар. III–1, 4.

7 Стеван Шогоров, *Монополистички споразуми у југословенском праву*, Београд, 1989, 81.

Рестриктивно понашање подразумева и усаглашено увећање цена или прописивање распона изван ког ценовна кретања за чланове неће бити могућа. Обавеза претходне консултације члана у погледу профилисања цене са удружењем или другим члановима такође представља облик ограничавања конкуренције.

Договор о ценама има највиши претпостављени ниво опасности по повреду конкуренције, услед чега није категоријално подобан да буде изузет од општег правила о забрани рестриктивних споразума, без обзира на евентуалне позитивне ефекте које би производио у смислу примене правила разумне процене.

II Повреда ефективне конкуренције од стране удружења тржишних учесника

Правила о заштити конкуренције се примењују на све категорије субјеката чија се делатност може окарактерисати као промет робе или пружање услуга, с тим да се у квалитативном и квантитативном смислу сматра довољним сваки вид динамике (континуирано, повремено или једнократно пословање) и степена заступљености (непосредно или посредно присуство) у тржишном животу. Домен заштите несметаног конкурентског амбијента значајно је шири од поља активности пословних субјеката у ужем смислу – привредних друштава, као функционално најзначајнијих, и предузетника, и односи се и на деловање органа државе, субјеката који на тржишту обављају делатност од општег интереса⁸ и удружења учесника на тржишту. Национална припадност субјекта није релевантна за примену правила о заштити конкуренције уколико се утврди вероватноћа утицаја на ефективну конкуренцију у домаћој земљи.⁹ Примена правила није условљена ни организационим обликом, правним статусом нити својинским обликом учесника на тржишту.

Удружење представља добровољну недобитну организацију која је заснована на слободи удруживања више физичких или правних лица и оснива се ради остваривања и унапређења заједничког или општег, а друштвено прихватљивог и допуштеног интереса, односно циља.¹⁰ Оснивање удружења не може бити условљено претходним одобрењем.¹¹

8 Изузетак од принципа опште примене прописа представља ситуација која би резултирала онемогућавањем обављања поверених послова, односно делатности јавних предузећа, привредних друштава, предузетника и других учесника који обављају делатност од општег интереса или којима је додељен фискални монопол. Вид. Закон, чл. 3 тач. 3.

9 Закон, чл. 2.

10 Закон о удружењима, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 99/11 и 44/18, чл. 2 ст. 1.

11 Устав Републике Србије, чл. 55.

Она и у статичком и динамичком аспекту исказују значајне сличности са привредним друштвима, на пример у погледу обављања пословне делатности или уписа у регистар, али *differentia specifica* остаје нелукаративни циљ деловања.

Удружење је самостално у остваривању својих циљева, али и омеђено у поступању правилима о заштити ефективне конкуренције. Такође, забрањена су тајна и паравојна удружења. Удружења се могу даље повезивати у формама савеза и асоцијација са домаћом или иностраном националном припадношћу. Нижи организациони ниво се односи на делове удружења која немају статус правног лица, као што су секција, група или огранак.

У домаћем праву, правила о заштити конкуренције се директно примењују на удружења чији су чланови учесници тржишних односа, а могу бити организована у форми установа, организација, синдиката, задруга... Делатност тржишних учесника – чланова удружења, чији је рад потенцијално у спектру примене правила о заштити конкуренције, јесте разнородна и значајно шира од послова промета робе и услуга.¹² Са друге стране, критеријум тржишног утицаја је нужан услов за примену правила о заштити конкуренције на активност удружења. Тако, изван њиховог домаћаја остаје рад организација које директно ни индиректно не утичу на конкуренцијски амбијент одређеног тржишта.¹³

Правила о заштити конкуренције се, дакле, не примењују на све облике организовања и удруживања физичких и правних лица. Претходни услов односи се на својство учествовања у промету робе или услуга – непосредно или посредно и стално, повремено или једнократно. Нарушавање ефективне конкуренције могуће је и у домену деловања пословних удружења, али и синдиката, задруга,¹⁴ спортских организација, носилаца права и организација за колективно остваривање права интелектуалне својине, као и професионалних, струковних удружења. Правила о заштити конкуренције на делатност удружења се примењују независно од тога да ли је реч о профитној или непрофитној организацији. Постојање антиконкуренијског ризика је могуће и у случајевима активности удружења у сегменту јавних делатности.¹⁵

Са аспекта потенцијалне енергије креирања антиконкуренијског ризика, два облика удружења се јављају као најзначајнија: трговинска

12 Закон (чл. 3 тач. 3) као пример наводи удружења носилаца права интелектуалне својине и спортске организације.

13 Одређене организације, по предметној делатности по правилу хуманитарне, здравствене, културне или образовне, чији је рад од јавног значаја.

14 Вид. Славољуб Вукићевић, *Привредно право*, Београд, 2011, 134.

15 Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics*, London, 2012, 4.

и професионална удружења. Пословно удружење представља правно лице које оснива више привредних друштава или предузетника ради остваривања заједничких интереса,¹⁶ с тим да не може обављати делатност ради стицања добити нити променити правни облик у форму привредног друштва.¹⁷ На делатност удружења која немају статус правног лица примењују се правила о грађанском ортаклуку.¹⁸ Трговинско удружење одликује стабилна корпоративна структура, јасна одвојеност субјективитета удружења и његове правне одговорности од категорије чланова и потенцијал утицаја на економску активност. Појам трговца подразумева четири кумулативна елемента: реч је о физичком или правном лицу које самостално и трајно обавља пословну делатност¹⁹ у смислу производње или промета робе, односно пружању услуга са циљем стицања добити.²⁰ Примена правила о заштити конкуренције на трговинска удружења претпоставља два битна конститутивна елемента: структурни и функционални.²¹ Организациони елемент се, осим корпоративне структурираности, односи и на дистинкцију правне форме удружења у односу на потенцијалне односе и споразуме пословних субјеката – чланова. Функционални елемент подразумева корелативну везу између активности удружења и ефективне тржишне конкуренције.

Одлука удружења привредних друштава је вишестрани правни акт који представља средство ограничења конкуренције уколико је односно удружење овлашћено за доношење обавезујућих одлука за своје чланове и уколико се изричито односи на област ограничавања конкуренције. Одлука удружења предузећа, донета у било којој форми, сматраће се средством ограничења конкуренције под условом кумулативне испуњености два услова: прво, да је односно удружење овлашћено за доношење обавезујућих одлука за своје чланове и друго, да се одлука изричито односи на област ограничавања конкуренције. Овакви акти, осим као одлуке, могу бити насловљени и као правила, препоруке, статути или закључци, с тим да њихова правна обавезност није од битног значаја, као ни чињеница да ли удружење које такав акт усваја има својство правног лица.²²

16 Вид. Радомир Ђуровић, Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – Ојшћи гео*, Ниш, 2005, 190.

17 Закон о привредним друштвима, *Службени тласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/19, чл. 478 ст. 2.

18 Закон о удружењима, чл. 2 ст. 3; вид. Geoffrey Morse, *Company Law*, London, 1999, 27.

19 Вид. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 и *Службени тласник РС*, бр. 18/20, чл. 25 ст. 2.

20 М. Васиљевић, 42.

21 Упутство, пар. II, 3.

22 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 1995, 210.

Делатност удружења подразумева континуирану координацију и размену мишљења чланова, који послују на истом нивоу производног или дистрибутивног ланца, о различитим аспектима рада за које постоји заједнички интерес. Састанци унутар удружења лако, и стога неретко, могу прерасти из аналитичког домена у договорено или усаглашено поступање које има карактер антиконкурентијског понашања.²³

Професионално удружење представља организацију у којој стручњаци из одређене области остварују заједничке интересе и циљеве, затим утврђују и контролишу примену посебних правила за обављање односне делатности и врши се њена јавна промоција. У оквиру професионалног удружења се опредељују врста и степен образовања, као и потребно искуство за остваривање одређене делатности, води се евиденција чланова и прописују се стандарди који представљају минимум професионалних захтева за предузимање послова, а чије непоштовање резултира покретањем дисциплинског поступка.

Опасност креирања антиконкурентијског ризика у оквиру трговинских удружења дефинисана је предметно, с обзиром на категоријалну, хоризонталну повезаност делатности²⁴ у домену промета робе или услуга чланица. Код професионалних удружења ризик је превалентно профилисан у субјективном смислу, с обзиром на квалификациону и струковну повезаност чланова. Такође, чланство у професионалном удружењу се за већину, а за одређене послове и традиционално (на пример адвокатски, ревизорски или лекарски) јавља као нужан претходни услов за бављење односном делатношћу, што креира значајан антиконкурентијски ризик у погледу стварања препрека за улазак нових чланова на односно релевантно тржите с обзиром на надлежност удружења у погледу њиховог прописивања, са једне, и издавања лиценци за рад са друге стране.

Осим негативних ефеката за субјекте у конкурентском статусу, значајан ризик јавља се и на страни корисника услуга. Рестриктивна правила професионалног удружења могу резултирати и умањењем понуде односне категорије услуге на тржишту, што даље значи негативан утицај на ефективну конкуренцију, нижи степен квалитета услуга и повећање цена – збирно, дакле, повреду интереса потрошача.

Упркос неспорној оправданости поседовања одређеног степена контроле приступа тржишту за обављање професионалних услуга од стране удружења – посматрано, пре свега, са аспекта очувања стандарда њиховог квалитета, оваква овлашћења истовремено носе и опасност

23 Упутство, пар. I-1, 2.

24 Вид. Francesco Russo, Chinkel P. Maarten, Andrea Gunster, Martin Carree, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010, 318.

креирања неоправданих, па и неправедних критеријума, који могу бити тако профилисани и високо постављени да битно отежавају улазак нових учесника на тржиште, са једне, односно резултирају смањеном понудом и вишим трошковима за потрошаче са друге стране;²⁵ терцијално, успорава се економски напредак и добробит друштва.²⁶ Задатак је стога, неретко сложен, да правила о заштити конкуренције у домену деловања професионалних удружења проналазе поље примене у том међупростору.

III Утврђивање рестриктивног понашања професионалног удружења

Комисија за заштиту конкуренције РС је већ у првим годинама свога рада водила поступке у домену потенцијалног нарушавања конкуренције деловањем професионалног удружења.²⁷ Тако је утврђено постојање повреде конкуренције услед доношења рестриктивног споразума од стране Ветеринарске коморе Србије. Решење о ништавости односног акта донето је 2008. године. Случај је у другом чину подразумевао одређивање мере заштите конкуренције (2011. године). У оба сегмента било је укључено и секундарно, судско поступање у циљу заштите ефективне конкуренције. Специфичност предмета односи се и на измену легислативног оквира ступањем на снагу новог законског акта о заштити конкуренције 2009. године. Епилог из 2012. године отвориће питање односа материјално-правног и формално-правног аспекта правила и да ли њихово укрштено временско дејство може резултирати неприменом у ситуацији постојања најтежег облика повреде конкуренције.

Управни одбор Ветеринарске коморе Србије донео је 2008. године одлуку, обавезујућу за своје чланове, којом су утврђене минималне цене ветеринарских услуга. Повезаним унутрашњим регулаторним актима (Статут, Кодекс ветеринарско-медицинске етике и Дисциплинско-етички правилник) утврђене су санкције за чланове удружења који не поштују прописани режим цена у виду јавне опомене, новчане казне или привременог или трајног одузимања лиценце.

Комисија је поступак по службеној дужности за испитивање повреде конкуренције покренула на основу иницијативе корисника вете-

25 Упутство, пар. III, 4.

26 Закон, чл. 1.

27 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије (даље у тексту: Комисија) је конституисана 2006. године, а у претходној деценији је обављање послова у домену утврђивања постојања и предузимања мера против злоупотребе монополског и доминантног положаја на тржишту било у надлежности Антимонополске комисије у саставу Савезног министарства привреде и унутрашње трговине.

ринарских услуга који је сматрао да је донетим ценовником повређено његово право. Ветеринарска комора Србије се у свом изјашњењу на наводе закључка о покретању поступка позвала на непостојање пасивне легитимације са образложењем да обављање послова из домена ветерине потпада под делатност од општег интереса, што би консеквентно значило изузимање од примене прописа о заштити конкуренције.²⁸

Односна одлука професионалне организације ветеринара квалификована је као рестриктивни споразум – акт који за циљ или последицу има или може имати битно спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на релевантном тржишту пружања ветеринарских услуга на територији Републике Србије. Решењем је утврђена ништавост Ценовника минималних цена ветеринарских услуга, као одлуке управног одбора Ветеринарске коморе Србије.²⁹

Одлука удружења као вид рестриктивног споразума којим се непосредно опредељује доњи вредносни ниво цена услуга³⁰ представља један од најозбиљнијих облика именованог нарушавања ефективне конкуренције, а такви споразуми забрањени су *per se*. Закон предвиђа да су нарочито забрањени споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови куповине.³¹ Реч је, дакле, о правном акту који претпоставља директну и значајну повреду правила о заштити конкуренције у једном од основних појавних облика рестриктивног договора који се односи на ценовну политику субјеката који обављају истоврсну делатност. Унутрашњим актима струковног удружења члановима је, под претњом санкцијама, наложено да приликом пружања услуга не користе цене ниже од односном одлуком дефинисаног прага.

Правне последице оваквог вида рестриктивног акта удружења штетне су, без обзира на то да ли у смислу циља или последице, са више аспеката. Ефекти су пројектовани паралелно на: прво – кориснике услуга, односно потрошаче и друго – чланове удружења, односно даваоце услуга чија је слобода доношења пословних одлука, и то у домену битног елемента као што је утврђивање цене услуга, озбиљно ограничена. То даље отвара питање каузе чланства у струковном удружењу, у смислу колизије између иницијалне сврхе оснивања ветеринарске

28 Одредбе Закона о заштити конкуренције (2005) се не примењују на предузећа, привредна друштва и предузетнике који обављају делатност од општег интереса (чл. 4 ст. 2).

29 Решење Комисије за заштиту конкуренције РС бр. 4/0–01–293/08–11, *Службени гласник РС*, бр. 107/08, 2.

30 Вид. Ralph H. Folsom, Michael W. Gordon, John A. Spanogle, *International Business Transactions*, St. Paul – Minn, 2001, 606.

31 Закон о заштити конкуренције (2005), чл. 7 ст. 2.

коморе која се, између осталог, тиче и заштите професионалних интереса дипломираних ветеринара, очувања професионалне етике³² и наметања услова пословања члановима. У трећем кругу, односна рестриктивна одлука удружења штетна је са аспекта интереса пружалаца истоврсних или повезаних услуга који нису чланови, али јесу конкуренти, јер производи ефекте на релевантном тржишту. Најзад, последице нарушавања конкуренције услед рестриктивног договора рефлектују се и на општи интерес ометајући стварање предуслова за максимизацију друштвеног благостања.³³

Са друге стране стоји аргументација струковног удружења, профилисана у два основна сегмента: слободу креирања ценовне политике, као секундарне у односу на квалификацију предметне делатности као оне од општег интереса. Законом утврђена надлежност професионалног удружења доктора ветеринарске медицине односи се на предлагање цена ветеринарских услуга,³⁴ а у односном случају удружење је изашло из тих оквира и приступило утврђивању, за своје чланове обавезујућег, минималног износа цена. Међутим, становиште удружења било је да се односним актом заправо спречава нелојална конкуренција на тржишту и тиме штите интереси корисника ветеринарских услуга.

Специфичан је и аргументациони ланац којим удружење инклинира ка изузимању предметне делатности од примене правила о заштити конкуренције. Наиме, закон своју примену искључује у случајевима делатности привредних друштава и предузетника који обављају делатност од општег интереса.³⁵ Даље, Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса³⁶ као такву категорију наводи и заштиту, односно унапређење добара од општег интереса, у које спадају: воде, путеви (...) и дивљач. Најзад, Закон о ветерини за предмет има заштиту и унапређење добробити животиња, а с обзиром на то да дивљач потпада под генерички појам животиње, закључује се да ветеринарска делатност представља делатност од општег интереса. Остаје као потенцијално отворена карика организациона форма – реч је у односном случају о професионалном удружењу, а не индивидуалном или колективном привредном субјекту, али ту се *argumentum a contrario* утврђује да примена правила о заштити конкуренције у случају њене

32 Закон о ветеринарству, *Службени гласник РС*, бр. 91/05, 30/10, 93/12 и 17/19, чл. 37 ст. 1.

33 Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, 14.

34 Закон о ветеринарству, чл. 38 ст. 1.

35 Закон о заштити конкуренције (2005), чл. 4 ст. 2.

36 Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, *Службени гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05, чл. 2 ст. 1.

повреде од стране удружења учесника на тржишту претпоставља и њихово изузимање по основу обављања делатности од општег интереса.

Поступајући по тужби Ветеринарске коморе Србије, Управни суд је заузео став да односна одлука о минималним ценама услуга представља забрањени акт који за циљ или последицу има или може имати битно спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на релевантном тржишту пружања ветеринарских услуга на територији Републике Србије и да је као такав ништав. Односном пресудом из 2010. године је потврђено правилно утврђено чињенично стање и исправна примена материјалног права од стране Комисије.

IV Санкционисање рестриктивног понашања професионалног удружења

Учињена повреда конкуренције, утврђена правоснажном одлуком Комисије за заштиту конкуренције, консеквентно значи изрицање две категорије управних мера: мере заштите конкуренције, која представља новчану казну у вредности до 10% оствареног укупног годишњег прихода починиоца и мере отклањања повреде конкуренције која се даље јавља као мера понашања³⁷ и структурна мера.³⁸ За мере установљене према удружењу тржишних учесника одговорност је солидарно профилисана.³⁹

2011. године Комисија у поступку против Ветеринарске коморе Србије доноси решење којим одређује меру заштите конкуренције у виду плаћања одређеног новчаног износа у буџет Републике Србије због закључивања и извршавања забрањеног споразума⁴⁰ доношењем одлуке „Ценовник минималних цена ветеринарских услуга“. У управном спору, који је покренут ради поништаја односног решења Комисије, Ветеринарска комора тежиште аргументације помера са материјалног на формално-правни терен. Оспорава се правоваљаност изрицања мере заштите конкуренције по важећем закону за повреду утврђену прописом који му је претходио, с обзиром на то да закон за поступке који су раније започети предвиђа примену тада важећих прописа.⁴¹

37 Мере понашања јављају се у две поткатогије – као мере којима се прописује обавезујуће понашање или мере којима се налаже уздржавање од одређеног понашања.

38 Закон, чл. 57 ст. 1, чл. 59 ст. 1 и 3.

39 Закон, чл. 57 ст. 5.

40 Рок за одређивање мере заштите конкуренције је пет година од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе тржишног учесника. Закон, чл. 68 ст. 3.

41 Закон, чл. 74.

Пресудом Управног суда из 2011. године је потврђен правни став из решења Комисије о изрицању мере заштите конкуренције и закључено је да њиме није повређен закон на штету тужиоца. Суд је заузео став да, с обзиром на то да се мера заштите конкуренције може утврдити самостално или истовремено са мером отклањања повреде конкуренције, у овом случају је поступак самосталног одређивања мере заштите конкуренције покренут и окончан на основу важећег закона, сходно чему се приговор ретроактивности сматра неутемељеним.

Рестриктивним понашањем Ветеринарска комора, уместо да се стара о угледу професије и поштовању примене етичког кодекса ветеринарске струке, за чије је доношење иначе и надлежна, прелази на другу обалу и појављује се у улози онога ко директно крши етичка правила у погледу поштовања слободе креирања пословне политике својих чланова, у којој утврђивање цена услуга има централно место. Истовремено, професионално удружење у овој ситуацији злоупотребљава околност кумулације надлежности у погледу: издавања, продужавања и одузимања лиценце за обављање делатности, предлагања цена услуга и одлучивања о повредама етичког кодекса.⁴² Наиме, погрешном квалификацијом овлашћења које се односи на предлагање цена, које не може бити тумачено као право на утврђивање минималних цена услуга које су обавезујуће за све чланове, у овом случају се субјективитет професионалног удружења ставља изнад чланског и уз претњу санкцијом одузимања лиценце, која резултира немогућношћу обављања делатности, намеће се примена ценовне политике у смислу дефинисане доње вредности свим члановима, односно тржишним учесницима. Комора у свом поступању, међутим, иде и корак даље ка повреди императивних законских правила о заштити ефективне конкуренције у погледу забране рестриктивних споразума о ценама у домену деловања професионалних удружења.

Као олакшавајуће околности за учињену радњу доношења одлуке о утврђивању цена услуга на страни професионалног удружења могу се претпоставити три елемента. Прво, објективна околност односи се на чињеницу релативно кратког периода функционалног присуства органа који примарно поступа у случајевима повреде конкуренције (од 2006. године). Друго, реч је о понашању тржишног учесника који није привредни субјекат у ужем смислу речи и домаћа пословна и правна пракса још увек је недовољно развијена да би претпоставила постојање културе конкуренције, чак и у погледу основних видова недозвољеног рестриктивног понашања. Међутим, то не утиче на одговорност услед непознавања императивне законске норме о одговорности пословних

42 Закон о ветеринарству, чл. 38 ст. 1.

удружења за акте и радње којима се врше или се могу извршити повреде конкуренције.⁴³ Субјективни елемент ослања се на чињенице да је: прво, односна одлука донета на отвореној седници и под називом који садржи израз „минимална цена“ и друго – јавно објављена, допуштајући могућност да је удружење погрешно протумачило своје законско овлашћење да предлаже цене услуга прекорачујући га, а онда даље и употребивши на рестриктиван начин и не стављајући га у контекст правила о заштити конкуренције.

Квалификацији да је учињена озбиљна повреда ефективне конкуренције доношењем рестриктивне одлуке професионалног удружења, и из ње каузално изведеној санкцији у виду новчаног износа мере заштите конкуренције, не могу бити стављене битне супстанцијално-правне примедбе. Када је реч о квантитативном аспекту опредељене мере заштите конкуренције, поље за различита тумачења увек је екстензивније постављено. Вредносни распон мере је до десет процената од укупног годишњег прихода оствареног у претходној години на територији Републике Србије,⁴⁴ а у односном случају је исказано седам посто. Полазећи од законских критеријума за одређивање висине износа новчане обавезе услед повреде конкуренције: намере, тежине, последица и трајања повреде,⁴⁵ изречена је наведена мера узимајући у обзир карактер рестриктивног споразума који потпада под режим апсолутне забране, чије се одредбе односе на поступање 3.500 чланова професионалног удружења. Отежавајућа околност односи се на злоупотребу овлашћења Ветеринарске коморе у погледу претње одузимањем лиценце за рад члановима, као санкције за непримену односне одлуке. Чињеница да је Удружење покренуло три дисциплинска поступка против чланова који нису прихватили односни ценовник као обавезујући и примењивали га у свом раду, говори о изведеној повреди индивидуалних чланских права из недопуштеног рестриктивног споразумевања на нивоу правног субјективитета удружења. Озбиљност повреде конкуренције у виду рестриктивног договарања и у домену мере заштите конкуренције налаже креирање праксе која ће минимизирати број оваквих случајева у будућности.⁴⁶

У односном предмету епилог, међутим, неће отворати питања у домену супстанцијалних решења, већ примарно о самој примени (императивних) правила, а пре свега ретроактивној у циљу заштите конкуренције.

43 Закон о заштити конкуренције (2005) у чл. 4 ст. 1 тач. 3 изричито наводи „пословно удружење“ као могућег тржишног учесника.

44 Закон, чл. 68 ст. 1.

45 Закон, чл. 57 ст. 2.

46 Вид. Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2012, 816.

Наиме, Ветеринарска комора подноси Врховном касационом суду захтев за преиспитивање пресуде Управног суда услед недопуштене ретроактивне примене закона. Околност да је удружење закључило и извршило забрањени споразум доношењем одлуке којом се утврђују минималне цене ветеринарских услуга више није упитна ни за починиоца.

Пресудом Врховног касационог суда из 2012. године је преиначена пресуда Управног суда и поништено решење Комисије за заштиту конкуренције којим је одређена мера заштите конкуренције. Правило да се на поступке примењује пропис по коме су започети⁴⁷ прелама се на односни случај тако да мера заштите конкуренције не може бити изречена у иницијално предвиђеном року у измењеном законском амбијенту.

Наведени случај представља „ситуацију у току“ с обзиром на то да поступак није окончан и санкција изречена, и то поткатегорију која се односи на (не)поступање које се више пута процењује и о коме се, експлицитно или имплицитно, изнова одлучује у ком случају примену могу имати сада или претходно важећи прописи, зависно од времена наступања односне битне околности, односно чињенице.⁴⁸ Аргументација којом се оспорава становиште о недопуштеној ретроактивној примени прописа базирана је на следећим битним елементима: оба законска акта (из 2005. и 2009. године) предвиђају изрицање истоврсне, новчане казне, дајући једнообразне критеријуме за њено одређивање (остварени укупни годишњи приход у претходној обрачунској години), с тим да је претходни пропис квалификује као прекршај, а важећи као меру заштите конкуренције; прекршајни орган се огласио стварно ненадлежним;⁴⁹ примена важећег прописа је повољнија по учиниоца јер установљава нижи доњи вредносни праг санкције (до 10%, уместо од 1 до 10%) и не предвиђа казну за одговорно лице. Принцип да се на учињену повреду конкуренције има применити блажи пропис упориште има и у ставу Европског суда за људска права да поступци заштите конкуренције имају кривично-правни карактер,⁵⁰ превасходно с обзиром на природу повреде конкуренције и озбиљност предвиђене казне. Последњу карикату

47 Закон, чл. 74.

48 Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и других оштрих аката*, Београд, 1987, 161.

49 Без основа је и теза о повреди принципа *ne bis in idem* с обзиром на то да је реч о поступању два различита органа.

50 Тумачење чл. 6 тач. 1 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, доступно на адреси: chr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf, 28. 3. 2020, 9, дато је пресудом у предмету *Menarini Diagnostics S.R.L v. The Italian Republic*, No 43509/08 из 2011. године, доступно на адреси: dejure.org/Case law/ECHR, 09/27/2011-43509/08, 28. 3. 2020, 3.

представља домаћа уставна одредба о допуштености ретроактивне примене прописа само ако је блажа за учиниоца кривичног дела.⁵¹ Полазећи од права као надградње над чињеничном стварности, у чији интегритет су уграђена начела законитости,⁵² правичности и сигурности, теорија друштвеног интереса у материји ретроактивности би требало да у пуном капацитету уважава карактер тих принципа. То значи да околност промене прописа не може бити разлог за неокончање правног поступка у коме је повреда конкуренције неспорно утврђена. Стога, ситуација измене законодавног оквира у области права конкуренције претпоставља два битна елемента за разрешење: општи принцип о примени правила која су важила у тренутку настанка правне ситуације, а затим и на примену блажег прописа за изрицање санкције.

V Уместо закључка

Кауза струковног удруживања јесте размена ставова и информација од заједничког интереса чланова. Истовремено, таква активност носи латентну опасност повреде ефективне конкуренције из два битна разлога: реч је о субјектима који обављају истоврсну делатност и размена ставова лако прераста у договор или одлуку.

Антиконкурентијски ризик је у домену одлука удружења појачано и вишеструко изражен. Прво, реч је о групацији тржишних субјеката који су хоризонтално повезани сродношћу делатности које обављају. Друго, постоји позитивна претпоставка високог степена међусобног познавања битних елемената пословања који онда резултира препознавањем заједничког интереса за разменом података или чак усаглашеним деловањем како би се остварила рационализација пословања, односно профитни бенефит. Треће, сама кауза пословног удруживања претпоставља сарадњу и размену пословних података између чланица услед чега је линију раздвајања ка недозвољеном договору теже дефинисати него код других видова рестриктивног споразумевања. Четврто, доказивање повреде конкуренције може бити отежано иницијалним дуалитетом одлука удружења – размена података и договори између чланица иманентни су самој природи и сврси деловања удружења, а истовремено могу попримити облик и контекст рестриктивног споразума са конкурентијског аспекта. Пето, са интересног становишта учесника релевантног тржишта нарушавање конкуренције одлукама удружења, без обзира на то да ли се ради о општем или појединачном акту, јесте биполарно и производи унутрашње и спољне ефекте. Члановима се одлу-

51 Устав Републике Србије, чл. 197 ст. 3.

52 Лон Фулер, *Моралност права*, Београд, 2011, 67.

ком намећу одређене обавезе које значе ограничавање слободе професионалног деловања, док се истовремено утиче и на екстерну ефективну конкуренцију. Када је реч о повреди конкуренције креирањем правила од стране професионалних удружења која резултирају отежавањем или онемогућавањем уласка на односно тржиште, а имајући у виду легитимну активност у погледу очувања одређеног нивоа професионалних стандарда услуга, критеријуми који се прописују у погледу чланства требало би да буду превасходно квалитативне, а у што ужем сегменту квантитативне природе.

Полазећи од две премисе: прво, да се чланство у професионалном удружењу може јавити као нужан услов за обављање одређене професије и друго, да удружење располаже овлашћењем изрицања санкција за непоступање чланова по његовим одлукама, укључујући и необнављање или одузимање лиценце, изводи се закључак о кумулираном интересном потенцијалу и тржишној снази професионалног удружења.

У случају када удружење учесника на тржишту утврди, посредно или непосредно, цене производа или услуга својих чланова који иницијално стоје у конкурентском односу, дошло је до значајног ограничавања конкуренције у смислу постојања рестриктивног споразума. Иако је однос учесника на тржишту очуван као компетитиван у домену одређених других елемената пословања као тржишних параметара, извесно је да околност наметнутог коришћења једнообразних услова продаје или куповине битно, а неретко и пресудно, утиче на ограничавање ефективне конкуренције.

Поступање у домену утврђивања повреде конкуренције услед рестриктивног понашања унутар професионалног удружења захтева појачан степен пажње и (над)ангажовања поступајућег органа. Реч је о субјектима који обављају истоврсну делатност, а супротстављеност интереса им није иманентна – основна сврха чланства у удружењу управо јесте размена пословних искустава и усаглашено деловање зарад промоције и заштите струке. На који начин иницијално допуштена активност сарадње унутар професионалног удружења прераста у повреду ефективне конкуренције, и то у њеном најеклатантнијем виду рестриктивног хоризонталног споразумевања, утврђује се оценом циљног и последичног аспекта односног понашања.

За функционалну превенцију недозвољеног понашања у домену рестриктивног споразумевања унутар професионалних удружења од изузетне је важности претходно дефинисање појавних облика ризичног, односно недопуштеног понашања. Предвидивост је претпоставка правне сигурности, па је задатак права конкуренције да и у домену договора субјеката из исте пословне групације и чланова струковног удружења што мањи сегмент праксе препусти будућем дискреционом поступању

надлежних органа у случајевима утврђивања и санкционисања повреде ефективне конкуренције. То значи да би елементи договора, у виду критеријума или смерница у случајевима када их није могуће јасно дефинисати, односно одлуке унутар удружења који их чине неприхватљивим са аспекта права конкуренције, иако разумљивим са позиције пословног интереса (па и права), морали бити унапред дефинисани и познати тржишним учесницима.

У домену санкционисања, уз претпоставку постојања што јаснијих смерница у погледу превенције, мере заштите конкуренције је основано рестриктивно профилисати. Реч је, најпре, о хоризонтално повезаним субјектима. Друго, постоји висок степен опасности да повреда конкуренције кореспондира са значајним степеном учешћа актера на релевантном тржишту, с обзиром на неретко национални предзнак одређених професионалних удружења. Треће, минимизирање вероватноће истоврсних случајева у будућности захтева јасан став управно-судске праксе да рестриктивна одлука професионалног удружења представља озбиљан случај повреде компетитивног еквилибријума. С обзиром на то да конкуренција увек, а у случају професионалних удружења нарочито, отвара питање односа појединачног и општег, појединаца и система, њена заштита подразумева примену правила о поштовању слободе другог као претпоставке функционалног тржишног система.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, 11. издање, Београд, 2019.
- Вукадиновић Радован, *Право Европске уније*, Београд, 1995.
- Вукићевић Славољуб, *Привредно право*, Београд, 2011.
- Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, Oxford, 2012.
- Geradin Damien, Layne-Farrar Anne, Petit Nicolas, *EU Competition Law and Economics*, London, 2012.
- Ђуровић Радомир, Ђирић Александар, *Међународно привредно право – Ојшћи гео*, Ниш, 2005.
- Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Portland, 2010.
- Morse Geoffrey, *Company Law*, London, 1999.
- Перовић Слободан, *Рејроакћивносћ закона и друјих ојшћијих акајиа*, Београд, 1987.

Russo Francesco, Maarten Chinkel P, Gunster Andrea, Carree Martin, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010.

Folsom Ralph H, Gordon Michael W, Spanogle John A, *International Business Transactions*, St. Paul – Minn, 2001.

Фулер Лон, *Моралности права*, Београд, 2011.

Шогоров Стеван, *Монополистички сјоразуми у јујословенском праву*, Београд, 1989.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Political Science

DECISION OF PROFESSIONAL ASSOCIATION AS A FORM OF RESTRICTIVE AGREEMENT

Summary

The aim of this paper is to confirm the assumption about causal connection between cumulation of certain standard authorization of professional associations and an increase in anticompetitional risk. The main point of research is the infringement of competition by restrictive agreements between associations in respect of price policy. Through the analysis of a domestic case, administrative-law and judicial practices were considered through vital material-law elements of this kind of behaviour of association, with an estimation of aspects of determination of its illegal character. Analyses of various segments of professional association authorization overstepping, starting from proposals for determination of price frame, resulted in determination of interlinks between restrictive behaviour and harmful consequences of the same in respect of existing and potential members, competitors, consumers and a society as a whole. In conclusion of analyses the author points out the importance of predictability of criteria with the aim of prevention of illegal restrictive agreements within professional associations, on the one hand, and adjusted practice of punishments, on the other hand, as a road towards further improvement of competition culture in this field.

Starting from the assumptions: that membership in a professional association may appear as a condition precedent for carrying out of a certain business activity, as well as that association disposes with an authorization of punishment for non-acting of members in accordance with the association decisions, in the form of non-renewal or confiscation of a license – the author comes

to the conclusion about significant interest potential and a market power of a professional association. While danger of creation of an anticompetitional risk with business commercial association is defined in subject, risk with professional associations is mostly profiled in a subjective sense, having in mind qualifications and professional interlinking of their members.

Acting in domain of determination of infringement of competition due to restrictive behaviour within a professional association requires stronger level of attention and overhanging by acting of an associational body in order to qualify an agreement between members of an association as a non-allowed one. Having said this, the author considers subjects who carry out the same business activity, but conflict of interests is not immanent for them – the basic purpose of membership in an association is exchange of professional experience and adjusted acting with the aim of promotion and protection of their profession. Significant infringement of competition in the form of restrictive agreements, further in domain of competition protection, requires the creation of practice, which will minimize the possible cases of this kind of behaviour in the future.

Key words: *Professional Association. – Restrictive Agreement. – Service Prices Determination. – Anticompetitional Risk. – Measure of Competition Protection.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 15. 5. 2020.

UDK: 336.761/.763 ; 336.581:502.14

CERIF: S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002137S

др **Ранко СОВИЉ***

научни сарадник на Институту друштвених наука у Београду

ТРЖИШТЕ ЗЕЛЕНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ¹

Сажетак

Зелено финансирање представља област финансија која се позиционира између финансијској сектора, одрживој економској развоја и заштити животне средине. Имајући у виду да је ово релативно нови модел финансирања, који је још увек у ивоју, предмет рада је анализа тренутној стања зелених финансија, пре свега зелених хартија од вредности. Применом компаративној и нормативној метода у раду се анализира тржиште зелених хартија од вредности, посебно истичући значај тржишта зелених обвезница. У насавку рада указаће се на тренутно стање и перспективе развоја тржишта зелених обвезница у домаћем правном порећу. У закључку се указује на неопходности даљеј развоја тржишта зелених обвезница и усмеравања пословања финансијских институција у правцу креирања нових зелених производа и услуга.

Кључне речи: Зелене финансије. – Тржиште хартија од вредности. – Зелене хартије од вредности. – Зелене обвезнице. – Кај обвезнице. – Муниципалне обвезнице.

* Електронска адреса аутора: soviljpesca@gmail.com; rsovilj@idn.org.rs.

1 Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2020. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

I Увод

Зелено финансирање представља област финансија која се првенствено односи на област заштите животне средине пласирањем нових финансијских производа и услуга. Све израженија заинтересованост инвеститора допринела је развоју тржишта зелених хартија од вредности. Зелене хартије од вредности представљају финансијски механизам који је указао на то да тржишта капитала могу бити извор финансирања пројеката којима се решавају проблеми климатских промена. Основни циљ је пружање инвеститорима нових производа и услуга на тржишту капитала који задовољавају њихову потражњу и којима је обухваћен ризик улагања.² Истовремено, инвестирањем у зелене хартије од вредности, пре свега зелене обвезнице, прикупљају се средства којима се финансирају пројекти који имају за циљ заштиту животне средине, смањење емисије штетних гасова и истовремено се омогућава земљама да се прилагоде утицајима климатских промена.

Узимајући у обзир да је посреди релативно нова и недовољно истражена област финансирања, полазна основа за разматрање предметне теме јесте указивање на значај емисије зелених хартија од вредности која омогућава прикупљање средстава којима се финансирају пројекти који доприносе очувању животне средине. Полазећи од претпоставке да су зелене хартије од вредности драгоцено средство у борби против климатских промена и да би требало подстаћи развој одрживог тржишта зелених обвезница, у раду се критички сагледава регулаторни оквир примењив на зелене обвезнице. Најпре ћемо у раду одредити појам зелених финансија. У наставку рада дефинисаћемо шта су зелене обвезнице, указати на интересе емитената и инвеститора и дати преглед тренутног тржишта зелених обвезница. С обзиром на то да је ово питање недовољно обрађено на нашим просторима, пре свега са правног становишта, на крају рада указаћемо на регулаторни оквир тржишта зелених хартија од вредности у Републици Србији, као и на предности и могућности овог начина финансирања који би допринео свеукупном развоју домаће привреде.

II Појам и одређење зелених финансија

У свету не постоји општеприхваћена дефиниција која прецизно одређује појам зелених финансија. Штавише, не употребљава се само

2 Драгица Стојановић, „Зелене финансије – тренд који прати концепт одрживог економског развоја“, 9. *Међународни симпозијум о ујављању природним ресурсима* (ур. Драган Михајловић, Бојан Ђорђевић), Факултет за менаџмент Мегатренд Универзитета у Зајечару, Београд, 2019, 349.

појам „зелене финансије“, већ се користе и други слични термини указујући на све већи значај концепта зелених финансија. У том контексту, термин „зелене финансије“ у корелацији са зеленим (одрживим) растом може се објаснити помоћу концепта одрживих финансија, финансирања животне средине, финансирања смањења емисије штетних гасова и климатских промена.³

Концепт зелених финансија претпоставља имплементирање нових метода и технологија које имају за циљ креирање нових (зелених) финансијских производа и услуга које превасходно узимају у обзир заштиту животне средине, енергетску ефикасност, смањење емисије штетних гасова, рециклажу и очување биодиверзитета. Стога, зелене финансије се позиционирају у пресеку између финансијског сектора, заштите животне средине и одрживог економског развоја.⁴

„Зелени“ тренд, који је последњих година изузетно актуелан у свету, настао је из потребе да максимизирање профита не буде једини (приоритетни) циљ, већ да се паралелно са стицањем профита поведе рачуна о очувању животне средине и друштвено одговорном пословању финансијских институција. С тим у вези, политика зелених финансија подразумева преоријентисање са профита као примарног, ако не и јединог циља предузетих активности финансијских институција, ка циљевима који инкорпорирају одрживи развој, заштиту животне средине и друштвено одговорно пословање уз неизбежно остварење профита. Данас је изражен тренд глобалног финансирања одрживог развоја праћен експанзијом приватних токова капитала. Као глобални тренд, концепт зелених финансија промовисан је од стране међународних организација попут Уједињених нација, Светске банке, Светске трговинске организације и Г20. Улажу се велики напори у политици заштите животне средине на међународном нивоу у погледу увођења еколошких такси, еколошких надокнада и сл.⁵

Насупрот конвенционалним (традиционалним) финансијским инструментима, зелени финансијски инструменти истичу корист од еколошке заштите и усмерени су ка индустрији заштите животне средине. Сходно томе, концепт зелених финансија претпоставља низ регу-

3 Hee Jin Noh, Financial Strategy to Accelerate Green Growth, ADBI Working Paper Series, Nr. 866/2018, доступно на адреси: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/452656/adbi-wp866.pdf>, 5. 4. 2020, 3.

4 Слободан С. Ракић, Петар Д. Митић, Неда В. Распоповић, „Примена концепта „зеленог“ у финансијама и банкарству“, *Пословна економија*, бр. 1/2012, 168.

5 Драгица Стојановић, Гордана Ђукић, „Зелено финансирање на међународном нивоу – поређење Србије и Сингапура“, 9. *Међународни симпозијум о ујављању ириродним ресурсима* (ур. Драган Михајловић, Бојан Ђорђевић), Факултет за менаџмент Мегатренд Универзитета у Зајечару, Београд, 2019, 327.

латорних мера и политика, институционалних аранжмана, као и адекватну финансијску инфраструктуру која путем кредитирања, сакупљања приватног капитала, емисијом зелених обвезница, емисијом других финансијских инструмената и трговином на секундарном тржишту капитала прикупља средства која се усмеравају ка еколошки прихватљивим пројектима и активностима.⁶

Тренд „озелењавања“ финансијског сектора све више узима маха, како у развијеним тржишним економијама, тако и у земљама у развоју. Кључни актери који иницирају развој зеленог финансирања су банке, институционални инвеститори, инвестициони фондови, осигуравајућа друштва, међународне финансијске институције, централне емисионе банке, као и национални регулатори на тржишту капитала.⁷ Данас се многобројна финансијска средства, попут зелених кредитних линија, зелених обвезница и других зелених хартија од вредности, користе као инструменти зелених финансија, о чему ће бити више речи у наставку рада.

III Тржиште зелених хартија од вредности – регулаторни оквир

Као што је претходно истакнуто, зелене хартије од вредности подржавају финансирање активности и пројеката који имају за циљ очување животне средине. Управо у томе се огледа њихова специфичност у односу на традиционалне хартије од вредности, с обзиром на то да је емитент зелених хартија од вредности дужан да прикупљена средства усмери на финансирање пројеката који имају позитиван утицај на заштиту животне средине. То недвосмислено указује на обавезу емитента да се прикупљена средства користе за финансирање зелених пројеката или пословних активности. Како истиче Heidi Vella, прикупљена средства могу се усмерити на: енергетску ефикасност (укључујући изградњу енергетски ефикасних зграда); одрживо управљање отпадом; одрживо коришћење земљишта (одржива пољопривреда и шумарство); одрживо управљање водама; очување биодиверзитета; чист транспорт и прилагођавање климатским променама.⁸ Највеће учешће на тржишту зелених хартија од вредности има зелена обвезница, те ће се наведени термин употребљавати у наставку рада.

6 Yao Wang, Qiang Zhi, „The Role of Green Finance in Environmental Protection: Two Aspects of Market Mechanism and Policies“, *Energy Procedia*, Nr. 104/2016, 311–312.

7 Д. Стојановић, 350.

8 Д. Стојановић, 353. Цитирано према: Heidi Vella, „Global Green Bond Partnership: reinvigorating energy investment“, доступно на адреси: <http://www.power-technology.com/features/global-green-bond-partnership/>, 3. 4. 2020, 1.

Развој тржишта зелених обвезница текао је узлазном путањом иако није постојао регулаторни оквир за зелене обвезнице на међународном нивоу. Прву серију зелених обвезница емитовала је Европска инвестициона банка (*European Investment Bank – EIB*) током 2007. године. Све до 2013. године тржиштем зелених обвезница доминирале су међународне агенције и међународне развојне банке попут Светске банке, Афричке развојне банке и Међународне финансијске корпорације (*International Finance Corporation – IFC*). Као резултат повећане ликвидности у сектору, у развијеним земљама су током 2013. године велике мултинационалне компаније, попут *Apple*, *Engie* и *Toyote*, емитовале зелене обвезнице. У датом периоду, велику већину емисија зелених обвезница спровеле су банке с циљем прикупљања капитала који би био усмерен на финансирање зелених пројеката.⁹ Даљем развоју тржишта зелених обвезница допринело је увођење Међународне асоцијације тржишта капитала (*International Capital Market Association – ICMA*) јануара 2014. године и усвајање Принципа зелених обвезница.

Током 2015. године долази до експанзије тржишта зелених обвезница. Оквирна конвенција Уједињених нација о климатским променама подржала је Климатски споразум из Париза чији је циљ јачање глобалног одговора на претњу климатским променама у контексту одрживог развоја и смањења стопе сиромаштва.¹⁰ С тим у вези, државе чланице обавезују се да обезбеде да се јавни и приватни финансијски токови користе сходно препорученим стандардима о одрживом климатском развоју. То је допринело даљем развоју тржишта зелених обвезница; кинески емитенти су ушли на тржиште, почело се са емитовањем државних и муниципалних обвезница.¹¹ Већина зелених обвезница котирана је на берзама широм света: на Лондонској ефектној берзи, на берзама у Луксембургу, Стокхолму, Ослу и Мексику.¹² Према подацима

9 Alex Ross, *Green Bonds: Securities Regulation Towards a Low-carbon Economy*, Victoria University of Wellington Faculty of Law, 2018, 12.

10 Оквирна конвенција Уједињених нација о климатским променама (*United Nations Framework Convention on Climate Change*), 1992, доступно на адреси: https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf, б. 4. 2020; Извештај са конференције у Паризу (*Report of the Conference of the Paris on its twenty-first session*), Paris, 30 November to 13 December 2015, доступно на адреси: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>, б. 4. 2020, annex 1, чл. 2.

11 Број држава које су емитовале зелене обвезнице порастао је на 37, док је Француска постала лидер на тржишту зелених обвезница. Зелене обвезнице које су емитовале Француска, САД и Кина чине чак 56% тржишта зелених обвезница. Упркос томе, тржиште зелених обвезница је и даље мало у поређењу са глобалним тржиштем традиционалних обвезница. Д. Стојановић, 354.

12 A. Ross, 13.

Организације за економску сарадњу и развој (*Organization for Economic Co-operation and Development – OECD*), приходи прикупљени од емисије зелених обвезница у 2015. години распоређени су на следећи начин: 46% прикупљених средстава усмерено је ка обновљивим изворима енергије; 20% на пројекте енергетске ефикасности; 13% на пројекте усмерене на смањење емисије штетних гасова; 9% на пројекте управљања водама; 6% на управљање отпадом; 4% на прилагођавање климатским променама; 2% на одрживо коришћење земљишта (пољопривреда и шумарство).¹³

Многи инвеститори на тржишту зелених обвезница су потписници Принципа одговорног финансирања или чланови Групе институционалних инвеститора за климатске промене. У међувремену, зелене обвезнице постале су главни финансијски инструмент на тржишту зелених хартија од вредности. Иако се тржиште зелених обвезница убрзано развило у односу на 2007. годину, у 2016. години чинило је само 1,6% светског тржишта обвезница. Испоставило се да годишње емисије зелених обвезница нису довољне да задовоље потражњу инвеститора, те су многе емисије зелених обвезница претплаћене. Управо висока емисиона цена зелених обвезница, као и податак да су поједини инвеститори куповали и држали у свом портфељу зелене обвезнице, резултирало је незадовољством осталих институционалних инвеститора и ниском ликвидношћу на тржишту зелених обвезница.¹⁴

Упркос експанзивном расту тржишта зелених хартија од вредности претходних година и даље не постоје јединствена правила којима се регулише њихова емисија и промет на међународном тржишту капитала. У недостатку регулаторног оквира, берзе и агенције за кредитни рејтинг имале су пресудну улогу у регулисању трговине зелених хартија од вредности и обезбеђивању несметаног пословања међународног тржишта капитала.¹⁵ Регулаторни оквири у већини развијених земаља, укључујући државе Европске уније и САД, не праве дистинкцију између зелених и традиционалних обвезница. Као резултат тога, захтеви који се односе на упис хартија од вредности, објављивање понуде, проспекта и укључивање на тржиште, важе за све врсте дужничких хартија од вредности.¹⁶ То нам имплицитно указује на то да се правила која се односе на традиционалне обвезнице примењују и на зелене обвезнице. С друге стране, Кина и Индија су једине земље које су усвојиле посебне прописе којима се регулише емисија зелених обвезница и њихово укључивање на

13 Organization for Economic Cooperation and Development, *Green Finance and Investment: Mobilising Bond Markets for a Low-Carbon Transition*, OECD Publishing, 2017, 24.

14 A. Ross, 13.

15 *Ibid.*, 14.

16 *Ibid.*, 15.

секундарно тржиште. У недостатку јединствених међународних и националних прописа приступило се регулисању правног оквира зелених обвезница од стране берзи, осигуравајућих друштава и кредитних рејтинг агенција. Међутим, прописи које су усвојиле наведене институције нису правно обавезујући, те их емитент може добровољно прихватити приликом емисије зелених обвезница.¹⁷

У циљу ублажавања забринутости услед раширености „зеленог прања (*greenwashing*)“¹⁸ и превара инвеститора на тржишту зелених хартија од вредности, креиране су мере саморегулације, укључујући смернице, препоруке, водиче и стандарде добре праксе. На глобалном нивоу, најраспрострањенији су Принципи зелених обвезница и Стандарди за климатске обвезнице. Принципе зелених обвезница (*Green Bond Principles – GBP*) донела је Међународна асоцијација за тржиште капитала (финансијска институција фокусирана на регулаторна и тржишна питања) у циљу повећања транспарентности, објављивања информација и извештавања на тржишту зелених обвезница. Принципи представљају скуп смерница којима се уређују поступци на добровољној основи и осликавају најбољу праксу зелених обвезница.¹⁹ Стандарде за климатске обвезнице (*Climate Bonds Standards – CBS*) креирала је Иницијатива за климатске обвезнице (*Climate Bonds Initiative – CBI*) у циљу мобилизације капитала у борби против климатских промена.²⁰

1. Појам и обележја зелених обвезница

Зелена обвезница (*Green Bond*) је интегрална компонента зелених финансија и један од најперспективнијих начина помоћу којег се капитал приватног сектора може активирати у борби против климатских промена. Термин зелена обвезница спомиње се 1949. године и користи се у индустрији за прераду чистог облика бентонита названог „Federal Green Bond“ за који се сматрало да је саставни део процеса топљења.

17 *Ibid.*, 19.

18 *Greenwashing* представља концепт у коме организације покушавају да помоћу „зелених“ PR и маркетинг активности промовишу своју организацију као еколошки свесну и друштвено одговорну, а да при том она то није. Слободан Ракић, Петар Митић, *Green Banking – Green Financial Products with Special Emphasis on Retail Banking Products*, Vydavatelstvo Prešovskej University, Presov, 2012, 56.

19 Принципи зелених обвезница Међународне асоцијације за тржиште капитала (*International Capital Markets Association, Green Bond Principles – Voluntary Process Guidelines for Issuing Green Bonds*), ICMA publishing, June 2018, 2.

20 Стандарди за климатске обвезнице Иницијативе за климатске обвезнице, (*Climate Bonds Initiative, Climate Bonds Standards*), Version 2.1, Climate Bonds Initiative Publishing, 2017.

Финансијски сектор присвојио је термин зелена обвезница 2007. године за описивање хартије од вредности са фиксним дохотком чији су приходи од емисије усмерени у еколошки прихватљиве пројекте и активности. Као што смо већ навели, иако их првобитно емитују међународне мултилатералне институције, корпоративне и државне обвезнице које су се појавиле у наредном периоду подстакле су огроман раст у финансијском сектору – годишња емисија зелених обвезница порасла је са четири милијарде долара у 2010. години на више од 150 милијарди долара у 2017. години.²¹

Дефиниција зелене обвезнице, која је начелно општеприхваћена, одређује зелену обвезницу као традиционалну (конвенционалну) обвезницу чији су приходи од емисије намењени пројектима који: 1) помажу заједници да се прилагоди ефектима климатских промена и/или 2) генеришу позитивне еколошке користи. Наведена дефиниција недвосмислено укључује обвезнице чији приходи ће ублажити последице климатских промена. Такође, екстензивним тумачењем ове дефиниције закључујемо да она обухвата обвезнице чији ће приходи финансирати активности и пројекте заштите животне средине који нису блиско повезани са климатским променама, попут унапређења биодиверзитета и третмана воде. С друге стране, Програм Уједињених нација за развој (*United Nations Development Programme – UNDP*) одређује зелене обвезнице као конвенционалне обвезнице чији ће се приходи уложити у пројекте који доносе корист у очувању животне средине. Заправо, истиче се да се једина разлика између зелених обвезница и традиционалних обвезница огледа у томе што се приходи од емисије инвестирају у пројекте који доприносе очувању животне средине.²² Дефиниција УНДП не препознаје прилагођавање као интегрални део постигнутог међународног договора о климатским променама. Када се схвати важност ове примедбе, сасвим је оправдано дефиницијом зелених обвезница обухватити и оне обвезнице чији приходи ће омогућити корист међународној заједници у борби против климатских промена.²³ Ову дефиницију подржава и Иницијатива за климатске обвезнице (*Climate Bonds Initiative – CBI*), као водећи лидер у примени најбоље праксе зелених обвезница, наводећи да се приходима од зелених обвезница могу финансирати пројекти одрживог климатског развоја. Препорука свим инвеститорима, државама и другим учесницима је да инвестирају у пројекте смањења емисије штетних гасова и отклањању последица кли-

21 A. Ross, 6.

22 United Nations Development Programme, „Green Bonds“ – UNDP „Green Bonds“, UNDP Publishing, 2016, доступно на адреси: <https://www.undp.org/content/dam/sdfinance/doc/green-bonds>, 6. 4. 2020, 1.

23 A. Ross, 8.

матских промена.²⁴ На том становишту је и Светска банка која подржава пројекте одрживог развоја. Зелени пројекти Светске банке усмерени су на смањење сиромаштва и унапређење локалних привреда. Нарочита пажња поклања се последицама климатских промена које непосредно погађају земље у развоју.²⁵

Флексибилност структурирања обвезница резултирала је настанком неколико врста зелених обвезница. Иницијатива за климатске обвезнице идентификовала је четири врсте обвезница: зелена употреба прихода од обвезница, зелена нерегресна обвезница, зелена пројектна обвезница и зелена секјуритизована обвезница.²⁶ Најновија врста зелених обвезница је *green sukuk*, односно зелена обвезница која је угодљена стандардима исламских финансија.²⁷ С обзиром на то да су карактеристике које их међусобно разликују искључиво финансијске природе, у раду су све зелене обвезнице третиране истоветно.

2. Остале врсте зелених хартија од вредности

Осим зелених обвезница постоји велики број зелених хартија од вредности креираних за посебне намене. Пример таквих обвезница је шумска обвезница (*Forest Bond*) емитована у циљу финансирања реконструкције Панамског канала како би се уклонили и ублажили проблеми транспорта каналом. У оквиру пројекта *Beyond Timber* извршена је емисија обвезница са роком доспелости од 25 година. Инвеститори у ове обвезнице су стејкхолдери који иначе користе овај водени пут.²⁸

24 Стандарди за климатске обвезнице Иницијативе за климатске обвезнице, 2.

25 Прва емисија зелених обвезница Светске банке из новембра 2010. године дистрибуирана је само у Сједињеним Америчким Државама. Циљ емисије био је прикупљање средстава од инвеститора који очекују фиксни повраћај на своја улагања. Светска банка је у виду зајмова прикупљеним средствима финансирала пројекте усмерене на ублажавање климатских промена. Вид. Мила Јанчетовић, Радица Јовановић, Јана Цвијић, „Стратегија комуникације банака и осигуравајућих компанија за одрживи развој“, *Моћ комуникације 2012* (ур. Зорка Грандов, Марко Лакета, Санел Јакуповић), Паневропски универзитет Апеирон у Бањој Луци, Бања Лука, 2012, 61.

26 UNDP „Green Bonds“, 1.

27 United Nations Development Programme, *Green Bond/Green Sukuk Service Lines*, UNDP Indonesia, 2017, доступно на адреси: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/Financial%20Institutions/UNDP_IFIs_Green%20BondGreen%20Sukuk%20Service%20Lines_.pdf, 6. 4. 2020, 10.

28 Слободан Ракић, *Испитивање уједињавања груптивно одговорног пословања на профитабилној банка у Европској унији*, докторска дисертација, Факултет пословне економије Универзитета Едуконс у Сремској Каменици, Сремска Каменица, 2016, 102.

Добар пример иновативног приступа тржишту капитала су „кат обвезнице“ (CAT) или обвезнице катастрофе, креиране због климатских промена. У питању је релативно нов финансијски инструмент потенцијално високог приноса и високог ризика који је углавном повезан са осигурањем. Заправо, обвезнице катастрофе представљају дужничке хартије од вредности које су прилагођене реосигурању у циљу преношења ризика услед реализације катастрофалних штета изазваних климатским променама. Циљ емисије кат обвезница јесте прикупљање средстава у случају наступања природних катастрофа попут земљотреса, урагана, олујних ветрова, цунамија и сл. Најчешћи емитенти обвезница катастрофе су осигуравајућа друштва, али и државне агенције и велике инвестиционе компаније попут *Merrill Lynch*.²⁹ Кат обвезнице емитоване су у процесу секјуритизације катастрофалних ризика највећих финансијских институција попут *BNP Paribas*, *Goldman Sachs*, *Lehman Brothers*.³⁰ Наиме, кат обвезнице представљају резултат поступка секјуритизације којим се ризик осигурања преноси у ликвидни финансијски инструмент којим се тргује на секундарном тржишту капитала. Кат обвезнице омогућују спонзору (осигуравајућа и реосигуравајућа друштва, компаније) да у моменту наступања предвиђеног катастрофалног догађаја не изврши своју обавезу. У том случају, уколико се реализује осигурани случај, инвеститори који су уложили у ове обвезнице могу изгубити припадајућу камату и главницу. Међутим, ако се унапред одређени штетни догађај, по основу кога је обвезница емитована, не догоди у том случају ће инвеститори осим главнице добити и припадајућу камату која је истоветна камати на неризична улагања увећаној за премију за преузети ризик. На основу изложеног, закључује се да кат обвезнице имају обележја тзв. *junk bonds*, односно високоризичних обвезница.³¹

Прве кат обвезнице емитоване су 1992. године након урагана Ендрју, да би потом развој ових обвезница узео маха 1997. године. Додатном развоју кат обвезница допринели су измењени модели процењивања ризика, као и строжи захтеви регулаторних органа и кредитних рејтинг агенција у погледу расположивог капитала. С обзиром на то да су тржишту осигурања недостајала средства за прихватање ризика, а да су тржишту капитала недостајале хартије од вредности којима би се унапредиле перформансе инвестиционих портфеља, до-

29 Марија Тасић, Правни аспекти издавања и конверзије заменљивих обвезница, доступно на адреси: http://www.tasiclaw.com/fajlovi/procedura_za_izdavanje_zamenljivih_obveznica.pdf, 10. 4. 2020, 3.

30 С. Ракић, 102.

31 Владимир Његомир, „Улога тржишта капитала у управљању ризиком осигурања“, *Индустрија*, бр. 4/2008, 103.

лази до убрзаног развоја кат обвезница.³² Као предност кат обвезница истиче се изузеће од опорезивања прихода ових обвезница, што би додатно поспешило развој тржишта кат обвезница. Тиме се омогућава осигуравајућим друштвима приступ средствима на тржишту капитала, што консеквентно доводи до повећаних финансијских могућности осигуравача у пружању осигуравајућих покрића за ризике изазване природним непогодама.³³ Најчешћи инвеститори у кат обвезнице су институционални инвеститори, пензиони фондови и хеџ фондови.

Поједини аутори наводе да је тржиште кат обвезница изузетно атрактивно и перспективно за инвеститоре из разлога што кат обвезница није у корелацији са остатком финансијског тржишта, односно прецизније, са кретањима на тржишту власничких вредносних папира, кредитним ризиком и ризиком каматне стопе. У међувремену, осигуравајућа друштва раде на креирању нових модела кат обвезница којима би се покрили нови типови ризика, попут *cyber* напада и ризика од тероризма.³⁴

IV Тржиште зелених хартија од вредности у Србији – стање и перспективе

Закон о тржишту капитала не препознаје зелене хартије од вредности као именоване хартије. Међутим, то не значи да је емисија и трговина ових хартија од вредности забрањена. Наиме, закон даје право на стицање и продају таквих преносивих хартија од вредности по основу којих се може обављати плаћање у новцу, а чији се износ утврђује на основу преносиве хартије од вредности, валуте, каматне стопе, приноса, индекса или других одређених вредности.³⁵ С обзиром на то да закон није усвојио принцип *nuncius clausus*, издаваоцима је допуштено да емитују, поред већ постојећих именованих хартија од вредности, и нове хартије од вредности које нису прописима именоване и уређене. У том случају, да би се одобрио поступак емисије нових хартија од вредности, емитент је обавезан да прибави претходну сагласност органа званичног надзора на тржишту капитала – Комисије за хартије од вредности.³⁶

32 Владимир Његомир, „Управљање ризиком у осигурању емисијом обвезница за катастрофалне штете“, *Економска мисао*, бр. 3–4/2006, 186.

33 В. Његомир (2006), 187.

34 Емира Козаревић, Харис Мујић, „Финансирање катастрофалних ризика САТ обвезницама“, *Банке и бизнис*, јул/август 2019, 59.

35 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016 и 9/2020, чл. 2 ст. 2 тач. 3.

36 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 425.

Комисија ће издати сагласност емитенту за емисију нове врсте хартије од вредности када констатује да су испуњени законом прописани услови у погледу постојања издаваоца, законитости његовог пословања, преносивости хартија, садржине хартија, уједначености и масовности, као и обавештености и заштићености инвеститора. С обзиром на то да на тржишту зелених хартија од вредности доминирају зелене обвезнице које представљају дужничке хартије од вредности,³⁷ емитент може одлуком о емисији самостално да уреди садржину обавезе према имаоцима (инвеститорима) и да им одреди име.³⁸

Да би се у Републици Србији успешно спровела емисија зелених хартија од вредности, неопходни су стабилни и значајни извори финансијских средстава који се једино могу обезбедити емисијом зелених муниципалних обвезница. Међутим, тренутна средства прикупљена из буџета јединица локалних самоуправа, донација, помоћи међународних организација и банака, као и средстава Фонда за заштиту животне средине, нису довољна за реализацију зелених пројеката. На основу извештаја Зеленог фонда, основаног при Министарству за заштиту животне средине 2016. године, у Србији се издваја 10 пута мање буџетских средстава наспрам Европске уније.³⁹ У циљу реализације зелених активности и пројеката, неопходно је издвајање већих средстава на нивоу јединица локалне самоуправе истовремено са унапређењем ефикасности рада органа јединица локалних самоуправа, те контролисањем трошења буџетских средстава за заштиту животне средине и обновљивих извора енергије.

Тржиште муниципалних обвезница у Србији је релативно скромно и неразвијено, и тренутно се налази у почетној фази. До сада су само четири локалне самоуправе (градови Нови Сад, Панчево, Шабац и општина Стара Пазова) спровеле емисије муниципалних обвезница чија су средства намењена финансирању локалних инфраструктурних пројеката, с тим да није било трговине на секундарном тржишту капитала.⁴⁰ Емитоване обвезнице немају карактеристике зелених обвез-

37 Дужничке хартије од вредности, односно обвезнице могу емитовати само правна лица тј. привредна друштва (акционарско друштво или друштво са ограниченом одговорношћу) и држава. Најчешће их емитује држава, али и региони и јединице локалне самоуправе (градови и општине), те сходно томе разликујемо државне обвезнице и муниципалне обвезнице. Корпоративне обвезнице су обвезнице које су емитовала привредна друштва.

38 Н. Јовановић, 426.

39 Biljana Ilić, Dragica Stojanović, Gordana Đukić, „Green Economy: Mobilization of International Capital for Financing Projects of Renewable Energy Sources“, *Green Finance*, Vol. 1, Nr. 2/2019, 105.

40 Гордана Бејатовић, Горан Селак, „Задуживање јединица локалне самоуправе на финансијском тржишту – бенефити емитовања муниципалних обвезница“, *Право – теорија и пракса*, бр. 1–3/2016, 24.

ница будући да средства нису намењена одрживом зеленом развоју. Имајући у виду да је емисија муниципалних обвезница изазвала велико интересовање инвеститора, у перспективи би требало размишљати о емисији зелених муниципалних обвезница с обзиром на значај који би имала прикупљена средства за локалну заједницу. Додатна погодност за инвеститоре у зелене обвезнице су пореске олакшице с обзиром на то да се не плаћа порез на приходе од капитала на камату по основу дужничких хартија од вредности.⁴¹ У теорији се наводе и друге предности инвестирања у зелене муниципалне обвезнице, попут више каматне стопе у односу на каматне стопе државних обвезница или каматне стопе на депозитне улоге у банци, предвидив ток исплате камате, транспарентност емисије и могућност осигурања. С друге стране, муниципалне обвезнице су повољне и за емитенте из више разлога: задуживање по нижој каматној стопи у односу на алтернативне видове задуживања (нпр. банкарски кредити), привлачење ширег круга потенцијалних инвеститора и могућност превременог откупа обвезница.⁴² Како би се привукли инвеститори да улажу у зелене муниципалне обвезнице, потребно је радити на подизању кредибилитета локалних самоуправа. Оцена кредитног рејтинга емитента (јединице локалне самоуправе) једна је од посредно значајних мера успешне емисије муниципалних обвезница.⁴³ Финансирање активности и пројеката за очување животне средине и обновљиве изворе енергије могуће је спровести само у развијеним локалним самоуправама, будући да је низак ризик у случају неиспуњења обавезе од стране емитента, односно јединице локалне самоуправе.⁴⁴

Имајући у виду неразвијеност тржишта капитала, непостојање професионалног кадра, сложеност процедура и постојећи законски оквир, препоручује се ангажовање финансијског саветника као стручног лица у поступку емисије зелених обвезница. С обзиром на недовољне финансијске капацитете локалних самоуправа, од суштинског значаја је проактивно деловање Владе у циљу обезбеђивања већих средстава Комисији за хартије од вредности, Централном регистру хартија

41 Александар С. Мојашевић, Љубица Николић, „Тржиште обвезница јавног сектора у Србији: стање и перспективе развоја“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 71/2015, 229.

42 А. С. Мојашевић, Љ. Николић, 230.

43 Поступак емитовања зелених муниципалних обвезница је управноправни поступак који подразумева достављање свих релевантних финансијских података у вези са емитентом обвезница садржаних у проспекту емисије обвезница. Искуства развијених тржишта зелених муниципалних обвезница у свету указала су на то да транспарентност емисије ових обвезница значајно утиче на побољшање кредитног рејтинга емитента. Г. Бејатовић, Г. Селак, 29–31.

44 Д. Стојановић, Г. Ђукић, 332.

од вредности и Београдској берзи за реализацију зелених пројеката финансијским инструментима. У том контексту, потребно је спровести измене постојећих законских прописа и стратешких докумената. Даље, слабије развијеним локалним самоуправама потребно је пружити већу финансијску подршку од стране Зеленог фонда како би се створили услови за емисију зелених муниципалних обвезница и развијање тржишта капитала. Додатна сметња емисији зелених обвезница у локалним самоуправама јесте непостојање дигиталне и информационе подршке за интернет комуникацију и пословање са инвеститорима путем *web* портала.⁴⁵

V Закључак

У свету се уочава позитиван тренд раста зелених обвезница од њихове прве емисије 2007. године до данас будући да се тржиште зелених обвезница све више диверсификује са учешћем нових емитената и новим географским подручјима. Међутим, посматрано у односу на тржиште традиционалних обвезница, тржиште зелених обвезница је и даље мало, односно недовољно развијено. Иако су емисије зелених хартија од вредности у претходном периоду расле експоненцијално брзо, како по обиму, тако и по вредности, њихово учешће на светском тржишту капитала је и даље занемарљиво. Емисије зелених обвезница од стране држава, региона и општина (муниципалне обвезнице) требало би да допринесу убрзаном расту тржишта с обзиром на то да оне не представљају додатни ризик за инвеститоре. Додатни мотив инвестирања у зелене обвезнице је виша каматна стопа у односу на каматне стопе државних обвезница или каматне стопе на депозитне улоге у банци, чиме се настоји обезбедити инвеститорима већа профитабилност, ликвидност и стабилност.

Као што смо у раду истакли, не постоје јединствена правила којима се регулише тржиште зелених хартија од вредности. Како би се омогућио даљи развој тржишта зелених хартија од вредности, односно повезивање регионалног и глобалног тржишта, неопходно је усвајање међународних прописа у циљу хармонизације правила којима се регулише ово тржиште.

С обзиром на то да је Република Србија отпочела приступне преговоре са ЕУ, једно од поглавља односи се на заштиту животне средине (поглавље 27) и трансформацију економије и финансијског сектора. Ово је прилика да креатори јавних политика и појединачне финансијске институције примене концепт зелених финансија у остваривању циљева

⁴⁵ *Ibid.*

одрживог економског развоја. Надамо се да ће примере појединих локалних самоуправа које су у претходном периоду емитовале муниципалне обвезнице следити и друге локалне самоуправе у Србији, пре свега емисијом зелених муниципалних обвезница, препознајући све предности овог облика финансирања. На тај начин, допринело би се развоју домаћег тржишта дужничких хартија од вредности на којем би поред државних обвезница, које су тренутно доминантне, у већој мери биле заступљене и зелене обвезнице.

Коришћена литература

- Бејатовић Гордана, Селак Горан, „Задуживање јединица локалне самоуправе на финансијском тржишту – бенефити емитовања муниципалних обвезница“, *Право – теорија и пракса*, бр. 1–3/2016.
- Wang Yao, Zhi Qiang, „The Role of Green Finance in Environmental Protection: Two Aspects of Market Mechanism and Policies“, *Energy Procedia*, Nr. 104/2016.
- Vella Heidi, „Global Green Bond Partnership: reinvigorating energy investment“, доступно на адреси: <http://www.power-technology.com/features/global-green-bond-partnership/>, 3. 4. 2020.
- Ilić Biljana, Stojanović Dragica, Đukić Gordana, „Green Economy: Mobilization of International Capital for Financing Projects of Renewable Energy Sources“, *Green Finance*, Vol. 1, Nr. 2/2019.
- Јанчетовић Мила, Јовановић Радица, Цвијић Јана, „Стратегија комуникације банака и осигуравајућих компанија за одрживи развој“, *Моћ комуникације 2012* (ур. Зорка Грандов, Марко Лакета, Санел Јакуповић), Паневропски универзитет Алеирон у Бањој Луци, Бања Лука, 2012.
- Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Козаревић Емира, Мујић Харис, „Финансирање катастрофалних ризика САТ обвезницама“, *Банке и бизнис*, јул/август 2019.
- Мојашевић Александар С., Николић Љубица, „Тржиште обвезница јавног сектора у Србији: стање и перспективе развоја“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 71/2015.
- Noh Hee Jin, Financial Strategy to Accelerate Green Growth, ADBI Working Paper Series, Nr. 866/2018, доступно на адреси: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/452656/adbi-wp866.pdf>, 5. 4. 2020.
- Његомир Владимир, „Улога тржишта капитала у управљању ризиком осигурања“, *Индустрија*, бр. 4/2008.

- Његомир Владимир, „Управљање ризиком у осигурању емисијом обвезница за катастрофалне штете“, *Економска мисао*, бр. 3–4/2006.
- Ракић Слободан, *Испитивање ушлицаја друштвено одговорној пословања на профитабилности банака у Евројској унији*, докторска дисертација, Факултет пословне економије Универзитета Едуконс у Сремској Каменици, Сремска Каменица, 2016.
- Ракић Слободан, Митић Петар, *Green Banking – Green Financial Products with Special Emphasis on Retail Banking Products*, Vydavateľstvo Prešovskej University, Presov, 2012.
- Ракић Слободан, Митић Петар, Распоповић Неда, „Примена концепта „зеленог“ у финансијама и банкарству“, *Пословна економија*, бр. 1/2012.
- Ross Alex, *Green Bonds: Securities Regulation Towards a Low-carbon Economy*, Victoria University of Wellington Faculty of Law, 2018.
- Стојановић Драгица, „Зелене финансије – тренд који прати концепт одрживог економског развоја“, 9. *Међународни симпозијум о управљању природним ресурсима* (ур. Драган Михајловић, Бојан Ђорђевић), Факултет за менаџмент Мегатренд Универзитета у Зајечару, Београд, 2019.
- Стојановић Драгица, Ђукић Гордана, „Зелено финансирање на међународном нивоу – поређење Србије и Сингапура“, 9. *Међународни симпозијум о управљању природним ресурсима* (ур. Драган Михајловић, Бојан Ђорђевић), Факултет за менаџмент Мегатренд Универзитета у Зајечару, Београд, 2019.
- Тасић Марија, Правни аспекти издавања и конверзије заменљивих обвезница, доступно на адреси: http://www.tasiclaw.com/fajlovi/procedura_za_izdavanje_zamenljivih_obveznica.pdf, 10. 4. 2020.

Ranko SOVILJ, PhD

Research Associate at the Institute of Social Sciences in Belgrade

GREEN SECURITIES MARKET – THE SITUATION AND PERSPECTIVES

Summary

Green finance is an area of finance that is positioned between the financial sector, sustainable economic development and the environment protection. Bearing in mind that this is a relatively new model of financing, the subject of this paper is an analysis of the current situation of green finance, above all, green securities. Using the comparative and normative method, the paper analyzes the market of green securities, especially emphasizing the importance of the green bond market. The paper will outline the current situation and prospects of the development of the green bond market in the national legislation. The conclusion points to the necessity of further development of the green bond market and directing operations of financial institutions towards the creation of new green products and services.

Key words: *Green Finance. – Securities Market. – Green Securities. – Green Bonds. – Cat Bonds. – Municipal Bonds.*

Датум пријема рада: 14. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 5. 2020.

UDK: 347.72.036 ; 340.132(4-672EU)

CERIF: S144, S146

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002154S

др **Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ***
научни сарадник на Институту друштвених наука у Београду

ПРАВО ЗАПОСЛЕНИХ НА ПАРТИЦИПАЦИЈУ У (РАДНИМ) КООПЕРАТИВАМА – ПРИМЕР ЕВРОПСКОГ ЗАДРУЖНОГ ДРУШТВА¹

Сажетак

У раду се дају теоријске основе институционалне партиципације запослених у радним кооперативима, укључујући и партиципацију у оквирима Европског задружног друштва, као облика транснационалне међуздружне сарадње, применом правно-нормативне и аксиолошког метода, са фокусом на Уредбу о стављању Европског задружног друштва и пратећу Директиву 2002/72 о партиципацији запослених. Партиципација запослених у свом пуном обиму остварена је код кооператива сходно класичној теорији демократске партиципације. Партиципација у транснационалним европским задружјама остварује се сходно принципима који су карактеристични и за остале класичне форме привредних субјеката који постоје ради задовољења економских интереса, с тим да развој de lege ferenda треба да иде у правцу ослањања на концепт представљен у оквирима нормативне теорије нове социјалне уговора.

* Електронска адреса аутора: sanjazlatanovic1@gmail.com.

1 Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2020. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

Кључне речи: *Партиципација запослених. – Радне кооперативе. – Ко-мунитарна јавна правила. – Међузавржна сарадња. – Евројско задржно друштво.*

I Увод

У условима глобализације производње, перманентног техничког и технолошког развоја, појаве нових форми рада, производње и пружања услуга које се јављају као последица убрзане дигитализације, те развоја вештачке интелигенције, а у оквирима политике остваривања циљева одрживог развоја, промовисање и правно регулисање пословања привредних субјеката чији циљ није искључиво остваривање профита, већ има и ширу социјалну функцију заштите рањивих категорија, као и заштиту јавног интереса, препознато је на међународном, односно европском нивоу као нарочито значајно. На овим основама, на нивоу Европске уније последњих година у фокусу је утврђивање политичког и пратећег правног оквира изградње модела економско-социјалног пословања који се заснива на вредностима солидарности, једнакости и партиципације са циљем остваривања достојанствених услова рада у новим околностима, те изградње демократске и инклузивне економије сходно Агенди Уједињених нација о одрживом развоју до 2030. године. У том циљу, Савет Европске уније дефинисао је социјалну економију као кључни фактор економског и социјалног развоја² наглашавајући да различите правне форме привредних субјеката, које се могу квалификовати као економско-социјалне,³ учествују са 8% у бруто домаћем производу Европске уније. Тако, 2016. године Савет је усвојио документ

2 Закључак Савета Европске уније – Промоција социјалне економије као кључног фактора економског и социјалног развоја у Европи (*Council of the European Union, Council Conclusions, The promotion of the social economy as a key driver of economic and social development in Europe*), 2015, доступно на адреси: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15071-2015-INIT/en/pdf>, 2. 4. 2020.

3 На нивоу Европске уније приметан је диверзитет привредних субјеката који послују истовремено ради задовољења и економских и социјалних интереса, те се ту убрајају: кооперативе (односно задруге), затим удружења, фондације, социјално одговорне (односно етичке банке), као и фондови социјалне заштите којима управљају заједнички, социјални партнери, односно представници запослених и послодавца, а оснивају се на основу одредби колективних уговора о раду у одређеним секторима (сектор грађевинарства, металне индустрије и сл.), али и као облици међусекторске сарадње, и којима се обезбеђује широк спектар социјалних права, као што су пензије, затим накнаде у случају професионалних болести и повреда на раду, других плаћених одсуства, накнаде у случају инвалидности и др. Социјална економија Европе, Будућност политика ЕУ за социјалну економију:

под називом „Иницијатива за покретање сопственог бизниса“⁴, где су у посебном делу утврђене мере које се односе на пословање социјалних предузећа и оне које се тичу социјалне економије уопште, односно услови финансирања, приступ тржишту, унапређење оквира пословања, социјалне иновације, технологије и нове форме пословања, као и значај међународне сарадње са обавезом имплементације до краја 2018. године.⁵ Све ово представља оквир за усвајање Европског акционог плана за развој социјалне економије за период од 2021. до 2027. године, што је иницијатива Европског социјалног и економског комитета, репрезентативних организација у овој области, а посебно организације Социјална економија Европе и одређеног броја држава чланица. Предложене мере односе се на стварање услова за видљивост економско-социјалних привредних субјеката путем едукације и обука, посебно младих, затим промовисање концепта ограниченог профита, улагање у области које имају општи, односно јавни значај, стварање правног оквира и јасно регулисање услова оснивања и пословања ових субјеката, са фокусом на повећању броја Европских задружних друштава и на међународној сарадњи.

Радни односи у специјализованим привредним субјектима, као што су кооперативе, односно задруге и друге социјално-економске форме, посебне су природе и одликује их низ специфичности управо због дуалне, односно хибридне природе оснивања, пословања и рада, где оснивачи, односно послодавци истовремено уживају и статус запослених. Радне кооперативе, односно задруге су добровољне организације радника који су истовремено и власници капитала и који управљају задругом у складу са демократским принципима.⁶ Основна обележја традиционалног радног односа, тј. добровољност, лично извршење и плаћеност карактеришу и рад у кооперативама, с тим да је подређеност власти послодавцу, односно субординација, овде искључена, те замењена принципом аутономије и демократијности будући да се субординација обично дефинише као

ка акционом плану (*Social Economy Europe, The Future of EU policies for the Social Economy: Towards a European Action Plan*), 2018, 3–5.

4 Следећи лидери у Европи – Иницијатива за покретање и раст (*European Commission Communication, Europe next leaders: The Start-up and Scale-up Initiative*), 2016, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:733:FIN>, 2. 4. 2020.

5 Социјална економија Европе, Будућност политика ЕУ за социјалну економију: ка акционом плану, 3–5.

6 Marcelo Vieta, Jack Quarter, Roger Spear, Alexandra Moskovskaya, „Participation in Worker Cooperatives“, *The Palgrave Handbook of Volunteering, Civic Participation, and Nonprofit Associations* (eds. David Horton Smith, Robert A. Stebbins, Jurgen Grotz), Palgrave Macmillan, London, 2016, 437.

„право послодавца да даје налоге запосленом и да против њега предузима санкције“, што овде није случај.⁷ Дакле, управљачка, надзорна, нормативна и дисциплинска овлашћења која се традиционално везују за послодавца су овде „ограничена“ принципом демократске партиципације свих задругара који заједнички управљају организацијом, контролишу пословање и рад, те активно учествују у формулисању пословне и развојне политике, уз одговорност представника задруге свим њеним члановима.⁸ Социјална компонента рада је наглашена због циљева оснивања и пословања који су како економски, односно стицање профита, тако и шири социјални, односно друштвени. Наиме, за ову врсту рада карактеристично је утврђивање и примена правно обавезујућих додатних мера хетерономног радног права којима се обезбеђују посебни услови рада за поједине, рањиве категорије (лица са инвалидитетом, радници мигранти, жене, млади, припадници етничких мањина и сл.), али и *soft law* мера аутономног права, посебно етичких кодекса понашања по угледу на концепт тзв. социјалне корпоративне одговорности за остваривање општих, односно друштвених циљева. С тим у вези, тенденција у корпоративном управљању је да се у будућности пређе на тзв. интегративно финансијско извештавање које ће укључити економски, социјални и еколошки део, што ће имати важан утицај на информисање власника капитала, као и на тржиште капитала уопште, нарочито на међународном нивоу.⁹ На овај начин се пословање у мултинационалним компанијама приближава пословању у радним кооперативима, па се у будућности може очекивати одређено „приближавање“ класичних компанија неолибералне економије претежно социјалним привредним субјектима, какве су радне кооперативе и социјална предузећа.

Институт партиципације запослених у управљању привредним субјектима, који представља и посебно колективно право, јесте гранична област изучавања радног и компанијског права, док је у контексту пословања кооператива партиципација радника на највишем степену примене будући да су овде демократски принципи управљања у великој мери остварени. С тим у вези, на нивоу Европске уније донета је Уредба о статуту Европског задружног друштва¹⁰ и пратећа Директива 2003/72

7 Сања Стојковић Златановић, „(Радне) кооперативе као део политике одрживог економског развоја и концепта достојанства на раду“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 697.

8 С. Стојковић Златановић, 697.

9 Edel Lemus, „The Importance of CSR in Financial Reporting Standards“, *Global Journal of Management and Business Research: (D) Accounting and Auditing*, Nr. 2/2016, 2.

10 Уредба о статуту Европског задружног друштва (*Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)*), OJ L 207, 18. 8. 2003).

о партиципацији запослених,¹¹ имајући у виду диверзитет правила о партиципацији радника у кооперативама међу државама чланицама, а са циљем утврђивања јединствених правних правила.

У првом делу рада даје се појам и утврђују облици остваривања права на партиципацију запослених – информисање, консултовање и саодлучивање са правно теоријског аспекта, те се указује на његов значај у савременом радном праву. Након тога, приступа се анализи специфичности остваривања овог права у (радним) кооперативама, односно задругама као посебним формама привредних субјеката у условима постизања циљева одрживог економског развоја и промена у начинима производње, те стварања једнаких услова рада за све категорије радника. У фокусу су стандарди европског комунитарног права у области партиципације радника, а везано за међународно, односно европско пословање, све на примеру регулисања Европског задружног друштва.

II Појам партиципације запослених – теоријски оквир, облици и значај

Партиципација грађана у јавној сфери има своју дугу историју, али се посебно разматра у оквирима демократских политичких теорија, односно теорија партиципативне демократије у контексту развоја демократског друштва. С тим у вези, разликују се класичне теорије демократске партиципације које се заснивају на становишту да појединци и институције не могу да се посматрају изоловано једни од других, те да представљање грађана на националном нивоу није довољно за остваривање демократије.¹² Наиме, неопходно је укључивање грађана у све сфере друштвеног деловања, односно на свим нивоима, а нарочито у области индустријских односа, односно у области рада.¹³ Сходно овим теоријама, партиципација у области рада од посебног је значаја везано за остваривање једнакости у економским и социјалним односима, где је партиципација остварена уколико постоји политичка укљученост запослених, односно њихово учешће у доношењу одлука на свим нивоима обављања делатности. Наспрам тзв. левичарских (класичних) теорија демократије стоје савремене, односно плуралистичке теорије чијим се најзначајнијим представником сматра Јозеф Шумпетер,¹⁴ које се пак

11 Директива 2003/72 о допуни Статута Европске задруге у погледу укључивања запослених (*Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees, OJ L 207, 18. 8. 2003*).

12 Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970, 41.

13 C. Pateman, 41.

14 Јозеф Шумпетер је аустријски економиста који је познат по својој теорији привредног развоја, где је наглашена улога предузетника и његов доминантан утицај

заснивају на партиципацији мањинских елита уз истицање става да појединци обично нису заинтересовани нити поседују знања неопходна за остваривање ефикасности у доношењу одлука, тј. у управљању, што води ка нестабилности система.¹⁵ Даљи развој плуралистичке теорије ишао је у правцу да се демократија заснива на владавини интересних група, односно скупа појединаца који су удружени ради задовољења неког одређеног интереса и налазе се у перманентном сукобу, што је природно стање функционисања демократије.¹⁶ Осигурање стабилности система остварује се било учешћем треће стране, односно извршне власти или пак договором, односно консензусом лидера интересних група сходно различитим становиштима у оквирима теорије плурализма.¹⁷

У савременом друштву, у условима промена на тржишту рада, те појаве нових форми уз јак индивидуални приступ раду у односу на раније доминантан колективни, обезбеђење стабилности пословања и рада у фокусу је како јавне власти, тако и послодаваца и радника. Интерес послодаваца огледа се у обезбеђењу стабилности пословања и профита тако што ће осигурати стабилност радне снаге, а у контексту повећане мобилности нарочито високо квалификованих радника, са једне, а са друге стране интерес запослених је да, у условима честог преношења производње у државне са ниским радним стандардима у потрази за јефтинијом радном снагом и смањеном моћи синдиката, пронађу заједнички интерес и обезбеде стабилност радних места на дужи рок. Осим тога, интерес јавне власти јесте обезбеђење одрживог економског и пратећег социјалног развоја државе и друштва. Оправдање значаја партиципације запослених у управљању код послодавца везано за стабилност пословања и рада данас се сагледава у оквирима нормативне теорије новог социјалног уговора. Основ ове теорије су теорија социјалног избора¹⁸ и теорија институционалне економије, а теорија почива на идеји партиципације запослених у одлучивању на свим нивоима у оквирима радне организације која треба да буде институционализована у оквирима правног система.¹⁹ На тај на-

на иновације, а самим тим и на развој економије. Farrokh Emami Langroodi, Schumpeter's Theory of Economic Development: A study of the creative destruction and entrepreneurship effects on the economic growth, 21 June 2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3153744>, 4. 3. 2020.

15 C. Paterman, 43.

16 Ivan Mladenović, „Savremene teorije demokratije“, *Filozofija i društvo*, бр. 1/2008, 220.

17 I. Mladenović, 220–221.

18 Теорија социјалног избора за свој основ има утилитаризам, који је овде модификован, тако да она подразумева сабирање индивидуалног благостања које се мери реалним преференцијама појединца са циљем остваривања колективног, друштвеног благостања, што је и функција друштвеног и правног поретка. I. Mladenović, 223.

19 Shlomo Mizrahi, „Workers' Participation in Decision Making Processes and Firm Stability“, *British Journal of Industrial Relations*, Nr. 4/2002, 691.

чин се обезбеђује већа сатисфакција запослених, њихово укључивање у све процесе рада, укључујући и управљање, што подстиче лојалност и обезбеђује стабилност пословања. Теорија новог социјалног уговора подразумева договор послодавца и запослених у области развоја људских ресурса, односно заједничку одговорност везану за стручно усавршавање и професионалну обуку, чиме се подстиче лојалност послодавцу; затим већу укљученост, односно партиципацију запослених код доношења одлука, нарочито оних на највишем нивоу (тј. стратешких одлука), чиме се балансира расподела моћи; учешће јавне власти и синдиката у креирању јавних политика којима се обезбеђује поменути партиципација регулисањем оснивања савета запослених код послодавца и других институционалних облика.²⁰ Ово нарочито јер је и на нивоу Европске уније уочена снажна веза између социјалног дијалога и веће продуктивности.²¹ Наведено утиче на структуралну стабилност радне организације која се обезбеђује на основама партиципативне демократије уз истовремено развијање културе рада у организацији на принципу уважавања различитих интереса и размене идеја свих учесника у процесу рада.²²

У правној теорији постоје различита становишта везана за правни режим партиципације запослених у одлучивању где, са једне стране, има аргумената којима се указује на предност регулисања хетерономним изворима права, законима и подзаконским општим актима, јер партиципација (која укључује право на информисање и консултовање запослених, затим учешће представника запослених у управном и/или надзорном одбору предузећа, односно формирање савета запослених, с тим да постоји и мешовити систем који карактерише представљање од стране синдиката, док се за синдикално неорганизоване раднике омогућава директно укључивање или формирање савета запослених) на овај начин постаје саставни део радноправног система и не зависи од снаге синдиката и промена на тржишту рада.²³ Са друге стране, ту су и аргументи који говоре у прилог аутономном регулисању партиципације, на начин да се преговарањем обезбеђује стабилност у организацији на дужи рок, минимизира природно слабија економска позиција радника, чиме се утиче на лојалност запослених, али и обезбеђује одговорност за пословање и рад свих заинтересованих лица.²⁴ Стога, хетерономно регулисање партиципације препоручује се у државама где није развијена

20 S. Mizrahi, 692.

21 Љубинка Ковачевић, „Европски радноправни стандарди о обавештавању и консултовању запослених у привредним друштвима“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 649.

22 S. Mizrahi, 699.

23 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 426.

24 S. Mizrahi, 704–705.

култура социјалног преговарања, а снага синдиката је на ниском нивоу, уз резерву да његова примена и ефикасност буду доведени у питање, те буду условљени структуром радне организације, вредносним поставкама њеног оснивања и деловања, као и развијеном културом рада, што свакако може да има утицај на свеукупну стабилност која тако може бити пољуљана. Аутономно регулисање се, пак, препоручује у државама са развијеном свешћу везано за ефикасност социјалног преговарања, тј. где је друштвена свест о значају индустријске партиципације за развој демократског друштва и одржив развој заједнице као целине посебно наглашена. Обично је то присутно у државама у којима послују привредни субјекти чије пословање се одвија сходно начелима корпоративне социјалне одговорности. Аутономно регулисање је, тако, својствено радним организацијама где је осећај за универзалне етичке вредности на високом нивоу и где је социјални и психолошки аспект партиципације наглашен и препознат. Теорија новог друштвеног уговора, у суштини, подржава мешовити модел правног режима партиципације схваћене у ширем смислу, односно хетерономно регулисање засновано на усаглашеним интересима радника, послодаваца и државе, што се остварује на највишем нивоу уз подстицање додатног аутономног регулисања на нижим нивоима у оквирима радне организације, чиме се остварује демократизација у области рада сходно класичној теорији партиципативне демократије. У новије време, утицај организација цивилног сектора је такође наглашен у контексту доношења хетерономних правних правила, посебно када су у питању рањиве категорије радника.

Партиципација запослених у ширем смислу значи учешће радника на свим нивоима пословања и рада и обухвата широк спектар права, односно право на информисање и консултовање, право на учешће у одлучивању, као и све облике преговарања у погледу услова рада, али и везано за стратешка питања пословања привредних субјеката, док у ужем смислу подразумева партиципацију у управљању оснивањем савета запослених, где партиципација обично значи право на информисање и консултовање.²⁵ Као посебан облик партиципације у литератури се наводи партиципација у капиталу, односно средствима за производњу привредних субјеката, где власници капитала могу бити компаније, удружења, приватна лица, али и сами запослени.²⁶ Партиципација у свом пуном обиму остварена је код посебне форме привредних субјеката тзв. (радних) кооператива, односно задруга где, сходно упоредноправним решењима, не постоји јединствен став у погледу њихове правне форме, тј. да ли се оснивају у некој форми трговачких друштва или као посебне, специјализоване форме привредних субјеката. Тако немачко

25 Y. S. Sharma, „Workers’ Participation in Management and Social Responsibilities of Companies“, *Cochin University Law Review*, Nr. 6/1982, 483.

26 Y. S. Sharma, 486.

право, што је случај и са домаћим правом, не познаје задруге као посебне форме трговачког друштва, док земље романске правне традиције омогућују формирање задруга на које се примењују грађански законици, као и формирање задруга у форми трговачких друштава.²⁷

III Специфичности партиципације запослених у (радним) кооперативама са фокусом на међународно пословање – правни стандарди Европске уније

Партиципација у кооперативама остварена је у свом пуном обиму, сходно примени класичне теорије демократске партиципације која подразумева учешће у свим областима политичког деловања, као и на свим нивоима радне организације. Наиме, код кооператива је примењена економска партиципација чланова (односно партиципација у својинским правима), затим партиципација кроз радно ангажовање чланова, односно укључивање у процес рада коју прати и партиципација у управљању и контроли пословања. Осим тога, она подразумева и укључивање чланова путем дефинисања и обавезности професионалне обуке, усавршавања и информисања, али и њихову ширу социјалну партиципацију бриге за друштвену заједницу и остваривање јавних интереса. Код кооператива нормативна теорија новог социјалног уговора нашла је своју пуну примену. С тим у вези, кооперативе као посебне форме привредних субјеката добијају на значају као адекватан облик обављања економске делатности у условима постизања циљева одрживог развоја, али и обезбеђења достојанственог рада за све категорије радника и што већег степена једнакости актера.

Проблем ефикасности пословања с обзиром на дуалну природу кооператива, а везано за циљеве који су и економски и социјални, уз истицање принципа ограничености расподеле добити члановима, где се значајан део улаже у остварење ширих јавних, друштвених интереса, овде се често истиче као изазов. Међутим, у основи одрживог пословања кооператива, економске ефикасности и стабилности кооператива, јесте посебан идентитет ове форме привредних субјеката који се заснива на принципу строге оријентације ка човеку као социјалном бићу и делу социјалне и радне заједнице, односно економији солидарности са јако израженом етичком димензијом управљања.²⁸ Тако, управљачка

27 Мирко Васиљевић, *Комјуниско право*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 485.

28 Ryszard Stocki, Piotr Prokopowicz, Sonja Novkovic, „Assessing Participation in Worker Co-operatives: From Theory to Practice“, *The Co-operative Model in Practice: International perspectives* (eds. Diarmuid McDonnell, Elizabeth Macknight), Aberdeen, 2012, 122.

структура у савременим кооперативама је заснована на *sui generis* моделу пословања, где је економски аспект везан за процену тржишта и остваривање профита поверен специјализованом менаџменту који се посебно ангажује, док се управљање у делу који се односи на социјалну димензију пословања поверава члановима који чине одбор директора.²⁹ Конкурентност кооператива на тржишту се обезбеђује истицањем посебности идентитета и јаке етичке димензије пословања која почива на вредностима самопомоћи, самоодговорности, демократије, једнакости, солидарности, праведности и узајамне помоћи, као и социјалне одговорности и бриге за друге,³⁰ што обезбеђује стабилност на дужи рок.

Основни принципи на којима се одвија задружно пословање су: добровољно и отворено чланство које се заснива на принципу недискриминације; једнакост задругара у одлучивању; аутономија и независност задруге; образовање, обука и информисање задругара, запослених и менаџера задруге; брига за заједницу; међузадружна сарадња која је основ задругарства, чиме се побољшава позиција на тржишту и обезбеђује одрживост пословања.³¹ С тим у вези је и међународна сарадња и удруживање, док су међународна правила задругарства од нарочитог значаја за економско-социјалну ефикасност пословања, те осигурање правне сигурности у условима глобализације. Остваривање права на партиципацију задругара у контексту удруживања и пословања на међународном нивоу јесте питање од посебног значаја будући да се овде интереси, истовремено економске и социјалне природе, остварују на глобалном нивоу ван држава оснивања националних задруга, те је одлучивање о расподели средстава и улагању интернационализовано, односно подигнуто на виши ниво, изван јавних (друштвених) интереса националних држава, чиме се приближава корпоративном управљању у мултинационалним компанијама.

На нивоу Европске уније донета је Уредба о статуту Европског задружног друштва³² и пратећа Директива 2003/72 о партиципацији запослених, где је Уредбом регулисано оснивање Европског задружног друштва од стране физичких лица са пребивалиштем у различитим државама чланицама или правних лица која се оснивају према прав-

29 R. Stocki, P. Prokopowicz, S. Novkovic, 122.

30 Silvia Sacchetti, Ermanno Tortia, „The Extended Governance of Cooperative Firms: Inter-firm Coordination and Consistency of Values“, *Annals of Public and Cooperative Economics*, Nr. 1/2015, 6.

31 Miroslav Vitez, „Neki aspekti korporativnog upravljanja zadrugom“, *Pravo – teorija i praksa*, бр. 1–3/2018, 24–25.

32 Уредба о статуту Европског задружног друштва (*Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)*, OJ L 207, 18. 8. 2003).

ним правилима различитих држава чланица. Осим тога, предвиђа се и могућност оснивања Европског задружног друштва спајањем две постојеће кооперативе или конверзијом националних кооператива у нову форму без спровођења поступка ликвидације, с тим да ове кооперативе имају седиште у једној држави чланици, а филијалу у другој. Управљачку структуру Европског задружног друштва чине генерална скупштина, управни и надзорни орган или административни орган, односно одбор директора у зависности од усвојеног дводомног или једнодомног модела. Чланом 5 Уредбе уређени су обавезни елементи оснивачког акта, односно статута Европског задружног друштва, где се посебно предвиђа регулисање права, обавеза, одговорности, као и именовање и разрешење чланова у органима управљања. Сходно чл. 60 Уредбе, сваки члан друштва има право на информисање о питањима која се расправљају на генералној скупштини, осим када је реч о информацијама које имају статус поверљивих или када њихово објављивање може да проузрокује озбиљну штету друштву.

Осигурање партиципације чланова, односно права на информисање, консултовање и, уколико је предвиђено – саодлучивање, регулисано је Директивом 2003/72 према којој се процедура о транснационалној партиципацији у оквирима Европског задружног друштва утврђује писаним споразумом уговорних страна, док се у одсуству споразума примењују супсидијарна стандардна правила садржана у Анексу Директиве 2003/72. Основно правило Директиве 2003/72 јесте очување стечених права у погледу учешћа запослених у управљању, где су права запослених пре оснивања Европског задружног друштва основа за утврђивање тих права у новооснованом европском друштву. С тим у вези, одредбе Директиве не утичу на постојећа права везана за укључивање запослених у управљање кооперативама утврђена националним правом. Споразумом се предвиђа оснивање репрезентативног тела запослених, односно савета запослених, његовог састава, броја чланова, поступка информисања и консултовања, времена одржавања састанка, све са циљем остваривања права на информисање, консултовање и саодлучивање на нивоу Европског задружног друштва. У одсуству уговорених правила примењују се стандарди садржани у Анексу везани за састав репрезентативног тела, као и за правила, односно начин информисања и консултовања, односно партиципације запослених. У погледу састава, репрезентативно тело чине запослени у Европском задружном друштву и њеним филијалама које бирају из реда својих чланова представници запослених из кооператива појединачно или, у недостатку репрезентативних тела у филијалама друштва, сви запослени. Чланови репрезентативног тела бирају се или именују сразмерно броју запослених у свакој држави чланици од стране Европског

задружног друштва и њених филијала тако што ће се за државу чланицу доделити једно место за сваких 10% запослених у тој држави чланици или део запослених у свим државама чланицама заједно. Репрезентативно тело има право да буде информисано и консултовано од стране надлежног органа Европског задружног друштва о свим питањима везаним за пословање и развој, што укључује састанак једанпут годишње на основу извештаја који доставља надлежни орган. Информисање и консултовање на годишњем састанку укључује питања везана за структуралну, економску и финансијску ситуацију, могући развој пословања, иницијативе везане за корпоративну социјалну одговорност, стање и могући тренд запошљавања, инвестиције и промене у радној организацији, увођење нових форми рада, трансфер производње, као и о евентуалном колективном отпуштању. Наиме, право на информисање обухвата три конкретна права: 1) право на благовремено, потпуно и поуздано информисање пре седнице скупштине; 2) право на постављање питања; 3) право на приступ актима и документима.³³ У случају спровођења мера које се односе на интересе запослених, у контексту преноса предузећа или колективног отпуштања, репрезентативно тело има право да захтева посебан састанак, те да буде информисано и консултовано о предвиђеним мерама. Надлежни орган није у обавези да поступи по мишљењу репрезентативног органа везано за питање колективног отпуштања, али се утврђује право организовања поновног састанка ради постизања договора. Дакле, овде се поспешује социјални дијалог како би се у доброј вери дошло до сагласности у погледу предложених мера. Наведено треба сагледати у контексту примене Директиве о колективном отпуштању ЕУ, према којој не постоји овлашћење за оспоравање послодавчеве одлуке о колективном отпуштању уколико је она донета без информисања и консултовања запослених, већ се оставља националним судовима да примене комунитарна правила због чега може доћи и до некажњавања послодавца,³⁴ чиме је право на информисање и консултовање на одређени начин релативизовано. Осим тога, репрезентативно тело може да ангажује експерте по свом избору, чиме се проширује круг посредних учесника. Чланови репрезентативног тела имају право на плаћено одсуство у случају професионалне обуке и усавршавања. Анексом Директиве предвиђа се и право изабраних чланова репрезентативног тела на партиципацију, односно право на избор или именовање члана органа управљања Европског задружног друштва, односно право на саодлучивање.

33 Вук Радовић, „Европска задруга – на пола пута између европске компаније и традиционалне задруге“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 55.

34 Љубинка Ковачевић, „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компанија“, *Право и љривреда*, бр. 4–6/2016, 665.

Циљ доношења Уредбе о Европском задружном друштву и пратеће Директиве о партиципацији запослених није био хармонизација националних задружних права, већ увођење нове форме задружног друштва која би егзистирала паралелно са националним задругама.³⁵ На овај начин се подстиче међународно удруживање, излазак на европско тржиште, те повећава конкурентност националних задруга. С обзиром на различита национална схватања појма задруге и специфичности пословања и рада, Европска задруга за сада није заживела у пракси, о чему говори и мали број основаних задруга – свега 31 основана задруга до 2016. године, уз чињеницу да је европска задружна регулатива донета по угледу на регулативу Европске компаније, те је тенденција у међународном праву приближавање правних форми задруге и акционарских друштава.³⁶ Стога је Европски парламент 2012. године усвојио Резолуцију о статуту Европског задружног друштва везано за укључивање запослених³⁷ којом се позива на ревизију комунитарних правила у овој области узимајући у обзир значај кооператива за одржив развој европске економије, посебно у условима финансијске кризе. Будући да су национална правила о партиципацији запослених приметно различита, у Резолуцији се истиче значај веће примене начела координације, те указује на потребу разматрања директног укључивања одредби о партиципацији запослених у Уредбу о статуту Европског задружног друштва приликом њене ревизије. Осим тога, указује се на потребу шире едукације о улози кооператива и њиховом значају за економски и социјални развој на нивоу Уније, због чега приликом креирања политике Европске уније у повезаним областима треба узети у обзир специфичност кооператива везано за усклађивање легислативе у области јавних набавки, државне помоћи и других финансијских стандарда.

IV Закључак

Радне кооперативе као посебне форме привредних субјеката, које послују са циљем задовољења како економских тако и социјалних циљева и где је радноправни статус чланова специфичан, односно чланови уживају истовремено статус послодавца и статус радника, у условима осигурања одрживог развоја у контексту глобализације

35 В. Радовић, 30.

36 В. Радовић, 75–76.

37 Резолуција Европског Парламента о допуни Статута Европског задружног друштва везано за укључивање запослених (*European Parliament resolution of 13 March 2012 on the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees* (2011/2116 (INI)), OJ EU, CE 251/18, 31. 8. 2013).

имају посебан значај. Институт партиципације је овде примењен у свом пуном обиму, налазећи основ у класичној теорији демократске партиципације, односно савременој теорији новог социјалног уговора, и подразумева партиципацију радника на свим нивоима у оквиру радне организације. На овај начин, обезбеђује се ефикасност али и стабилност пословања у економском смислу, уз истовремену бригу за шири, општи интерес друштва, где је етичка димензија пословања посебно истакнута. Битан елемент одрживости и конкурентности јесте међузадружна сарадња на националном, али и међународном, а посебно европском нивоу. Правила о партиципацији на нивоу Европске задруге садржана су у Директиви 2003/72 и укључују право на информисање, консултовање и саодлучивање, а усвојен модел у великој мери одговара моделу партиципације својственом класичним формама привредних друштава која имају искључиво циљеве економске природе. Са друге стране, циљ Директиве је био признавање партиципативних права чланова ван националних граница и утицај на конципирање пословне и развојне политике Европског задружног друштва, што указује на чињеницу да је укључивање чланова од нарочитог значаја за одрживост и стабилност пословања у условима глобализације. Мали број основаних Европских задружних друштава указује на то да је транснационално задругарство још увек неразвијено и да његов значај за одрживи економско-социјални развој није препознат. Ово тим пре јер је европска регулатива у овој области донета по угледу на регулативу која се односи на европске компаније, чиме се наведене форме привредних субјеката на одређени начин приближавају. С тим у вези је и посебно истицање корпоративне социјалне одговорности мултинационалних компанија. Стога, политика Европске уније у наредном периоду иде у правцу промовисања социјалног предузетништва, уз јасно истицање етичке компоненте пословања која егзистира упоредо са економском, са циљем препознавања посебности ових привредних субјеката. Партиципација је, тако, утврђена као битан елемент правог идентитета радних кооператива и основ економске ефикасности и стабилности пословања на дужи рок. Транснационалне кооперативе, пак, преузимају модел партиципације који постоји у класичним формама привредних субјеката где је партиципација у извесној мери ограничена, а један од разлога је и тај што су комунитарна правила у овој области преузета из регулативе о европској компанији. Овде треба имати у виду то да је примена стандарда који се односе на класичне форме привредних субјеката лимитирана посебном правном природом кооператива која се огледа у њеном економско-социјалном идентитету, што се има сматрати и границом примене стандарда.

Коришћена литература

- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.
- Vieta Marcelo, Quarter Jack, Spear Roger, Moskovskaya Alexandra, „Participation in Worker Cooperatives“, *The Palgrave Handbook of Volunteering, Civic Participation, and Nonprofit Associations* (eds. David Horton Smith, Robert A. Stebbins, Jurgen Grotz), Palgrave Macmillan, London, 2016.
- Vitez Miroslav, „Neki aspekti korporativnog upravljanja zadrugom“, *Pravo – teorija i praksa*, бр. 1–3/2018.
- Emami Langroodi Farrokh, Schumpeter’s Theory of Economic Development: A study of the creative destruction and entrepreneurship effects on the economic growth, 21 Juny 2017, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3153744>, 4. 3. 2020.
- Ковачевић Љубинка, „Партиципација запослених у одлучивању о реструктурирању компанија“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2016.
- Ковачевић Љубинка, „Европски радноправни стандарди о обавештавању и консултовању запослених у привредним друштвима“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019.
- Lemus Edel, „The Importance of CSR in Financial Reporting Standards“, *Global Journal of Management and Business Research: (D) Accounting and Auditing*, Nr. 2/2016.
- Лубарда Бранко, *Увод у радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Mladenović Ivan, „Savremene teorije demokratije“, *Filozofija i društvo*, бр. 1/2008.
- Mizrahi Shlomo, „Workers’ Participation in Decision Making Processes and Firm Stability“, *British Journal of Industrial Relations*, Nr. 4/2002.
- Pateman Carole, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970.
- Радовић Вук, „Европска задруга – на пола пута између европске компаније и традиционалне задруге“, *Усклађивање њословној ирава Србије са иравом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Sacchetti Silvia, Tortia Ermanno, „The Extended Governance of Cooperative Firms: Inter-firm Coordination and Consistency of Values“, *Annals of Public and Cooperative Economics*, Nr. 1/2015.
- Стојковић Златановић Сања, „(Радне) кооперативе као део политике одрживог економског развоја и концепта достојанства на раду“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019.

Stocki Ryszard, Prokopowicz Piotr, Novkovic Sonja, „Assessing Participation in Worker co-operatives: From Theory to Practice“, *The Co-operative Model in Practice: International perspectives* (eds. Diarmuid McDonnell, Elizabeth Macknight), Aberden, 2012.

Sharma, Y. S., „Workers’ participation in management and social responsibilities of companies“, *Cochin University Law Review*, Nr. 6/1982.

Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ, PhD

Research Associate at the Institute of Social Sciences in Belgrade

WORKERS’ PARTICIPATION IN (LABOUR) COOPERATIVES – CASE STUDY OF THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY

Summary

The paper deals with the theoretical issues of the institute of participation of employees in labour cooperatives, including the participation of workers’ in the European Cooperative Society, as a form of European transnational business cooperation. The legal normative and the axiological method with special focus on the Regulation on the Statute of the European Cooperative Society and Directive 2002/72 on employee participation has been applied. Employee participation in its full scope was achieved in cooperatives business under the classical theory of democratic participation. The standards of participation in transnational European cooperatives corresponds to the principles applied in classical forms of economic entities that predominantly operate to satisfy economic interests. The labour policy and law need to follow the legal concept presented in a normative theory of new social contract, where a cooperative is subject to the general cooperative law only to the extent that it is compatible with their particular nature.

Key words: *Workers’ Participation. – Labour Cooperatives. – European Standards. – Transnational Cooperatives. – European Cooperative Society.*

Датум пријема рада: 16. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 13. 5. 2020.

UDK: 347.922.3:06.052 ; 347.191.3 ; 343.157

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002170V

др **Јована ВЕЛИЧКОВИЋ***
адвокат у Београду

ОСПОРАВАЊЕ ПУНОВАЖНОСТИ ОДЛУКА ОДБОРА ДИРЕКТОРА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

У раду се размајира моућносћ оспораванја пуноважностии одлуке уйраве акционарскої друшћива у судском (йарничном) йосћуууку. Ова врсиа йуужбе није йрописана Законом о йривредним друшћивима, док судска йракса йренућино йрихватиа моућносћ йодношења йуужбе за уйврђење нишћавосћии одлуке која је суйройна имйератћивним одредбама закона. Са друје сйране, судска йракса смайира да су йуужбе за йобијанје одлука уйраве недозвољене јер нису изричйио законом дозвољене. Полазећи од сћанја судске йраксе и ойшћие йеорије комйанијскої йрава о неважностии одлука орћана друшћива, у раду ће бићии размайрано да ли има основа да се у срйско йраво уведе концепћии нишћавосћии и рушћивосћии одлука уйраве. У йиом смислу, биће даћиа анализа йренућиної йравної оквира и судске йраксе, а на крају ће бићии даћии йредлози *de lege ferenda*. Закључак је да у срйско йраво йреба да се уведе барем један облик непуноважних одлука уйраве друшћива (нишћавосћии или рушћивосћии), јер је реч о важном семенйу комйанијскої йрава за који йословна йракса исказује инйересовање.

Кључне речи: Одлука. – Одбор дирекћора. – Нишћавосћии. – Рушћивосћии.

* Електронска адреса аутора: jov.velickovic@gmail.com.

I Увод

Уобичајен начин преиспитивања рада управе друштва, а самим тим одлука које доноси, остварује се активирањем статусне, имовинске или кривичне одговорности директора.¹ У овом случају, реч је посредном преиспитивању одлука јер садржина или начин доношења одлуке нису спорни самостално, већ у контексту заснивања личне одговорности директора према друштву, члановима или трећим лицима. Ипак, у одређеним ситуацијама постоји потреба да преиспитивање рада органа управљања не буде усмерено лично према члановима управе, већ директно према одлуци коју доноси. У овом случају, у крајњем исходу, реч је о преиспитивању одлуке самог друштва, имајући у виду да је донета од стране органа друштва.²

Судско преиспитивање одлуке органа управе се може дефинисати као законом дозвољена могућност да лица унутар друштва или трећа лица њужбом у њарничном њосиујуку од суда захтевају да преиспита целисходност или законијоси (њуноважност) одлуке органа управе, ње да у зависности од исхода ње оцене изрекне адекватну њравну санкцију. Отуда, судско преиспитивање одлука управе друштва се, као појам, може схватити у ужем и ширем смислу. У ширем смислу, судско преиспитивање одлуке се односи како на испитивање целисходности, тако и на могућност испитивања законитости, односно пуноважности одлуке. У ужем смислу, овај појам обухвата само могућност испитивања законитости одлуке. Испитивање целисходности одлука управе се односи на питање да ли је одређена одлука штетна за друштво, иако је формално-правно посматрано донета у складу са законом. У овом сегменту, реч је о домену примене института имовинске одговорности директора за штету проузроковану друштву или члановима друштва, те се сматра да одлуке одбора директора подлежу испитивању целисходности у судском поступку путем института правила пословне процене (енгл. *business judgment rule*).³ Са друге стране, испитивање законитости одлука управе подразумева могућност да се пуноважност одлуке оспори због њене супротности са законом или интерним актима друштва, без

1 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско њраво – њраво њривредних субјеката*, прво издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 574.

2 Вид. Alexia Bertrand, Arnaud Coibion, „Shareholders Suits against the Directors of a Company, Against other Shareholders and Against the Company Itself under Belgian Law“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2–3/2009, 298.

3 Вид. Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010, 369.

обзира на то да ли је услед такве одлуке настала штета или друга последица за друштво, његове чланове или трећа лица. Предмет анализе у овом раду је могућност оспоравања *йуноважностии* одлуке управе друштва у судском (парничном) поступку.

Право на подношење тужбе ради оспоравања пуноважности одлука управе друштва у судском поступку је веома значајна тема компанијског права која до сада није била предмет детаљнијег интересовања у литератури. Са друге стране, у пословној и судској пракси се повремено отвори питање могућности оспоравања одлука управе друштва у судском поступку. Чини се да је већинско мишљење да су могућности оспоравања одлука управе друштва у судском поступку прилично лимитиране, барем када је реч о српском праву, те да је основно питање које се поставља да ли се правила о побијању одлука скупштине могу сходно применити и на одлуке управе. Међутим, на самом почетку је потребно указати да се ова тема не може свести само на питање сходне примене правила о побијању одлука скупштине на одлуке управе друштва јер компанијско право познаје и друге облике непуноважних одлука органа друштва, а не само рушљивост. Отуда, рад има за циљ да представи основе теоријске анализе института оспоравања пуноважности одлука управе друштва у судском поступку. Након тога, биће речи о тренутном стању судске праксе у овој материји, а на крају ће бити дати предлози *de lege ferenda*.

Такође, на самом почетку излагања потребно је нагласити да се у раду разматра само могућност оспоравања одлука управе акционарског друштва, пре свега одбора директора.⁴ Објективни домен анализе, по природи ствари, мора изоставити друштва лица која немају органе управе. У односу на друштво са ограниченом одговорношћу, једноставна констатација да се све речено о акционарским друштвима може сходно применити и на друштво са ограниченом одговорношћу не би била одговарајућа. Законодавац овакав приступ, који се критикује, примењује код института побијања одлуке скупштине друштва.⁵ У овом тренутку делује да би разлике у регулативи начина управљања између акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу до-

4 Одбор директора постоји код једнодомног модела управљања друштвом. Уколико друштво има дводомни модел управљања, тада постоји надзорни одбор, евентуално и извршни одбор, али који свој рад и одлучивање по правилу обавља изван седница. Вид. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019, чл. 383, 417, 429.

5 ЗПД, чл. 217; вид. и Lidija Šimunović, „Procesnopravni razlozi ništetnosti odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću – *de lege lata vs. de lege ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2017, 800–801.

датно учиниле ову критику основаном, посебно када је реч о праву на оспоравање пуноважности одлука управе у судском поступку.

II Кратки преглед историјске и упоредно-правне анализе

У српском праву могућност оспоравања, односно испитивања законитости одлука управе, први а може се рећи и једини пут, била је прописана Законом о предузећима из 1996. године.⁶ Законодавни приступ је био прилично конфузан јер је уређење тужбе за поништај незаконите одлуке било функционално везано за тужбу за накнаду штете против чланова управе која је била уређена претходним члановима закона.⁷ Имајући у виду наведено, одредбе су биле критиковане убрзо након доношења закона.⁸ Наиме, закон није изричито говорио о поништају одлука управе, већ о поништају незаконитих одлука органа предузећа (чл. 79 ст. 1). Право на подношење тужбе је имала скупштина друштва, те се отуда изводио закључак да се одредбе пре свега односе на поништај одлука управе, док је са друге стране било спорно да ли и одлуке скупштине могу бити предмет поништаја.⁹ Основ за подношење тужбе је била незаконитост одлуке, при чему у закону није било дефинисано шта се под овим појмом подразумева, те је тадашња литература сматрала да предмет испитивања може бити и целисходност одлуке.¹⁰ Затим, оно што је посебно занимљиво јесте да је закон у овој материји увео деривативну тужбу, јер је било прописано да тужбу могу поднети и друга лица унутар друштва или повериоци уколико упуте претходни захтев скупштини, а скупштина не поднесе тужбу у року од 30 дана.¹¹

6 Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/196. Закон је објављен у Службеном листу Савезне Републике Југославије бр. 29/1996 дана 26. 6. 1996. године, а ступио је на снагу дана 4. 7. 1996. године.

7 Закон о предузећима, чл. 79–80.

8 Вид. Горан Савић, „Поништај незаконитих одлука“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/1999, 468–478.

9 Г. Савић, 469. У појединим случајевима судови су одбацивали тужбе као недозвољене, те се законитост одлука скупштине преиспитивала у ванпарничном поступку приликом уписа у судски регистар. Вид. Горан Савић, „Побијање одлука скупштине привредног друштва – нека процесна питања“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/2005, 101.

10 Г. Савић (1999), 475.

11 Закон о предузећима, чл. 79 ст. 2: „Поступак из става 1 овог члана могу покренути управни и надзорни одбор, чланови и акционари који имају или представљају најмање десетину основног капитала или статутом одређени мањи део, као и повериоци предузећа чија потраживања износе најмање десетину основног капитала, ако скупштина, на њихов захтев, не покрене поступак у року од 30 дана од дана подношења захтева.“

Поред наведеног, било је низ недоследности и неадекватних решења, те се претпоставља да су то били разлози због којих тужба није коришћена у пракси.¹²

Након тога, Закон о привредним друштвима из 2004. године, као ни тренутно важећи Закон о привредним друштвима (ЗПД), не говоре о могућности оспоравања одлука управе друштва у судском поступку. Одлука законодавца да изричито не уреди ово питање је тумачена на начин да судска пракса треба да се изјасни да ли и под којим условима постоји могућност да се поднесе тужба ради оспоравања законитости одлуке органа управе.

У упоредном праву могућност оспоравања пуноважности одлуке управе друштва такође се ретко среће као предмет интересовања теоретичара. Када је реч о законодавству, уобичајени приступ јесте да закон изричито не уређује основе и поступак оспоравања одлука управе, већ се судска пракса изјашњава да ли се на поништај одлука управе сходно примењују правила о поништају одлука скупштине. Овакав приступ има француска, белгијска, као и судска пракса Луксембурга.¹³ Ретка су законодавства која изричито уређују институт оспоравања пуноважности одлука управе у судском поступку. Као пример се може навести румунско право које садржи интересантно решење да одлуке управе друштва могу бити предмет поништаја само уколико се одлука односи на материју из домена делегације надлежности скупштине на управу друштва.¹⁴ Поред наведеног, шпанско и италијанско право такође дозвољавају тужбу ради оспоравања одлука управе у судском поступку.¹⁵ Немачко законодавство, али ни судска пракса, не дозвољавају могућност оспоравања одлука управе друштва у судском поступку.¹⁶

III ЗПД и судска пракса

ЗПД директно не уређује разлоге нити поступак за оспоравање пуноважности одлука одбора директора у судском поступку. Међутим,

12 Вид. Г. Савић (2005), 101.

13 A. Bertrand, A. Coibion, 298; Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Martin Gelter, „Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 4/2007, 515.

14 Румунски Компанијски закон из 1990. године, доступно на адреси: <http://www.dreptonline.ro/resurse/resource.php>, 13. 4. 2020, чл. 114 ст. 3.

15 P. Conac, L. Enriques, M. Gelter, 515–516; Paul Davies, Klaus J. Hopt, Richard Nowak, Gerard van Solinge, *Corporate Boards in Law and Practice: a Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, 2014, 607.

16 У италијанском праву, када је реч о акционарима, право на подношење тужбе постоји само уколико се одлуком управе директно повређују права акционара. Вид. P. Conac, L. Enriques, M. Gelter, 516.

ЗПД на свега неколико места отвара могућност за тумачење да одлуке управе друштва ипак могу бити предмет испитивања са аспекта законитости. Тако, на пример, ЗПД у чл. 403 ст. 2 прописује да одлуке донете на седници одбора директора која није сазвана у складу са овим законом, статутом или пословником одбора директора *нису њуноважне*, осим ако се сви директори не сагласе другачије. Поред наведеног, у чл. 294 ст. 3 ЗПД је прописано да је *ништиава* одлука одбора директора (и скупштине) о повећању основног капитала која није регистрована у законом прописаном року. Међутим, овако успутно помињање појма (не)пуноважности одлука свакако не може бити довољно за закључак да српско право дозвољава могућност да одлуке одбора директора буду предмет оцене законитости од стране парничног суда. На ову чињеницу је указано јер може бити наведено као аргумент да појам или концепт испитивања (не)пуноважности одлука управе друштва као самосталан предмет спора није супротан духу ЗПД.

Када је реч о судској пракси, биће поменуте две одлуке суда донете у предметној материји које на први поглед могу деловати супротстављено, али ће се касније видети да то није случај, већ је потребно њихово пажљиво тумачење. У једној одлуци Привредног апелационог суда из 2017. године је наведено:

„Суд није надлежан за поништај одлука управног одбора задруге, већ само за поништај одлука скупштине задруге.“¹⁷

У овом случају, иако није реч о спору који се односи на привредна друштва, одлука суда је корисна за анализу јер је заснована на сходној примени правила друштва са ограниченом одговорношћу на задруге. Наиме, суд је у образложењу пресуде навео:

„Одредбом члана 217 Закона о привредним друштвима предвиђено је да се одредбе члана 376 и 381 овог закона о побијању одлуке скупштине акционарског друштва сходно примењују и на побијање одлуке скупштине друштва са ограниченом одговорношћу. Сходно томе, правилно првостепени суд констатује да суд није надлежан за поништај одлука управног одбора, већ само за поништај одлука скупштине, па је у конкретном случају и поништена одлука скупштине задруге о одбијању жалбе тужиоца на одлуку о искључењу из задруге из разлога које је дао првостепени суд.“

Ова одлука се разликује од претходне праксе која је постојала пре десетак година, а у којој је заступљен став да се „побијање одлуке управног одбора акционарског друштва о избору или разрешењу генералног директора ад врши у поступку прописаном за побијање одлуке скупштине ад“.¹⁸

17 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 3637/2017(1) од 23. 8. 2017. године.

18 Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право њривредних друштва*, једанаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 451 фн. 1557.

У другом поступку, тужба се односила на захтев за утврђење ништавости одлуке одбора директора о стицању сопствених акција. Према наводима тужилаца, разлози за ништавост су били бројни, између осталог и супротност одредбама ЗПД, пре свега у домену прописане садржине одлуке, као и непостојања законом прописаних услова да одлуку о стицању сопствених акција донесе управа, а не скупштина друштва.¹⁹ Првостепеном пресудом тужбени захтев за утврђење ништавости одлуке је одбијен као неоснован јер ЗПД не уређује *могућности њобијања одлука одбора директора* и таква тужба би представљала неоправдан уплив у вођење послова друштва. Међутим, другостепени суд, иако је потврдио првостепену пресуду, у образложењу је навео да се не слаже са првостепеним судом, јер

„(...) без обзира на чињеницу што ништавост као последица није изричито прописана законом, то не онемогућава лица која за то имају правни интерес, и која сматрају да су им одређена права угрожена или да су онемогућени у остваривању истих, да своја права штите и истицањем захтева за утврђење ништавости. Са друге стране, не постоје сметње за поступање суда по тако поднетој тужби и да правну ваљаност спорне одлуке цени у оквиру изнетих чињеничних тврдњи, нити је искључена могућност да суд и утврди ништавост неке одлуке органа привредног друштва уколико постоји нека повреда законске одредбе, где за отклањање штетних последица такве одлуке не постоји неки други законом предвиђени начин, што треба ценити у сваком конкретном случају.“²⁰

На овом месту је довољно указати да су у овом случају првостепени и другостепени суд у контексту основаности тужбе разматрали две различите категорије, а то су ништавост и побојност одлука друштва, при чему је само другостепени суд разматрао правни институт који је био предмет спора. Отуда, да би се омогућила даља анализа тренутног стања судске праксе и законодавног уређења у предметној материји, најпре је потребно дати теоријску анализу концепта непуноважних одлука органа друштва у компанијском праву и његове примене на одлуке органа управљања.

IV Теоријска анализа

По природи ствари, теоријска анализа права на оспоравање пуноважности одлука управе друштва у судском поступку мора започети

19 ЗПД, чл. 282 ст. 4.

20 Имајући у виду да је против првостепене пресуде изјављена посебна ревизија, аутор неће наводити број одлуке (иако се ревизијски разлози не односе на предмет разматрања у овом раду).

питањем места и улоге коју ова врста тужбе може имати у компанијском праву. Неспорно, могућност да се тужбом у судском поступку оспорава пуноважност одлуке привредног друштва, која није у складу са законом или интерним актима друштва, заснива се и на правном начелу законитости, као општој потреби „да правни акти и све радње правних субјеката буду усклађени са законом“.²¹ Ипак, у овом сегменту реч је о специфичној функцији коју право на подношење тужбе може имати у компанијском праву. У том погледу, право на оспоравање пуноважности одлука управе друштва у судском поступку може бити посматрано као: 1) начин да се оствари контрола над радом управе, пре свега од стране оних лица која су овлашћена да врше избор и/или надзиру рад чланова управе²² или 2) у контексту решавања агенцијских сукоба. У првом случају, право на оспоравање пуноважности одлука управе се може схватити као одређена допуна права на именовање или надзора рада управе. У другом случају, право на оспоравање пуноважности одлука управе се разматра као потенцијални механизам решавања агенцијских сукоба (први – између акционара и управе, други – између мањинских и већинских акционара и трећи – између акционара и носилаца других интереса у друштву).²³ Посматрано на овај начин, право на оспоравање пуноважности одлука управе у судском поступку може имати значајну функцију у компанијском праву. У односу на први приступ, право на оспоравање одлука управе доприноси да право на именовање чланова има трајан карактер јер се оно не би исцрпљивало у тренутку именовања чланова, а касније поново активирало у тренутку разрешења чланова, већ би могло да се на неки начин остварује и у периоду између наведена два тренутка. Са друге стране, када је реч о праву на остваривање права надзора над радом управе у смислу непосредне контроле, та контрола не може бити ефикасна уколико не ужива

21 Žaklina Harašić, „Zaklonitost kao pravno načelo i pravni argument“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3/2010, 745.

22 Код једнодомног модела управљања акционари бирају и разрешавају одбор директора, док у случају дводомног модела управљања акционари бирају надзорни одбор, а затим надзорни одбор бира извршне директоре, односно извршни одбор уколико је формиран. Затим, када је реч о праву надзора, поред општег права скупштине друштва да има увид у рад директора, на нивоу органа управљања неизвршни директори контролишу рад извршних директора (једнодомно управљање), односно надзорни одбор контролише рад извршних директора или извршног одбора уколико је формиран (двodomни модел управе). ЗПД, чл. 384, 390, 399, 420, 434, 442. У случају тужбе за побијање одлука скупштине акционарског друштва сматра се да је реч о начину вршења контролне функције у друштву, без обзира на то да ли тужбу подносе чланови или управа друштва. Вид. Зоран Арсић, „Право на побијање одлуке скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, 47.

23 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013, 83.

адекватну судску заштиту јер би се свела само на могућност откривања основа за статусну или имовинску одговорност, које у одређеним околностима нису довољне како би се остварила потпуна правна заштита свих погођених лица. Када је реч о решавању агенцијских сукоба, право на оспоравање пуноважности одлука управе би несумњиво могло да допринесе решавању првог агенцијског сукоба. Поред наведеног, ово право би могло да допринесе и решавању трећег агенцијског сукоба у околностима када се донесе незаконита одлука, али са којом су сагласна сва лица унутар друштва (чланови и управа), али се тиме оштећују интереси других носилаца интереса, што би вероватно најчешће били повериоци друштва. Као аргумент против дозвољености тужбе за оспоравање одлука управе може се навести могућност злоупотребе²⁴ и околност да то може представљати негативан утицај на управљање друштвом у контексту спремности појединаца да прихвате обављање функције или спремности да се предузимају одређени пословни потези. Међутим, ниједан од наведена два аргумента није значајан. Када је реч о могућности злоупотребе тужбе, ова опасност постоји и код других тужби компанијског права, што није био разлог да се од тих тужби одустане, те би се адекватним законодавним уређењем могло обезбедити да злоупотребе буду минималне. Са друге стране, када је реч о утицају права на подношење тужбе на пословну иницијативу, треба имати у виду да би предмет заштите била искључиво законитост, не и целисходност одлуке, а минимум захтева према сваком лицу које ступа на функцију директора друштва јесте да се у свом раду придржава свих законских прописа и интерних аката друштва.

Следећи сегмент анализе се односи на испитивање односа постојећег концепта неважности одлука органа друштва у компанијском праву и примене овог концепта на одлуке управе друштва. У овом делу, полазна тачка једино може бити теоријски концепт о неважности одлука скупштине друштва. У литератури компанијског права постоји подела незаконитих одлука скупштине на ништаве, побојне (рушљиве), привидне, одлуке без правног дејства и непостојеће одлуке.²⁵ Ништаве су оне одлуке које се због процедуралног или материјалног недостатка сматрају ништавим по самом закону, те се доноси деклараторна пресуда којом се утврђује ништавост.²⁶ Реч је недостацима којима се вређају оп-

24 У немачком праву је уочено да се тужбе за побијање одлука скупштине злоупотребавају, што може бити један од разлога због којег немачко право не дозвољава могућност оспоравања одлука управе. Вид. Erik P. M. Vermuelen, Dirk A. Zetsche, „The Use and Abuse of Investor Suits – An Inquiry into the Dark Side of Shareholder Activism“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1/2010, 23–35.

25 L. Šimunović, 803–804.

26 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 538.

шти интереси.²⁷ Побојне или рушљиве су оне одлуке које су супротне закону или интерним актима друштва, али којима се вређају појединачни интереси, те отуда нису ништаве по самом закону, већ је неопходно понети тужбу за поништај како би се измејствовала пресуда којом се одлука поништава и тек од тог тренутка уклања из правног поретка.²⁸ Привидне одлуке скупштине су оне одлуке које имају формалне недостатке, у смислу да је погрешно проглашено да је одлука донета иако до њеног усвајања није дошло (може постојати само у околностима када постоји обавеза утврђивања или проглашавања да је одлука донета).²⁹ У ову групу спадају и одлуке које треба утврдити јер нису правилно заведене унутар друштва, па је спорно да ли су уопште донете.³⁰ Одлуке без правног дејства су оне одлуке које су донете, али да би производиле правно дејство потребно је да се испуни још један услов, на пример регистрација, одобрење неког јавног тела или пристанак члана друштва.³¹ Непостојеће одлуке су оне које су донела неовлашћена лица, али се у теорији сматра да ову категорију одлука не треба издвајати у засебну групу.³²

Прва четири облика неважности одлука скупштине познаје немачко право.³³ Када је реч о српском праву, у литератури се износи став да ЗПД, иако уређује само могућност побијања одлуке скупштине, ипак познаје и ништаве одлуке.³⁴ Овакав приступ законодавца се критикује јер упоредно право уређује и поступак утврђења ништавости одлука скупштине, па се на пример, иако је реч о апсолутној ништавости, прописује рок за подношење тужбе и могућност конвалидације такве одлуке.³⁵ Са овим ставом се можемо сложити, те додатно указати и да однос ништавих и рушљивих одлука скупштине није у довољној мери разграничен.³⁶ Наиме, није спорно да су ништаве само оне одлуке скупштине које су као такве изричито наведене у ЗПД, што је и став

27 Дијана Марковић-Бајаловић, „Ништавост и/или побојност одлука скупштине акционарског друштва“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2012, 133.

28 М. Васиљевић (2019), 451–452.

29 L. Šimunović, 807.

30 *Ibid.*, 808.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, 804 фн. 20.

33 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 538 фн. 839.

34 Марко Томић, „Арбитрабилност спорова о пуноважности одлука скупштине друштва капитала и одлука чланова у друштвима лица“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 464; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 538. За супротан став вид. Д. Марковић-Бајаловић, 146.

35 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 539; Д. Марковић-Бајаловић, 137–138.

36 М. Васиљевић (2019), 453.

судске праксе.³⁷ Међутим, у овом случају се поставља питање односа ништавих одлука и рушљивих одлука из члана 381 ст. 1 тач. 3 и 4 ЗПД, који прописује да је побојна она одлука скупштине која из других разлога није донета у складу са овим законом, статутом или пословником скупштине или је супротна закону или статуту. На постављену дилему као једини логичан одговор се намеће да супротност закону, као основ рушљивости одлуке, може представљати само она повреда закона, односно ЗПД која није наведена као разлог ништавости.³⁸ Друго могуће тумачење јесте да у овом случају тужилац по сопственом избору може да одлучи да ли ће поднети тужбу за поништај или утврђење ништавости, јер се у крајњем исходу добија идентична правна последица у контексту правног (не)дејства одлуке која је предмет оспоравања.³⁹ Међутим, уколико би се дозволило да се за исти основ подноси и тужба за побијање и тужба за утврђење ништавости, тада би се створила правна несигурност барем у два сегмента. Прво, по питању рока за подношење тужбе који ЗПД није прописан за ништаве одлуке и друго, по питању круга активно легитимисаних лица јер тужбу за утврђење ништавости може да поднесе свако лице које за то има правни интерес, док тужбу за побијање могу поднети само она лица којима ЗПД признаје активну легитимацију.⁴⁰ На овом примеру се уочава значај регулисања поступка за оба основа непуноважности одлука органа друштва о чему се такође мора водити рачуна и када је реч о одлукама управе друштва.

Полазећи од изложене класификације неважећих одлука у компанијском праву, поставља се питање да ли сви наведени облици непуноважности одлука могу постојати и код одлука управе друштва и, што је још важније, који од њих треба да буду дозвољен предмет спора у контексту предмета анализе. Када је реч о српском праву, одлуке одбора могу бити незаконите са формално-правног и материјално-правног аспекта, те у том смислу постоји основ за прихватање концепта ништавости и рушљивости одлука. ЗПД у чл. 403 ст. 2 изричито помиње формално-правну незаконитост, али је неспорно да одлуке и по садржини могу бити супротне закону или интерним актима друштва. У овом случају језичко тумачење закона упућује да је реч о апсолутној ништавости јер одлука нема правно дејство од тренутка доношења, али може бити конвалидирана сагласношћу свих директора. Поред наведеног, поменуто је и да је одлука одбора директора о повећању основног капитала која није регистрована у складу са законом ништава.

37 М. Томић, 464 фн. 35.

38 Зоран Арсић, „Ништавост одлука скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2007, 12.

39 Д. Марковић-Бајаловић, 141, 147.

40 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 538.

Евентуално, може постојати основ и за прихватање концепта одлука без правног дејства. Обично је у овом случају реч о одлукама које нису регистроване у законом прописаном року.⁴¹ Међутим, такве одлуке су у српском праву по изричитом слову закона ништаве, те нема простора за другачија тумачења, без обзира на вероватно погрешну квалификацију законодавца. Међутим, уколико би се законом или интерним актима друштва, а на основу закона, прописало да је за правно дејство одлуке управе потребно да се испуни одређени услов,⁴² овај вид непуноважности одлука би могао имати примену у пракси. Затим, не постоји основ за прихватање концепта привидних одлука и одлука које треба утврдити имајући у виду да је чл. 407 ст. 4 ЗПД прописано да непоступање по одредбама о вођењу, потписивању и достављању записника са седница одбора директора не утиче на пуноважност донетих одлука. На крају, не постоји ни основ за увођење непостојећих одлука које би могле да донесу неовлашћена лица. Унутар компаније овакве одлуке не би имале било какво правно дејство, док би у односу са трећим лицима вероватно било речи о предузимању правне радње од стране неовлашћеног лица у контексту чл. 88 Закона о облигационим односима (ЗОО) или прекорачења овлашћења за заступање у контексту ЗПД, те би на тај начин требало регулисати евентуалне последице предузимања радње од стране неовлашћеног лица.

Дакле, на основу свега наведеног може се закључити да има основа за разматрање увођења два основна вида непуноважности одлука управе, а то су ништавост и рушљивост. Међутим, остаје питање да ли без изричите регулативе у односу на одлуке управе акционарског друштва у српском праву постоји довољан основ за примену концепта ништавости и рушљивости одлука, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

V Нека питања од значаја за практичну примену института

Пре детаљније анализе тренутно постојећих решења у српском праву, у овом делу биће дата анализа основних питања која утичу на практичну примену и функционалност института оспоравања одлука

41 У том смислу се истиче да је законодавац у овом случају погрешно квалификовао врсту непуноважности одлуке. Вид. З. Арсић (2007), 14–15.

42 Ову правну ситуацију не треба поистовећивати са обавезом да се за одређену одлуку прибави сагласност другог органа друштва, што се решава релевантним одредбама ЗПД или чл. 29 Закона о облигационим односима. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени листник РС*, бр. 18/2020.

управе друштва у судском поступку. То су: активна легитимација и објективни домен примене; рок за подношење тужбе и могућност конвалидације одлуке; заступање друштва у спору; дефинисање правних последица подношења тужбе и пресуде и посебна правила поступка. Уколико изостане уређење неког од наведених питања, функционисање института у пракси може бити нарушено. Сврха наредних излагања није давање одговора на сва питања која ће се поставити, јер то на апстрактном нивоу није могуће, већ да укаже на теме које морају бити узете у обзир приликом законодавног дефинисања права на подношење тужбе у материји која се разматра.

1. Активна легитимација и објективни домен примене

Два најзначајнија сегмента уређења права на подношење сваке тужбе компанијског права су дефинисање разлога за подношење тужбе (правни основ) и круга лица којима треба дати право на подношење тужбе. У односу на објективни домен примене тужбе ради оспоравања одлука управе два су могућа приступа, у оба случаја по угледу на тужбе ради оспоравања одлука скупштине. Први је да се разлози непуноважности, било да се односе на ништавост или рушљивост, таксативно наведу у закону и да се тиме искључи могућност за додатна тумачења да и друге повреде закона или интерних аката друштва могу бити разлог ништавости или рушљивости.⁴³ Други је да се у закону наведу разлози ништавости или рушљивости, али да се пропише и генерална клаузула да су ништаве или рушљиве и друге одлуке које су супротне закону или интерним актима друштва или одређеној групи одредаба ових прописа (на пример, којима се штити једнакост чланова, интереси поверилаца друштва или јавни интерес). Ради постизања правне сигурности, први приступ делује прихватљивије за обе групе непуноважности одлука, а када је реч о ништавости вероватно и једино прихватљив. Наиме, уколико се остави отворена клаузула у погледу потенцијалне повреде закона, било за ништавост или рушљивост одлуке, то може довести до тога да и неке мање повреде закона доведу до непуноважности одлуке. Такође, могу настати проблеми у примени код оних института код којих управа друштва има право својеврсног дискреционог одлучивања,⁴⁴ јер тада

43 Пример за наведено је шпанско право. P. Davies *et al.*, 608.

44 На пример, ЗПД у чл. 282 ст. 4 тач. 2 прописује: „У случају јавног акционарског друштва, ако је то неопходно да би се спречила већа и непосредна штета по друштво, у ком случају је одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно обавезан да на првој следећој седници скупштине акционаре обавести о разлозима и начину стицања сопствених акција, њиховом броју и укупној номиналној вредности, односно укупној рачуноводственој вредности код

може бити спорно да ли је реч о незаконитим или нецелисходним одлукама. Међутим, без обзира на то који од наведена два приступа се прихвати, оно што је кључно јесте јасно разграничење основа ништавости и рушљивости. Јасно разграничење основа ништавости и рушљивости је значајно јер право на подношење тужбе, али и друга правна питања у вези са подношењем тужбе, у значајној мери треба да се разликују код ове две врсте непуноважности одлука. Разграничење се може постићи тиме што би се у закону јасно навело да су разлози ништавости само они таксативно наведени, те да све остале евентуалне повреде закона могу бити узрок само рушљивости одлуке. Међутим, препорука је ипак да законодавац препозна које то повреде закона захтевају санкцију чак и у виду рушљивости, јер је неспорно да не би требало да апсолутно сваки пропуст, који може бити и мањег значаја, буде узрок непуноважности одлуке управе. У овом случају, мања повреда закона може да се пропише као искључење основа за побијање, али се тада јавља проблем тумачења шта се потпада под појам „мања повреда“. Отворена клаузула би имала оправдање само код повреда интерних аката друштва, као евентуалног разлога рушљивости одлуке.⁴⁵ Поред наведеног, посебну пажњу треба посветити околностима када друштво нема формиран одбор директора или када је реч о одлукама извршног одбора, с обзиром на то да ЗПД прописује да се одлуке овог одбора по правилу доносе ван седнице. Наиме, у овом случају услови за формално-правну непуноважност одлуке су искључени или лимитирани. На крају, по питању објективног домена примене тужбе посебно прихватљиво делује решење румунског права које дозвољава право на побијање одлуке управе код свих питања која се односе на делегацију надлежности скупштине друштва на управу,

акција без номиналне вредности, њиховом учешћу у основном капиталу друштва као и укупном износу који је друштво за њих платило.“ Члан друштва који се не слаже са оценом управе да ли у конкретном случају постоје законом прописани услови за заснивање надлежности одбора директора за доношење одлуке о стицању сопствених акција, може истицати да је из тих разлога одлука супротна закону и поднети тужбу за утврђење ништавости или рушљивости одлуке. Међутим, спорно је да ли је ова правна ситуација у домену примене сврхе појма непуноважности одлука органа друштва.

- 45 Примера ради, у хрватском праву разлози ништавости одлуке скупштине су дефинисани на начин да су конкретне повреде закона санкционисане ништавошћу одлуке, а затим је наведено да су ништаве и друге одлуке уколико седница скупштине није сазвана у складу са законом; ако одлука није унесена у записник; затим, уколико је одлука супротна сврси друштва или се садржином одлуке чини повреда прописа чија је сврха заштита поверилаца или служе јавном интересу; уколико је одлука супротна моралу друштва. Са друге стране, побојне су одлуке скупштине које су донете супротно закону или статуту. Вид. *Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 и 40/19, чл. 355.

а сходном применом правила о побијању одлуке скупштине. ЗПД на релацији скупштина – управа уређује законску делегацију надлежности, те је спорно да ли може постојати и вољна делегација, заснована на одлуци скупштине.⁴⁶ У овим ситуацијама је посебно значајно дозволити могућност побијања одлуке управе како услед делегације надлежности не би дошло до својеврсног изигравања права на побијање одлука друштва у односу на одређене институте, барем када је реч о законској делегацији надлежности из ЗПД јер је реч о важним институтима компанијског права (на пример, одлука о стицању сопствених акција, повећање и смањење основног капитала).⁴⁷

У погледу круга лица која би имала право на подношење тужбе, барем када је реч о ништавости, не би требало да постоје веће дилеме, те би право на подношење тужбе требало признати сваком лицу које за то има правни интерес. У том смислу, код питања активне легитимације за подношење тужбе све дилеме се односе на рушљиве одлуке. Наиме, у овом случају начелно постоје три групе лица која могу бити заинтересована за подношење тужбе, а то су: чланови (односно акционари), управа и повериоци. У односу на све групе лица постоји додатна дилема да ли право на подношење тужбе треба да буде условљено постојањем својства у тренутку подношења тужбе или треба ценити и неки претходни временски период (на пример, дан доношења одлуке или дан сазивања седнице), а са тиме у вези и да ли право на подношење тужбе треба условити кумулативним постојањем својства у оба тренутка.⁴⁸ Додатно, у односу на чланове друштва дилема може постојати да ли право на подношење тужбе треба условити постојањем одређеног капитал цензуса, као што је случај са шпанским правом које прописује капитал цензус од 5%.⁴⁹ На сва наведена питања је тешко одговорити на апстрактном нивоу јер круг активно легитимисаних лица треба да се изведе из објективног домена примене тужбе, односно претходно дефинисаних разлога рушљивости одлука управе. У овом сегменту није од велике помоћи угледање на регулативу побијања одлука скупштине, јер се право на подношење тужбе у односу на чланове друштва заснива на праву

46 Вид. М. Васиљевић (2019), 427–428. Потврдан одговор на постављену дилему се може заснивати на чл. 398 ст. 1 тач. 17 ЗПД који прописује да одбор директора врши и друге послове и доноси одлуке у складу са овим законом, статутом и *одлукама скупштине*. Са друге стране, исти члан закона забрањује делегацију надлежности одбора директора на скупштину друштва, која није прописана код уређења надлежности скупштине.

47 ЗПД, чл. 282 ст. 4, чл. 294, чл. 314.

48 Слична дилема постоји и код побијања одлука скупштине. Вид. З. Арсић (2006), 48; Г. Савић (1999), 471.

49 P. Davies *et al.*, 608.

учествовања у скупштини друштва на којој је донета спорна одлука, док је у односу на чланове управе право на подношење тужбе условљено могућношћу да извршење одлуке скупштине доведе до заснивања личне одговорности чланова управе.⁵⁰ У том смислу, када је реч о одлукама управе, као предмету тужбеног захтева, један од могућих приступа јесте да право на подношење тужбе имају најпре сви чланови управе који су имали право да учествују на седници одбора на којој је донета спорна одлука. Са друге стране, када је реч о члановима друштва, право на подношење тужбе се може условити тиме да извршење одлуке може довести до настанка штете или угрожавања права акционара (као што је случај са италијанским правом) или да се одлуком погодује интересима одређене групе акционара. Дакле, као општи закључак се може рећи да је једино неспорно да би право на подношење тужбе требало да имају акционари и чланови управе, само остаје питање под којим условима. Код рушљивих одлука највећа дилема се односи на то да ли право на подношење тужбе треба да имају повериоци друштва. Општа теорија компанијског права углавном негативно гледа на утицај поверилаца на доношење одлука друштва и уопште начин пословања све док друштво не западне у финансијске потешкоће.⁵¹ Међутим, одговор на постављену дилему би могао бити потврдан уколико се као разлог рушљивости истиче одредба компанијског закона која за сврху, непосредну или посредну, има заштиту поверилаца.⁵² У свим осталим случајевима, чини се да би право на подношење тужбе представљало недовољно основан уплив поверилаца у пословање друштва, посебно јер треба увек имати у виду да повериоци располажу низом механизма како би заштитили свој положај према друштву.⁵³

2. Рок за подношење тужбе и могућност конвалидације одлуке

Рок за подношење тужбе и могућност конвалидације одлуке су такође веома значајна питања која указују да некада сходна примена општих правила облигационог права није одговарајућа у компанијском праву. Када је реч о рушљивим одлукама, и општа правила облигационог права прописују рок за подношење тужбе и могућност конвалидације

50 ЗПД, чл. 376.

51 P. Davies *et al.*, 75.

52 На пример, одлука о исплати међудивиденде која такође може бити донета од стране одбора директора. Вид. ЗПД, чл. 273.

53 Вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2011, 223–254.

одлуке, те овакав приступ усваја и компанијско право (при чему се другачије уређују рокови и услови за конвалидацију). Када је реч о ништавим одлукама, околности су другачије јер су ретка права која прописују рок за подношење тужбе и могућност конвалидације одлуке.⁵⁴ У овом делу ослањање само на општа правила облигационог права би подразумевала да је тужбу могуће поднети у неограниченом временском периоду и да не постоји могућност да се отклоне узроци ништавости који постоје већ у тренутку доношења одлуке.⁵⁵ Имајући у виду да наши закони већ познају одступања од општих појмова конвалидације и конверзије, те да се у компанијском праву ништавост прихвата само као изузетна последица,⁵⁶ препорука је и да се за тужбе за утврђење ништавости одлука органа друштва пропише рок за подношење тужбе, као и могућност конвалидације одлуке под одређеним условима, уколико није реч о тежој повреди закона. Код рока за подношење тужбе посебно треба водити рачуна о томе да се прецизира тренутак од којег почиње да тече рок, те у односу на које групе тужилаца има потребе да се уведе концепт субјективног и објективног рока (вероватно је да би та потреба постојала за акционаре и повериоце као тужиоце јер не присуствују доношењу одлуке). Овакав приступ је неопходан са аспекта правне сигурности, како за лица унутар друштва, тако и за лица која улазе у правне односе са друштвом, посебно када се на основу или у вези спорне одлуке закључи низ правних послова са трећим лицима. Овакав приступ би без икакве дилеме, а можда и пре него у односу на одлуке скупштине друштва, требало усвојити у односу на одлуке управе, јер се те одлуке доносе у контексту пословања друштва и функционисања као привредног субјекта у правном промету.

54 На пример, ова правила прописују немачко, аустријско, хрватско (три године) и шпанско право (субјективни рок од 30 дана уколико тужбу подноси члан управе, а уколико тужбу подноси акционар рок почиње да тече од тренутка сазнања за доношење одлуке, с тим да је објективни рок за подношење тужбе годину дана). Конвалидација може да наступи протеком рока за подношење тужбе, регистрацијом одлуке или накнадном сагласношћу доносиоца уколико је основ неважности неправилност у сазивању седнице. Д. Марковић-Бајаловић, 136–137; P. Davies *et al.*, 608; Закон о трговаčким друштвима, чл. 356. Код ове теме важно је указати да је, сходно општим правилима облигационог права, конвалидација могућа код рушљивих правних послова, док је код ништавих правних послова могућа конверзија. Међутим, то није увек случај. На пример, Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, који је недавно донет, прописује услове за конверзију уговора о кредиту, иако полази од претпоставке да је реч о пуноважном уговору. Вид. Марија Караникић Мирић, „Интервентно законодавство на примеру закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима“, *Право и привреда*, бр. 1/2020, 121.

55 ЗОО, чл. 107, 109.

56 Г. Савић (1999), 475.

3. Уређење правних последица

Уређење правних последица тужбе се односи на два питања. Прво, које правно дејство наступа у тренутку подношења тужбе или, евентуално, заснивања парнице?⁵⁷ Друго, на који начин пресуда утиче на правне односе који су настали као последица извршења одлуке? Код првог питања једина дилема која може постојати јесте да ли подношење тужбе и касније заснивање парнице спречава извршење одлуке. Чини се да је за ово питање могуће понудити само једно решење, а то је да опште правило подразумева да подношење тужбе не спречава извршење одлуке, али да је ову последицу могуће издејствовати привременом мером. Усвајање супротног правила вероватно да би могло да доведе до великих злоупотреба. Код другог питања, посебно је спорно да ли трећа лица која су стекла одређено право или корист извршењем одлуке то право могу задржати или се примењују општа правила о последицама ништавих и рушљивих правних послова. У овим околностима настаје специфична правна ситуација, а то је да сам правни посао трећег лица није оспорен тужбом, али је незаконит (ништав или рушљив) правни основ који претходи закључењу правног посла између друштва и трећег лица. У овом случају настаје правна ситуација аналогна ситуацији када код било ког правног посла отпадне правни основ преносиоца. На примеру уговора о продаји непокретности теорија се залаже за заштиту савесног стицаоца у околностима када основ преносиоца на предмету преноса отпадне због рушљивости или ништавости, те последично за непризнавање принципа тзв. домино ефекта.⁵⁸ Овај приступ прихвата и ЗПД када је реч о правним последицама пресуде којом се поништава одлука скупштине друштва, а који би требало прихватити и код одлука управе друштва.⁵⁹ Наравно, на пракси је велики изазов на који начин ће се ценити и доказивати критеријум савесности. Уколико је реч о неком праву које је непосредно стечено на основу одлуке, требало би се задржати на општим правилима о дејствима непуноважних правних послова,⁶⁰ уз евентуални критеријум савесности као основ за одступање од општих правила. Поред наведеног, још један значајан сегмент уређења правних последица односи се на случај када је оспорена пуноважност одлуке која је регистрована. У том погледу се може про-

57 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 7/2018 и 18/2020, чл. 203.

58 Катарина Доловић, „Утицај престанка уговора на стечено право својине прибавиоца и трећег лица у српском праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2014, 218–235.

59 ЗПД, чл. 379.

60 ЗОО, чл. 104, 108, 113.

писати посебна одредба на који начин се врши брисање регистрованог података, као што је то случај са поништеним одлукама скупштине, или се могу применити општа правила.⁶¹

4. Нека процесна питања

Може се рећи да је до сада традиционалан приступ, барем српског законодавца, да код уређења тужби компанијског права не посвети довољно пажње правилима поступка, што некада може у великој мери ограничити функционисање тужбе у пракси. Постоји велики број процесних питања која се код ове врсте тужбе могу уредити другачије у односу на општа правила парничног поступка, на пример: посебна правила о трошковима поступка, хитност поступка, обавезно спајање свих тужби које су поднете против исте одлуке (или можда увођење посебних правила о литиспенденцији), посебна ограничења у погледу могућности располагања тужбеним захтевом. Међутим, три питања се по свом значају издвајају, а то су: губитак својства које је дало право на подношење тужбе током поступка, учешће умешача у поступку и уређење граница правноснажности пресуде. Губитак својства које даје право на подношење тужбе након што је тужба поднета може наступити у различитим околностима. Када је реч о акционарима, може се догодити да се акције пренесу на треће лице услед сингуларне или универзалне сукцесије. Затим, када је реч о члановима управе, могуће је да наступи оставка или разрешење, док када је реч о повериоцу такође је могућа универзална или сингуларна сукцесија, али и престанак потраживања. Дилема која у овим околностима настаје је следећа – да ли губитак својства доводи до одбацивања тужбе или тужилац има право да настави поступак, као и да ли друго лице на које је одређено својство прешло може под одређеним условима наставити, односно преузети поступак. Имајући у виду да се у овом случају штити пре свега законитост одлука, без обзира да ли је реч о ништавости или рушљивости, одбацивање тужбе услед губитка својства не би требало да буде прва опција законодавца (осим у изузетним случајевима, као када је реч о случају престанка потраживања поверилаца). На теоријском нивоу, овај став се може заснивати и на схватању да је право на подношење тужбе за побијање одлуке субјективно право.⁶² Такође, важно је имати у виду да се тужба

61 ЗПД, чл. 379 ст. 2. Вид. Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (чл. 4) на основу којег би дошло до понављања поступка уписа по службеној дужности, при чему брисање података има дејство *ex nunc*. Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014 и 31/2019.

62 З. Арсић (2006), 46.

подноси у своје име и за свој рачун, што подразумева да је закон препознао постојање правног интереса за подношење тужбе код одређене групе лица, због чега треба са посебном пажњом разматрати да ли се тај правни интерес губи услед престанка својства у односу са друштвом. Одбацивање тужбе због губитка статуса члана друштва ЗПД прописује код тужбе за побијање одлуке скупштине, док се теорија залаже да би тужилац након губитка својства, уколико има правни интерес, требало да има право да настави поступак.⁶³ Посебно, уколико је реч о члановима управе као тужиоцима, скупштина друштва може тенденциозно разрешити члана који је поднео тужбу како би се издејствовало одбацивање тужбе. У том погледу, ову ситуацију би требало регулисати аналогно страначкој сукцесији из чл. 204 Закона о парничном поступку (ЗПП). Поступак по тужби би требало да се настави, а посебно треба регулисати под којим условима треће лице може преузети поступак. Међутим, дефинисање ових питања зависи од тога ком лицу је дато право на подношење тужбе. На пример, уколико је право дато члановима друштва због тога што извршење одлуке може да доведе до настанка штете или повреде права чланова, које је везано за личност акционара, односно захтев који би могао да истакне без обзира на околност да му је престало чланство у друштву, онда ни право на наставак поступка не би требало да буде спорно, али ни то да нови члан не треба да преузме поступак. Затим, у случају управе друштва, јасно је да излазак из одбора вероватно указује да тужилац више нема интерес да настави поступак уколико извршење одлуке не може довести до личне одговорности.⁶⁴ У наведеним околностима, једно од решења би могло бити да поступак може преузети други члан управе који је имао право на подношење тужбе или евентуално било ко од лица из реда овлашћених тужилаца.

Затим, када је реч о учешћу умешача у поступку, потребно је размотрити да ли има потребе да се пропишу посебна правила која одступају од општих правила из чл. 215 ЗПП, као што је то случај са деривативном тужбом.⁶⁵ Либералнији услови за стицање својства уме-

63 ЗПД, чл. 376 ст. 5; 3. Арсић (2006), 48.

64 Упор. Јакша Барбић, „Тужба за побијање одлуке скупштине дioničkog друштва – нека одабрана питања“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 3–4/2013, 501–505.

65 Опште правило парничног поступка јесте да је за ступање у парницу у својству умешача потребан правни интерес. У том погледу, суд када одлучује да ли постоји правни интерес потенцијалног умешача цени да ли пресуда донета у поступку може утицати на правни однос између умешача и странке на чијој страни се меша (при чему може бити речи о настанку, измени или престанку правног односа). У конкретном случају, примена општих правила парничног поступка би подразумевала да би вероватно само ужи круг лица испуњавао услове за стицање положаја умешача. Међутим, вероватно је и да би знатно шири круг лица имао оправдан интерес да учествује у поступку. Тако, на пример, у односу на тужилачку стра-

шача би могли да допринесу мањој потреби подношења више тужби против идентичне одлуке уколико је више субјеката заинтересовано да оспори одлуку.

На крају, када је реч о границама правноснажности пресуде, посебна правила би требало прописати, пре свега, када је реч о рушљивим одлукама. Опште правило јесте да пресуда делује само између странака.⁶⁶ Међутим, како је у овом случају реч о компанијском праву, границе правноснажности би неспорно морале да се прошире и на све чланове друштва и чланове управе који нису учествовали у поступку. Ово је значајно чак и уколико се тужбени захтев одбије како се не би догодило да се поново поднесе тужба ради оспоравања идентичне одлуке, али од стране другог тужиоца.

5. Заступање друштва у спору

Заступање друштва у спору је по својој природи такође процесно питање, али које по значају ипак треба издвојити. Наиме, како је управа друштва по редовном току ствари надлежна за заступање друштва,⁶⁷ што укључује и заступање у судским поступцима, код ове врсте тужбе посебно треба водити рачуна о сукобу интереса. Наиме, имајући у виду да се у овом случају тужба не подноси против директора, већ друштва, формално-правно нема основа за примену правила о заступању друштва у поступцима у којима је директор тужена страна,⁶⁸ али има основа за сходну примену. Уколико би се примењивала општа правила могло би доћи до исхода да друштво у спору заступају, или барем могу да утичу на поступак, она лица која су донела одлуку која се оспорава. У том погледу, посебна правила о заступању друштва у спору су веома важна претпоставка правилног функционисања тужбе. Право на заступање друштва може се преусмерити на скупштину друштва или задржати на

ну се изричито законом може дозволити да сва лица која иначе имају право на подношење тужбе могу ступити у поступак у својству умешача на страни тужиоца. Када је реч о туженој страни, могло би се прихватити правило да сви чланови управе који су гласали за оспорену одлуку могу ступити у поступак у својству умешача на страни туженог, посебно уколико је правилима о заступању друштва у поступку њихова могућност да утичу на вођење поступка ограничена (овде би вероватно били испуњени општи услови за учешће умешача). Вид. Јована Величковић, *Дериваивна тужба*, Београд, 2019, 485–488.

66 ЗПП, чл. 360. На основу члана 360 ст. 2 ЗПП проистиче да би пресуда којом се усваја тужбени захтев деловала и на трећа лица са којима је друштво ушло у правни однос на основу оспорене одлуке, што је додатни разлог да се посебно законом уреде правне последице пресуде на положај савесних трећих лица.

67 ЗПД, чл. 388, 422.

68 ЗПД, чл. 388 ст. 6, чл. 422 ст. 7.

нивоу управе, али у оба случаја потребно је да је реч о лицима која у конкретном случају нису у сукобу интереса, било да су поднела тужбу или су учествовала у доношењу оспорене одлуке (по природи ствари ово се може односити само на чланове управе као подносиоце тужбе).

VI Анализа тренутне регулативе и судске праксе

Имајући у виду да ЗПД не уређује тужбу ради оспоравања одлука одбора директора, јасно је да није могуће дати оцену тренутно стања регулативе. Ипак, као општи коментар може се указати да овакав приступ законодавца (заступљен и у већини упоредних права) није адекватан, јер је реч о значајној теми компанијског права за коју пословна пракса исказује интересовање. Отуда је могуће осврнути се само на тренутно стање судске праксе.

Полазећи од садржине поменутих одлука судова, може се рећи да тренутно судска пракса дозвољава само могућност позивања на ништавост одлука управе, али не и могућност побијања одлука управе. Наиме, у односу на обе сфере непуноважности одлука постоје изричитих ставови судова. На основу друге одлуке суда, поменуте у овом раду, може деловати да став судова по питању могућности поништаја (побијања) одлуке управе није јединствен, односно да се разликује схватање првостепеног и другостепеног суда, али то није случај. У конкретном спору тужиоци су поднели тужбу за утврђење ништавости одлуке одбора, док се првостепени суд бавио испитивањем услова за побијање одлуке. Међутим, како проистиче на основу дате анализе, ништавост и рушљивост одлука органа друштва су два различита појма која не треба поистовећивати. У даљем току поступка другостепени суд се није бавио правом на подношење тужбе ради побијања одлука управе, већ је у складу са оним што је био предмет спора изнео мишљење о дозвољености тужбе за утврђење ништавости одлуке.

Тренутни приступ судске праксе је условно речено одговарајући. Исправан је приступ судова да у тренутно постојећем законодавном оквиру нема услова за сходну примену правила о побијању одлука скупштине друштва и на одлуке управе. Објашњење овог закључка у одлукама судова није детаљно и углавном се своди на констатацију да ово право није законом прописано, што је разлог за недозвољеност тужбе. Сходна примена правила о побијању одлука скупштине и на одлуке управе друштва делује немогуће већ при првом кораку, односно дефинисању круга лица која имају право на подношење тужбе и разлога за подношење тужбе. Наиме, у односу на акционаре ЗПД право на подношење тужбе заснива на праву учешћа у скупштини друштва

на којој је донета спорна одлука, што је у потпуности неприменљив концепт када је реч о одлукама управе јер акционари не присуствују седницама одбора. Када је реч о члановима управе, сходна примена би подразумевала да би право на подношење тужбе имали само они чланови управе који би могли бити лично одговорни уколико би дошло до извршења одлуке. Уколико се изузме разматрање кривичне одговорности, то би даље подразумевало да право на подношење тужбе не би имали чланови који су гласали против одлуке, а са друге стране, када је реч о одлукама скупштине, гласање против одлуке је један од услова да би се стекло право на подношење тужбе.⁶⁹ Дакле, како би право на подношење тужбе могли имати само понеки чланови управе, јасно је да сходна примена правила о побијању одлука скупштине на одлуке управе друштва не би била одговарајућа. Друго могуће тумачење јесте да би право на подношење тужбе имали само они чланови управе који су неоправдано спречени да учествују у раду седнице на којој је донета одлука, али је питање да ли би тада било речи о сходној примени или прилично широком схватању овог појма. Наравно, могуће је и тумачење да би сходна примена подразумевала да сваки акционар или члан управе има право на подношење тужбе, али такво тумачење би пре било креирање права од стране суда, него тумачење. Затим, разлози за побијање одлука се не би могли сходно применити, осим у делу супротности са законом или актима друштва, што би могућност побијања одлука чинило веома доступним, а што је прилично споран исход када је реч о одлукама управе које се свакодневно доносе у вези са друштвом (за разлику од одлука скупштине). Имајући у виду да ЗПД непосредно не уређује ни разлоге апсолутне ништавости одлука управе, додатно би било отежано разграничити које повреде закона представљају разлог апсолутне (која је прихваћена у судској пракси) а које релативне ништавости, с обзиром на околност да ЗПД као разлог за побијање одлуке скупштине наводи и супротност одлуке закону или статуту. Ова дилема, иако постоји и по другим питањима, изражена је у мањем обиму код тужбе за побијање одлука скупштине јер закон изричито наводи које одлуке скупштине се сматрају ништавим.

Условно слагање са тренутним ставом суда се односи на могућност подношења тужбе за утврђење ништавости одлуке из два разлога. Први разлог се односи на нужну примену општих правила облигационог права услед изостанка чак и минималне регулативе ЗПД, што подразумева да не постоји рок за подношење тужбе, при чему тужбу може поднети свако лице које има правни интерес. Како је указано, овакав приступ ствара велику неизвесност и правну несигурност, те се може догодити да се тужба поднесе и након десет или више година по доношењу од-

69 ЗПД, чл. 376 ст. 4, чл. 415 ст. 3.

луке, а да се на основу те одлуке предузме низ других правних радњи. Други разлог је значајнији и тиче се разлога ништавости. Наиме, у овом случају се такође примењују општа правила облигационог права јер ЗПД не говори о појму ништавости одлука управе, те би разлог ништавости осим повреде принудног прописа могао бити и повреда јавног поретка или добрих обичаја (ЗОО, чл. 103 ст. 1). Последња два разлога ништавости у неким околностима могу отворити пут да се суд у контексту испитивања ништавости бави и садржином одлуке са аспекта целисходности, што не би требало прихватити. Затим, и у односу на супротност императивним прописима могу постојати значајни проблеми, јер у том случају разлог ништавости не би била само супротност одлуке ЗПД већ и другим законима, па тако тужилац може истицати да је одлука резултат злоупотребе права или противна начелу савесности и поштења, што би увело правну несигурност у ову материју и отворило пут злоупотребама. Додатно, може се догодити да одлука садржи миноран пропуст, на пример не садржи неки елемент прописан законом, што сходно језичком тумачењу појма ништавости доводи до исхода да је одлука супротна императивном пропису. Не би требало да буде спорно да мање повреде закона, које не чине суштину одлуке нити њен битан део, не треба да буду разлог ништавости.

Све наведено значајно нарушава правну сигурност. Међутим, између потребе да се обезбеди правна извесност и потребе да се спречи да управа друштва буде делимично заштићена од последица доношења незаконитих одлука (јер остаје могућност личне одговорности чланова управе), вероватно је да друга потреба има већи значај. Ипак, у недостатку законске регулативе, препорука је да судови приликом оцене ништавости одлука управе, разлоге ништавости цене у контексту духа овог института и санкционишу само оне повреде које вређају основна начела ЗПД и суштину уређења акционарског друштва. На овај закључак упућује и део одлуке суда у којој се наводи да није искључена могућност да суд и утврди ништавост неке одлуке органа привредног друштва уколико постоји *нека њовреда законске одредбе* (дакле, суд не помиње супротност јавном поретку или добрим обичајима), *иде за отиклањање шћейиних њоследица љакве одлуке не њосћоји неки дрући законом љредвићени начин, шћо љреба ценити у сваком конкретном случају*. Истовремено, дати став може бити споран у одређеним околностима када је, на пример, као санкција незаконитости прописана накнада штете, јер се поставља питање да ли је ово довољна санкција која би искључила право на истицање ништавости одлуке, а требало би да је одговор потврдан.⁷⁰ Дакле, у одсуству изричите законске регулативе,

70 На пример, код посебне дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес може се догодити да одбор директора или надзорни одбор донесе

све наведене чињенице и услове за изрицање ништавости треба ценити у сваком конкретном случају посебно.

VII Закључак и предлози *de lege ferenda*

Тужба за оспоравање одлука управе акционарског друштва је значајан сегмент компанијског права којем домаћа и упоредна литература, а ни законодавства не посвећују довољно пажње. Теорија компанијског права је формирала поделу непуноважних одлука скупштине на ништаве, рушљиве (побојне), одлуке без правног дејства и привидне одлуке. Међутим, у односу на одлуку управе друштва ЗПД изричито не уређује ниједну врсту непуноважних одлука, док код одлука скупштине уређује ништаве (само у погледу основа, не и поступка подношења тужбе) и побојне одлуке. Анализа одредаба ЗПД указује да има основа за усвајање концепта ништавих и рушљивих одлука и када је реч о одлукама управе друштва. Са друге стране, судска пракса се изјаснила о овом питању, те је тренутан став судова да је дозвољена само тужба за утврђење ништавости одлука управе. Када је реч о тужби за побијање одлука управе, судови су мишљења да је таква тужба недозвољена јер није изричито уређена законом. Тренутни став судова се, у датим околностима, може сматрати адекватним. Најпре, када је реч о тужби за побијање одлука управе, у овом случају нема основа за сходну примену правила о побијању одлука скупштине јер је сходна примена фактички онемогућена већ при првом кораку, односно приликом дефинисања основа за подношење тужбе и круга лица која имају право на подношење тужбе. Када је реч о ништавим одлукама, прихватљив је општи став судова да има основа за примену института ништавости. Међутим, због непостојања рока за подношење тужбе и широког круга лица која би имала право на подношење тужбе, оправдано је да се санкционишу само оне повреде закона које вређају основна начела ЗПД и суштину уређења акционарског друштва и само уколико није могућ други вид правне заштите (на пример, накнада штете).

Имајући у виду наведено, препорука је да се тужба ради оспоравања одлука управе друштва изричито уреди законом. Постоји велики круг питања која се могу поставити приликом законодавног уређења тужбе ради оспоравања пуноважности одлука управе. У том погледу, препорука је да се поступи на следећи начин:

одлуку којом се правни посао одобрава, али да седница на којој је донета одлука није била сазвана у складу са законом и/или интерним актима друштва. У овим околностима поставља се питање да ли би акционари или друга лица имали право да поднесу тужбу за утврђење ништавости те одлуке или би имали право само на подношење тужби које су изричито прописане законом ради реализације прописане санкције за кршење дужности. Вид. ЗПД, чл. 65–67, 78 и 79.

- Размотрити да ли има потребе за применом института ништавости и рушљивости одлука управе, јер уколико се идентификују повреде закона које је потребно санкционисати непуноважношћу одлуке, то се може постићи и применом само једног од два поменута концепта. Међутим, код института код којих по самом закону одлуку може донети одбор директора уместо скупштине друштва, требало би прописати могућност побијања одлуке како би се обезбедила једнака правна заштита која је независна од доносиоца одлуке. Овај приступ би посебно требало прихватити уколико би се изменама закона изричито дозволило да скупштина друштва може и друге сегменте своје надлежности пренети на управу друштва. Уколико се прихвате оба концепта, потребно је јасно разграничити које повреде закона представљају узрок ништавости, а које узрок рушљивости одлуке. Препорука је да разлози, пре свега ништавости, који се заснивају на повреди закона буду таксативно наведени. Код повреде интерних аката друштва (као разлога рушљивости) прихватљиво је да разлози за подношење тужбе не буду таксативно наведени;
- На основу објективног домена примене тужбе (узроци непуноважности) изводи се круг активно легитимисаних лица. Чланови друштва и чланови управе би требало да имају право на подношење тужбе, али под одређеним условима. У односу на повериоце друштва, право на подношење тужбе би требало дозволити само уколико се као разлог непуноважности одлуке пропише повреда одредаба закона које су усмерене на заштиту поверилаца;
- Уколико се прихвати концепт ништавости одлуке, требало би прописати рок за подношење тужбе и услове за конвалитацију одлуке;
- Потребно је уредити правне последице подношења тужбе на могућност извршења одлуке;
- Потребно је уредити основна правила поступка по тужби која обухватају следећа питања: 1) утицај губитка статуса који је правни основ активне легитимације на могућност даљег одвијања поступка. Препорука је да губитак статуса не доводи до одбацивања тужбе, већ да се пропишу посебна правила о страначкој сукцесији; 2) заступање друштва у поступку, како би се спречило да друштво заступају или на поступак утичу лица која су донела одлуку која се оспорава; 3) прописати одредбу којом се проширују субјективне границе правноснажности

пресуде на све чланове друштва и чланове управе. Може се размотрити и увођење одступања од општих услова за учешће у поступку у својству умешача, на начин да услов за ступање није правни интерес, већ право на подношење тужбе (за тужилачку страну) или учешће у доношењу оспорене одлуке, односно чињеница чланства у управи (за тужену страну).

Коришћена литература

- Арсид Зоран, „Право на побијање одлуке скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006.
- Арсид Зоран, „Ништавост одлука скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2007.
- Barbić Jakša, „Tužba za pobijanje odluke skupštine dioničkog društva – neka odabrana pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 3–4/2013.
- Bertrand Alexia, Coibion Arnaud, „Shareholders Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the Company itself under Belgian Law“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2–3/2009.
- Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2013.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право – право привредних друштва*, једанаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Величковић Јована, *Деривативна тужба*, Београд, 2019.
- Vermuelen Erik P. M., Zetsche Dirk A., „The Use and Abuse of Investor Suits – An Inquiry into the Dark Side of Shareholder Activism“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1/2010.
- Davies Paul, Hopt Klaus J., Nowak Richard, Solinge Gerard van, *Corporate Boards in Law and Practice: a Comparative Analysis in Europe*, Oxford University Press, 2014.
- Доловић Катарина, „Утицај престанка уговора на стечено право својине прибавиоца и трећег лица у српском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – право привредних субјеката*, прво издање, Београд, 2020.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011.

- Караникић Мирић Марија, „Интервентно законодавство на примеру закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима“, *Право и њривреда*, бр. 1/2020.
- Марковић-Бајаловић Дијана, „Ништавост и/или побојност одлука скупштине акционарског друштва“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2012.
- Савић Горан, „Поништај незаконитих одлука“, *Право и њривреда*, бр. 5–8/1999.
- Савић Горан, „Побијање одлука скупштине привредног друштва – нека процесна питања“, *Право и њривреда*, бр. 5–8/2005.
- Томић Марко, „Арбитрабилност спорова о пуноважности одлука скупштине друштва капитала и одлука чланова у друштвима лица“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2018.
- Harašić Žaklina, „Zakonitost kao pravno načelo i pravni argument“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3/2010.
- Cahn Andreas, Donald David C., *Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010.
- Conac Pierre-Henri, Enriques Luca, Gelter Martin, „Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 4/2007.
- Šimunović Lidija, „Procesnopravni razlozi nišetnosti odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću – *de lege lata vs. de lege ferenda*“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 2/2017.

Jovana VELIČKOVIĆ, PhD
Attorney at law in Belgrade

CHALLENGING THE VALIDITY OF THE DECISIONS RENDERED BY THE MANAGEMENT OF THE COMPANY IN LITIGATION PROCEEDINGS

Summary

This paper deals with the issue of the possibility to challenge the validity of a joint-stock company management board's decision in the court (litigation) proceedings. The Companies Act does not prescribe this type of lawsuit, while current case law allows the claim for a declaration of nullity of a decision which is contrary to the imperative provisions of the law. On the other hand, case law deems that claims for voidness of the management decisions are inadmissible because they are not expressly permitted by the law. Having in mind the current case law and the general Company Law theory of invalidity of the decisions of the company's bodies, this paper will consider whether there is a ground for introducing into the Serbian law the concept of the nullity and voidness of the decisions of the management board. In that respect, this paper will analyze the current legal framework and case law, while at the end de lege ferenda proposals will be presented. The conclusion is that Serbian law should introduce and regulate at least one form of invalid decisions of the company's management because it is an important segment of Company Law for which business practice shows interest.

Key words: Decision. – Management Board. – Nullity. – Voidable.

Датум пријема рада: 18. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 5. 2020.

UDK: 347.447.52/.54 ; 621.796

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002199M

Маша МИШКОВИЋ*

**мастер правник и мастер рачунарства у друштвеним наукама,
асистент Правног факултета Универзитета у Београду**

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ СКЛАДИШТАРА¹

Сажетак

У овом раду се разматра одговорност складишћара за љубилак и ошићење робе током ускладиштења. Иако је већинско схватање у српској правној теорији да је уговорна одговорност складишћара објективна, аутор наводи више аргумената у прилози његове de lege lata субјективне одговорности. Иако постоје оправдани разлози да одговорност складишћара de lege ferenda буде објективна, на основу анализе одредбе Закона о облигационим односима о ослобођењу складишћара од одговорности не може се донети несумњив закључак да складишћар одговара објективно, односно без обзира на своју кривицу. Осим Закона о облигационим односима, аутор разматра и одредбе других закона који регулишу ово питање. Раd садржи и анализу ујоредној права како би се увидело каква је регулатива овој питања у српском законодавству и да ли оно може послужити као узор приликом евентуалних измена нашеј законској пракси.

* Електронска адреса аутора: masa.miskovic@ius.bg.ac.rs.

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

Кључне речи: Уговорна одговорност. – Складништар. – Складнише. – Уговор о ускладнишењу.

I Кратак осврт на општи основ уговорне одговорности у српском праву

Закон о облигационим односима јасно уређује основ вануговорне (деликтне) одговорности, али не помиње основ уговорне одговорности.² Због тога су се у нашој правној теорији појавила различита схватања о општем основу уговорне одговорности. Старија правна теорија стоји на становишту да је уговорна одговорност субјективна, односно да је основ уговорне одговорности кривица.³ Насупрот већинском схватању наше старије правне теорије, у новијој правној теорији појавила су се схватања да је уговорна одговорност објективна, што значи да се не заснива на кривици дужника за штету нанету неиспуњењем или неуредним испуњењем уговорне обавезе.⁴ Разлог постојања различитих схватања у погледу основа уговорне одговорности састоји се у различитом тумачењу члана 263 ЗОО, који регулише ослобођење од уговорне одговорности. Према овом члану, дужник се 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.

Присталице схватања о објективној уговорној одговорности сматрају да „околности које дужник није могао спречити, отклонити или

2 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

3 Тодор Ачански, *Појам више силе у грађанском праву*, магистарски рад, Београд, 1977, 163; Живомир Ђорђевић, „Члан 262“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, 759–760; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987, 391; Александар Јакшић, „Квалификација уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Правни животи*, бр. 9–10/1992, 1210; Јаков Радишић, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018, 204; Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни животи*, бр. 3–4/2002, 21–23; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2011, 439; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 15. издање, 2016, 65–66; Небојша Јовановић, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020, 49–57.

4 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, 2. издање, Београд, 2019, 46–64; Милена Ђорђевић, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Хармониус*, 2015, 42–44.

избећи“ представљају вишу силу, те ослобођење дужника од одговорности једино доказом више силе значи да је уговорна одговорност објективна. Присталице схватања о субјективној уговорној одговорности сматрају да „околности које дужник није могао спречити, отклонити или избећи“ обухватају не само вишу силу, већ и случај.⁵ Стога, ако се дужник може ослободити од одговорности доказујући случај, то значи да је уговорна одговорност субјективна.

Раније смо изнели мишљење да „околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи“ не би требало да обухвате само вишу силу, већ и случај. Наиме, да би се радило о вишој сили, потребно је да се ради о околности ван ствари, односно о спољњој околности (спољњем узроку),⁶ као што је формулисано у члану 177 ЗОО, који се неспорно односи на вишу силу јер регулише ослобођење од одговорности за штету од опасне ствари и опасне делатности.⁷ У Скици за законик о облигацијама и уговорима коришћен је израз „страни узрок“ на тај начин што је предвиђено да се дужник 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 он не одговара.⁸ На основу формулације из Скице јасно је да је према Скици уговорна одговорност објективна. Формулација у ЗОО се јасно разликује од формулације из Скице и по обухвату је шира јер не помиње ни вишу силу ни страни узрок који је спречио дужника да изврши уговорну обавезу, што значи да дужник може доказивати да је штета настала услед унутрашње околности. Дакле, овом широм формулацијом члана 263

5 Врховни касациони суд се изјаснио да околности које се нису могле спречити, избећи или отклонити не морају имати карактер више силе, а да одговорност за штету која настане поводом дужности испуњења уговорне обавезе од стране дужника почива на претпостављеној кривици дужника. Вид. Пресуду Врховног касационог суда Прев. 173/2011 од 9. 2. 2012. године, доступно у правној бази *ParagrafLex*. У једној пресуди суд је чак истицао да је тужени „поступао са пажњом доброг домаћина“, те у складу са чланом 263 ЗОО није одговоран за неизвршење своје обавезе. Вид. Пресуду Вишег суда у Крагујевцу Гж. 590/2011 од 14. 11. 2011. године, доступно у правној бази *ParagrafLex*.

6 У литератури се наводи да је једно од основних обележја више силе спољашњост. Узрок штете треба да буде спољан, да долази споља као околност која није везана за субјекта, његову вољу и његову активност. Вид. Тодор Ачански, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том III, Београд, 1978, 734, 738; Ј. Радишић, 260; Н. Јовановић, 49.

7 Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 208.

8 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима* (даље у тексту: Скица), Београд, 1969, чл. 208.

ЗОО ипак је обухваћен и случај, што води закључку да је уговорна одговорност у нашем праву субјективна.⁹

У правној теорији има мишљења да, иако је субјективна одговорност у грађанском праву правило, кривица се објективизује те се „одговорност у грађанском праву лагано помера од кривице, схваћене потпуно субјективистички, до погрешке схваћене готово у објективном смислу“.¹⁰ Кривица се посматра као пропуст у понашању који има обележја готово објективне одговорности, а увођење претпоставке о кривици објективизује одговорност.¹¹ Истиче се да претпоставка кривице, на основу чињенице што је неко лице проузроковало штету, мења карактер одговорности у оквирима материјалног (грађанског) права, а на плану процесног права ремети примену основног начела да тужилац треба да докаже све што тврди.¹² Чини се да претпоставка кривице ипак није у супротности са процесним правилом да тужилац треба да докаже своје тврдње. Закон о парничном поступку предвиђа да странка која тврди да има неко право сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, *ако законом није другачије њрописано (јодв. ауиј.)*.¹³ У случају одговорности за штету насталу неизвршењем или неуредним извршењем уговора потребно је доказати чињенице које су битне за остваривање права на накнаду такве штете. Имајући у виду да је уговорна одговорност субјективна, кривица јесте неопходна за остваривање права на накнаду штете, те би се према правилу ЗПП (члан 231) морала доказивати, *ако законом није другачије њрописано*. Закон о облигационим односима управо је закон који је питање кривице другачије прописао јер се кривица претпоставља, односно не мора да се доказује у складу са чланом 231 ЗПП. Због тога се може закључити да претпоставка кривице не ремети примену основног начела да тужилац треба да докаже своје тврдње. Тужилац ће доказивати остале чињенице битне за остваривање права на накнаду штете (неизвршење или неуредно извршење уговорне обавезе, штету и узрочну везу), што значи да ће доказивати насталу штету и њену висину, а кривица ће се претпостављати.

9 За побијање тумачења о објективној одговорности путем примене историјског, систематског и језичког (граматичког) тумачења уместо свих: Н. Јовановић, 49–57.

10 Миодраг Орлић, „Есеј о кривици“, *Правни животи*, бр. 1–2/2009, 195.

11 *Ibid.*, 196, 198.

12 *Ibid.*, 198.

13 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени јласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 231 ст. 2.

II Уговорна одговорност складиштара

1. Субјективна или објективна одговорност?

а) Српско право

1) Закон о облигационим односима

У нашој правној теорији преовлађује мишљење да је уговорна одговорност складиштара објективна.¹⁴ Наиме, истиче се да складиштар може одговарати и када је штета проузрокована без његове кривице, односно ако је штета проузрокована случајем.¹⁵ Постоје два разлога за овакво схватање. Први је да одговорност складиштара мора бити оштрија у односу на одговорност оставопримца, који одговара по начелима субјективне одговорности.¹⁶ Други разлог за став о објективној одговорности складиштара је тумачење одредбе ЗОО, која предвиђа да складиштар одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.¹⁷

У правној теорији се обично истиче да „околности које се нису могле избећи или отклонити“, услед којих је настала штета на роби, представљају вишу силу, што води закључку да је уговорна одговорност складиштара објективна, јер га само виша сила ослобађа од одговорности.¹⁸ Међутим, како је објашњено у првом делу овог рада, у формулацији одредбе о ослобођењу складиштара од одговорности не спомиње се спољњи узрок (узрок ван ствари), што је централни елемент више силе. Ако се прихвати становиште да „околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи“ из члана 263 ЗОО обухватају и вишу силу и случај, требало би исто закључити и за одредбу о одговорности складиштара, с обзиром на то да се околности које складиштара ослобађају од одговорности дефинишу на исти начин као околности из општег правила о ослобођењу дужника од одговорности.

14 М. Васиљевић, 66, 169; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, 446; Н. Јовановић, 53–54; Александар Заварко, *Појам и врсте уговора о ускладишћењу*, магистарски рад, Нови Сад, 1985, 51, 108.

15 М. Васиљевић, 169; И. Јанковец, 447; Н. Јовановић, 53–54.

16 И. Јанковец, 446. Вид. ЗОО, чл. 714 ст. 1.

17 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

18 Н. Јовановић, 53–54; Светислав Аранђеловић, *Уговор о ускладишћењу*, Београд, 1990, 40–41; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној промету*, Нови Сад, 1996, 257.

Иако се у правилу ЗОО о ослобођењу складиштара од одговорности не спомиње страни, непредвидив и несавладив узрок (што су неопходни елементи више силе), у правној теорији је изнето мишљење да складиштар, ипак, одговара објективно, а да је непомињање „страног узрока“ код одговорности складиштара омашка у писању ЗОО.¹⁹ Главни аргумент у прилог објективне одговорности складиштара је да се посебно правило о његовој одговорности предвиђа управо да би се одступило од општег правила о уговорној одговорности. Другим речима, ако је по општем правилу уговорна одговорност субјективна, посебна одредба о ослобођењу складиштара од одговорности је непотребна ако успоставља исту одговорност за губитак и оштећење ускладиштене робе као за остале врсте штете услед повреде уговорне обавезе. Правно-логички посматрано, било је потребно унети посебну одредбу да би складиштар одговарао другачије од општег режима уговорне одговорности.

Још један аргумент у прилог објективне одговорности складиштара је то што је складиштар професионалац (трговац, привредни субјект), што значи да је стручан за чување робе у складишту, те му не треба опростити случајну штету.²⁰ Међутим, захтев за повећаном пажњом складиштара (пажња доброг стручњака) ипак није одлика објективне одговорности. Код субјективне одговорности је акценат на пажњи приликом извршавања уговорних обавеза, јер је један од разлога за ослобођење од субјективне одговорности доказивање дужника да је у испуњењу обавезе уложио дужну пажњу, односно да је поступао са пажњом која се од њега захтевала (на пример, са повећаном пажњом – пажњом доброг стручњака).²¹ Дакле, ако складиштар одговара објективно, није нужно истицати да ли је професионалац, те да мора уложити пажњу доброг стручњака или нешто нижи степен пажње – пажњу доброг привредника. И када би доказао да је поступао са дужном пажњом, не би се могао ослободити објективне одговорности. Другим речима, ако се захтева пажња, онда се тиме указује на кривицу.²²

Има аутора који тврде да складиштар одговара субјективно по принципу претпостављене кривице.²³ Међутим, један од аутора, иако

19 Н. Јовановић, 53–54.

20 *Ibid.*, 54.

21 Ако је одговорност субјективна, дужник се ослобађа од одговорности доказујући да није крив за штету, а то може учинити на два начина. Први, дужник се ослобађа од одговорности за штету ако докаже стварни узрок штете (на пример, виша сила или случај). Други, и ако узрок штете остане непознат дужник ће се ослободити од одговорности ако докаже да је поступао са пажњом која се од њега захтевала.

22 Н. Јовановић, 60.

23 Иво Жувела, „Члан 731“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 1665; Зоран Антонијевић, *Привредно*

помиње одговорност складиштара по принципу претпостављене кривице, даље објашњава да складиштар не одговара за штету на роби која настаје дејством *више силе*, кривицом оставодавца или због природног својства робе.²⁴ Дакле, пропушта да спомене случај, иако тврди да је одговорност складиштара субјективна.

У вези са одговорношћу складиштара потребно је направити разлику између уговора о ускладиштењу и уговора о закупу складишта (уговора о закупу складишног простора). Тако је Врховни суд Србије истакао да је извршење обавезе складиштара условљено пријемом робе у државину, те ако државине и чувања робе нема, не може бити ни одговорности складиштара у смислу члана 731 ЗОО.

„[...] Тужени је затворени складишни простор издавао трећим лицима не водећи рачуна о већ ускладиштеној роби. [...] То указује да је извршење обавезе складиштара условљено пријемом робе у државину. У конкретном случају тај услов није испуњен. Напротив, садржина одредбе члана 2 уговора парничних странака од 28. 6. 1990. године указује да се обавеза туженог исцрпљује у предаји дела затвореног складишног простора туженом. У том смислу је и одредбом члана 34 цитираног уговора прописано да ће се примопредаја закупљеног простора извршити комисијски и о томе сачинити посебан записник.“²⁵

Код уговора о закупу закуподавац не сноси одговорност за нестанак и оштећење ствари које је закупац унео у закупљени простор, јер је закуподавац закупцу изнајмио простор над којим државину има закупац. Чином заузимања простора закуподавац губи државину над простором, а тиме и могућност за државину над робом која се у том простору налази.²⁶ Државина је конститутивни елемент оставе и ускладиштења, а тиме и обавезе чувања предмета посла, из чега проистиче одговорност оставопримца и складиштара за штету поводом робе. Насупрот томе, обавеза закуподавца престаје стављањем закупцу на располагање предметног простора над којим ће закупац имати државину – како над њим, тако и на свему што у њега унесе.²⁷ У том случају не може се говорити о одговорности складиштара за нестанак и оштећење робе.

право, Београд, 1986, 352.

24 И. Жувела, 1665.

25 Решење Врховног суда Србије, Прев. 20/2004 од 25. 3. 2004. године, доступно у правној бази *ParagrafLex*.

26 Светислав Јанковић, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2011, 187–188.

27 *Ibid.*, 187.

2) Скица за законик о облигацијама и уговорима

У Скици професора Константиновића предвиђено је да „јавно складиште не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, као ни за промене у тежини или особинама робе које би биле искључиво последица њене природе, или њених недостатака, или њеног приређења.“²⁸ Приређење ствари је стари израз за „додатак“, те се у контексту одговорности складиштара може тумачити и као паковање (амбалажа) робе. Ово је једино правило о одговорности складиштара које Скица садржи. Када се анализира наведена формулација, могућа су два закључка.

Први закључак би могао бити да складиштар не одговара само за оно случајно оштећење или случајну пропаст ствари која је последица природе робе или њених недостатака, док за остале случајне штете (на пример, крађа робе) одговара. Ако се прихвати овај закључак, то би значило да је у Скици појам случаја сужен тако да обухвата само штету услед разлога у самој ускладиштеној роби. Складиштар не би могао да се ослободи одговорности доказом да није крив путем доказивања било које околности која представља случај, већ само доказом случајне пропасти или оштећења ствари који су последица природних својстава робе. Ово води закључку да уговорна одговорност складиштара према Скици није ни чисто субјективна ни чисто објективна, већ би се могло рећи да је мешовита, односно субјективно-објективна.²⁹ Међутим, ако се одговорност складиштара схвати као мешовит режим, то би значило да се истовремено примењују правила и субјективне и објективне одговорности, што је контрадикторно. Како је скренута пажња у нашој правној теорији, „требало би начелно избегавати мешовите, субјективно-објективне, апсолутно-релативне и друге слично (до контрадикторности и диспаратности) неодређене конструкције, које остављају отвореним питања битних елемената правне квалификације основа одговорности, грађанскоправне санкције коју треба применити и других сличних правних питања јер такве правне конструкције не само што немају практичну, правно-догматичку примењивост ни сазнајно-теоријску научну вредност већ теоријски легитимишу правну

28 Скица, чл. 759 ст. 2.

Напомена – Скица дефинише уговор о ускладиштењу тако што предвиђа да је једна уговорна страна *јавни* складиштар. Чини се да је проф. Константиновић тиме уговор о ускладиштењу оквалификовао као уговор у привреди, имајући у виду да се, када овај уговор закључује приватни складиштар који нема својство трговца, не ради о уговору у привреди, већ грађанскоправном уговору. Више о значају разлике између приватног и јавног складиштара вид. у делу II – 3 овог рада.

29 Правна теорија наводи да постоји и мишљење (идеја) о мешовитој уговорној одговорности (одговорности која није до краја ни субјективна ни објективна). Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 409; М. Караникић Мирић, 61.

арбитражност.³⁰ Стога би, ипак, требало одредити да ли је одговорност складиштара према Скици субјективна или објективна. Ако би се прихватио први закључак, по коме би се сматрало да се складиштар ослобађа одговорности ако докаже случајну пропаст или оштећење ствари, али само услед природних својстава и мана робе, а не и друге околности које представљају случај, то би значило да је његова одговорност, ипак, објективна. Дакле, према Скици основ уговорне одговорности је узрочна веза, с тим што је у посебној одредби складиштару дата могућност да се ослободи од одговорности и због случаја, али само када се он тиче својстава или мана чуване ствари.

Други закључак је да складиштар ни у ком случају не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, односно да не одговара за случај. То би значило да је одговорност складиштара према Скици субјективна, јер би се складиштар ослободио од одговорности доказујући да је ствар оштећена или је пропала дејством било ког случаја, а не само случајне пропасти или оштећења робе који су последица њене природе или недостатака. Чини се да би исправније било прихватити други закључак из неколико разлога.

Прво, Скица није предвидела правило о ослобођењу складиштара од одговорности које би имало формулацију као опште правило о ослобођењу од уговорне одговорности из члана 208 Скице. Према општем правилу складиштар би се ослободио од одговорности доказујући да је ствар пропала или је оштећена услед више силе или неким другим страним узроком за који он не одговара. Могло би се тврдити да се опште правило Скице о ослобођењу дужника од одговорности примењује и код ослобођења складиштара од одговорности. У том случају, посебно правило из члана 759 Скице би било „додатак“ у односу на опште правило, јер би се складиштар могао ослободити од одговорности, поред општег правила, и ако докаже да је ствар пропала или је оштећена као последица природе робе, њених недостатака или амбалаже. Међутим, формулација у члану 759 Скице није таква да треба сматрати да је у питању додатни разлог за ослобођење од објективне одговорности, већ посебно правило (различито од општег) о ослобођењу складиштара од одговорности. То нас доводи до другог разлога за тврдњу да је одговорност складиштара према Скици субјективна.

Друго, језичким (граматичким) тумачењем члана 759 става 2 Скице не би било исправно закључити да је предвиђено ослобођење складиштара од одговорности ако је ствар случајно пропала или је оштећена, али само под условом да је случајна пропаст или оштећење резултат природних својстава или мана робе. Наиме, предвиђено је да

30 М. Караникић Мирић, 61 фн. 167.

складиштар „не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, као ни за промене у тежини или особинама робе које би биле искључиво последица њене природе, или њених недостатака или њеног приређења“. Односна заменица „које“ односи се на *промене у тежини или особинама робе*, а не и на случајну пропаст или оштећење ствари. Да би се односила и на промене у тежини или особинама робе и на случајну пропаст или оштећење ствари, морала би се користити односна заменица „који“ („који би били“). У том случају складиштар не би одговарао за промене у тежини или особинама робе, ни за случајну пропаст или оштећење робе, ако су проузроковани *искључиво* природом или недостацима робе. Другим речима, појам случаја би био сужен само на оштећење или пропаст робе који су проузроковани њеном природом и недостацима, и само доказивањем таквог (суженог) случаја складиштар би се могао ослободити од одговорности (као што смо навели у првом могућем закључку). Међутим, с обзиром на то да се користи односна заменица „које“, наведена формулација значи да се складиштар ослобађа од одговорности ако докаже случајну пропаст или оштећење ствари, с једне стране, или, с друге стране, ако докаже да су промене у тежини или особинама робе искључиво последица њене природе, недостатака или приређења. Поред тога, коришћење негације „као ни“ упућује на овај закључак означавајући да складиштар не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, али не одговара ни за промене у тежини или особинама робе, које су искључиво последица њене природе, недостатака или њеног приређења. Дакле, одредбом члана 759 Скице предвиђено је да се складиштар ослобађа од одговорности ако докаже да је пропаст или оштећење робе последица случаја, што значи да је његова одговорност према Скици субјективна.

Занимљиво је да у Скици (за разлику од ЗОО) код уговора о ускладиштењу није предвиђена сходна примена правила о остави. Имајући у виду да оставопримац према Скици одговара објективно у складу са општим правилом из члана 208, сходна примена правила о остави на уговор о ускладиштењу значила би примену општег правила о ослобођењу од уговорне одговорности, иако би се опште правило у сваком случају (и без сходне примене правила о остави) могло применити на уговор о ускладиштењу. Међутим, посебно правило о искључењу одговорности складиштара (које је различито од општег правила из члана 208) подразумева да је његова уговорна одговорност субјективна. То не значи да се опште правило о ослобођењу од уговорне одговорности уопште не примењује код уговора о ускладиштењу, већ значи да се складиштар може ослободити од одговорности према посебном правилу – доказујући случајну пропаст или оштећење робе, а

тим пре ће се ослободити од одговорности доказујући вишу силу према општем правилу.

На субјективну одговорност складиштара у одређеној мери упућује и правило Скице по коме је складиштар дужан да *брижљиво чува* робу и да је надгледа.³¹ Наведеним правилом скреће се пажња на одређени степен пажње који складиштар треба да уложи приликом чувања робе, што је, како смо навели, аргумент у прилог субјективне одговорности.

Оправдано се поставља питање зашто би Скица предвиђала субјективну одговорност складиштара у посебном правилу, ако опште правило, неспорно, предвиђа објективну уговорну одговорност, посебно што складиштар не би требало да одговара блаже од оставопримаца. Не би било оправдано да оставопримац, који није професионалац, одговара објективно (према општем правилу Скице), а да складиштар, који је професионалац, одговара субјективно. Могло би се рећи да је циљ правила о ослобођењу складиштара од одговорности био да се ризик случајне штете која настаје искључиво због унутрашњих својстава робе (која складиштару нису позната) не пребаци на складиштара. Међутим, чини се да је дошло до омашке у формулацији посебног правила о ослобођењу складиштара од одговорности, те да је оно требало да гласи да складиштар „не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, као ни за промене у тежини или особинама робе *који би били* искључиво последица њене природе, или њених недостатака или њеног приређења“. Оваква формулација би значила да је одговорност складиштара објективна, јер би се могао ослободити од одговорности само ако је ствар случајно пропала или је оштећена *услед њериродне и недостатака саме робе*. С друге стране, могуће је да је проф. Константиновић имао у виду да је према Закону о јавним складиштима из 1930. одговорност складиштара била субјективна,³² а узео је у обзир да је субјективна и у *common law* систему (под чијим је утицајем био приликом писања Скице),³³ те је под тим утицајем и предвидео субјективну одговорност складиштара. Једино што се према Скици складиштар не може ослободити од одговорности ако докаже да је уложио дужну пажњу (као у *common law* систему и према Закону о јавним складиштима), већ ако докаже стварни узрок штете.

31 Скица, чл. 759 ст. 1.

32 Закон о јавним складиштима Краљевине Југославије – Закон о јавним складиштима, *Службене новине*, бр. 200/1930. Детаљније о одговорности складиштара према овом закону вид. у наредном делу рада.

33 Н. Јовановић, 50 фн. 26.

3) Закон о јавним складиштима из 1930.

Законом о јавним складиштима из 1930. године било је предвиђено да јавно складиште „одговара за сву штету која настане услед тога што у складишном пословању није поступало *марљивошћу уредној трговца*“.³⁴ Из наведеног правила се закључује да је Законом о јавним складиштима била предвиђена субјективна одговорност складиштара, при чему се захтевала пажња доброг привредника (марљивост уредног трговца) као пажња коју складиштар мора да уложи приликом чувања робе. Дакле, помињање марљивости уредног трговца значило је да се за одговорност складиштара захтевала кривица. При том, радило се о претпостављеној кривици складиштара, имајући у виду правило овог закона према коме доказивање да је складиштар поступио као уредан трговац пада на његов терет.³⁵

Субјективна одговорност јавног складиштара која је била предвиђена Законом о јавним складиштима истиче се чак као један од аргумената да је одговорност складиштара према ЗОО објективна, узимајући у обзир историјско тумачење законских правила о његовој одговорности. „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“.³⁶

Међутим, не може се са сигурношћу тврдити да су писци ЗОО хтели да предвиде објективну одговорност складиштара зато што је према Закону о јавним складиштима његова одговорност била субјективна, а они та правила нису преузели. Правило о одговорности складиштара јесте измењено у односу на Закон о јавним складиштима, али не значи да су законописци имали намеру да се измени основ уговорне одговорности складиштара. Ако би се стало на становиште да је одговорност складиштара према ЗОО субјективна, то би значило да су писци ЗОО изменили начин ослобођења складиштара од одговорности. Уместо да доказује да је приликом складиштења поступио са марљивошћу уредног трговца (уложио пажњу доброг привредника), писци ЗОО су предвидели да мора доказати стварни узрок штете (околност која се није могла избећи или отклонити). Дакле, ако је Законом о јавним складиштима неспорно била предвиђена субјективна одговорност складиштара, сасвим је могуће да су и писци ЗОО желели да задрже субјективну одговорност,

34 Закон о јавним складиштима, пар. 22.

35 Закон о јавним складиштима, пар. 22.

36 Н. Јовановић, 54.

али тако што ће доказни терет за ослобођење од одговорности бити тежи, јер складиштар мора доказати околност која је узрок штете и да је није скривио, што значи да он сноси ризик за непознат узрок штете. Међутим, треба имати у виду да је према Закону о јавним складиштима складиштар био дужан да робу у складишту осигура, те су тиме оставодавци били заштићени (иако је била предвиђена субјективна одговорност складиштара), јер су штету накнађивали од осигурача, а осигурач се регресирао од јавног складиштара, ако је он штету на роби изазвао скривљено. ЗОО није предвидео обавезно осигурање робе у складишту (већ само ако је тако уговорено – члан 732 став 1), те би предвиђање објективне одговорности складиштара било оправдано како би се оставодавци заштитили.

Има схватања да значајан број одредаба Закона о јавним складиштима и даље важи на основу Закона о неважности правних прописа из 1946. године.³⁷ Прописи на које се односи наведени закон могли би се применити ако у одређеном питању постоји правна празнина, а решења конкретног закона су у складу са уставним поретком. У том погледу значајан број одредаба Закона о јавним складиштима је, теоријски посматрано, и данас применљив на питања везана за јавног складиштара, јер у тој материји у нашем праву постоји правна празнина, а његова решења нису супротна уставном поретку.³⁸ Међутим, по питању одговорности складиштара не постоји правна празнина јер је ово питање уређено у ЗОО. Због тога правило о одговорности јавног складиштара из Закона о јавним складиштима више не важи, јер је супротно у односу на важеће правило ЗОО.³⁹

4) Нацрт Грађанског законика

У Нацрту Грађанског законика Републике Србије одредба о ослобођењу дужника од уговорне одговорности је остала иста (преузета је из ЗОО). То значи да дилема о основу уговорне одговорности, која постоји у правној теорији, Нацртом Грађанског законика није решена.⁴⁰

Поводом одговорности складиштара у Нацрту ГЗ направљена је разлика између одговорности јавног и нејавног складиштара. Јавни

37 Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 86/1946, 105/1946 и 96/1947.

38 Вук Радовић, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и приврега*, бр. 7–9/2019, 77; Petar Ceronja, „Ugovor o uskladištenju u hrvatskom i makedonskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61, бр. 2/2011, 826–827.

39 Н. Јовановић, 54.

40 Вид. Нацрт Грађанског законика Републике Србије – Нацрт ГЗ, доступно на адреси: mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf, 4. 4. 2020, чл. 450 ст. 2.

складиштар одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована услед *сиољних околности* које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.⁴¹ Из наведене формулације се види да је Нацрт ГЗ предвидео објективну одговорност јавног складиштара, с обзиром на то да је прецизирано да околности које се нису могле избећи или отклонити морају бити спољне. То значи да се складиштар може ослободити од одговорности само доказом више силе.

Насупрот јавном складиштару, нејавни (приватни) складиштар се може ослободити од одговорности ако докаже да је штета проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.⁴² Као што се може приметити, код ослобођења нејавног складиштара од одговорности нису спомињане спољне околности, што је основна разлика између прва два става члана 1133 Нацрта ГЗ који регулишу ослобођење складиштара од одговорности. С обзиром на то да се код нејавног складиштара не захтева да околност, која се није могла отклонити или избећи, буде спољна, то значи да може бити и унутрашња, односно може представљати случај. Могућност ослобођења нејавног складиштара од одговорности доказивањем случаја значи да је према Нацрту ГЗ уговорна одговорност нејавног складиштара субјективна. Иста формулација која се у Нацрту ГЗ користи за ослобођење нејавног складиштара од одговорности користи се у члану 263 ЗОО и члану 450 Нацрта ГЗ, што значи да су писци Нацрта ГЗ заузели становиште да „околности које се нису могле спречити, избећи или отклонити“ обухватају и вишу силу и случај. То, даље, значи да су сматрали да је према општем правилу уговорна одговорност субјективна. Другим речима, не би се правила разлика између јавног и нејавног (приватног) складиштара и њихова одговорност се не би регулисала у различитим ставовима истог члана да је намера била да и један и други одговарају објективно.

Ово би се могло посматрати као још један аргумент у прилог субјективне одговорности складиштара према ЗОО, имајући у виду да се формулација из Нацрта ГЗ у погледу околности које нејавног складиштара ослобађају од одговорности поклапа са формулацијом ЗОО о ослобођењу складиштара од одговорности (не спомињу се спољне околности). Једина разлика састоји се у томе што ЗОО није раздвојио јавног и нејавног складиштара, односно уопште није уредио јавног складиштара.

41 Нацрт ГЗ, чл. 1133 ст. 1.

42 Нацрт ГЗ, чл. 1133 ст. 2.

Рекло би се да је раздвајањем јавног и нејавног складиштара и различитим правилима о њиховом ослобођењу од одговорности Нацрт ГЗ решио дилему у погледу основа уговорне одговорности складиштара. Међутим, Нацртом ГЗ је предвиђено и правило по коме је јавни складиштар дужан брижљиво чувати робу и надгледати је, а не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, као ни за промене у тежини или особинама робе које би биле искључиво последица њене природе, њених недостатака или њеног приређења.⁴³ Ова формулација преузета је из Скице (чл. 759 ст. 2). Како смо објаснили у претходном излагању, на основу наведене формулације језичким (граматичким) тумачењем долази се до закључка да јавни складиштар одговара субјективно, имајући у виду да се ослобађа од одговорности ако докаже случајну пропаст или оштећење ствари. Скица је предвидела једино ову одредбу која се односи на ослобођење јавног складиштара од одговорности. Међутим, Нацрт ГЗ поред ове одредбе садржи и поменућу одредбу из члана 1133 којом је предвиђена објективна одговорност јавног складиштара (ослобођење од одговорности искључиво доказом више силе – спољних околности које се нису могле избећи или отклонити). У том смислу, једна одредба Нацрта ГЗ предвиђа субјективну, а друга објективну одговорност јавног складиштара. Као и код решења Скице, можда би се могло тврдити да се одредба о ослобођењу од одговорности због случајне пропасти или оштећења ствари односи само на случајну пропаст услед природних својстава или мана ствари, што би значило да наведене одредбе Нацрта ГЗ не искључују једна другу. Ипак, у том случају би се поставило питање зашто би се природна својства и мане робе наводиле у два различита члана као разлог ослобођења јавног складиштара од одговорности. Додатно, навели смо да језичко (граматичко) тумачење одредбе Скице о ослобођењу јавног складиштара од одговорности ако докаже случајну пропаст или оштећење ствари подразумева (иако вероватно услед омашке у формулацији) било коју случајну пропаст или оштећење ствари, што значи да јавни складиштар ипак одговара субјективно. Чини се да су писци Нацрта ГЗ преписали одредбу из Скице и одредбу из ЗОО уз прецизирање одредбе ЗОО убацивањем у формулацију „спољних околности“. Преписивање обе одредбе је довело до тога да Нацрт ГЗ садржи две одредбе о ослобођењу јавног складиштара од одговорности које се међусобно искључују. По свему судећи, намера писца овог дела Нацрта је била да се предвиди објективна одговорност јавног складиштара (зато и јесу предвиђене *спољне* околности као ослобађајући разлог), али је додатно правило о ослобођењу због случаја (случајне пропасти и оштећења робе) грешком преписано из Скице.

43 Нацрт ГЗ, чл. 1132.

Додатни проблем у погледу одговорности складиштара према Нацрту ГЗ је што Нацрт ГЗ није дефинисао ко је јавни, а ко приватни складиштар, односно која је разлика између јавног и приватног складиштара, а предвиђено је на који начин се могу ослободити од одговорности.

5) Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе и Царински закон

У Србији недостаје генерално уређење концепта јавног складиштара. Постоје прописи који се позивају на јавне складиштаре и уређују њихову делатност претпостављајући њихово постојање.⁴⁴ То су Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе, који уређује делатност јавног складиштара за ускладиштење пољопривредних производа⁴⁵ и Царински закон, према коме царинско складиште може бити јавно или приватно складиште.⁴⁶

Према *ЗЈСПП* јавни складиштар је дужан да у обављању делатности поступа са повећаном пажњом према правилима струке и обичајима, односно са пажњом доброг стручњака.⁴⁷ Предвиђањем да јавни складиштар мора поступати са повећаном пажњом (пажњом доброг стручњака) *ЗЈСПП* предвидео је субјективну одговорност ове врсте јавног складиштара. То значи да би јавни складиштар за ускладиштење пољопривредних производа могао да се ослободи од одговорности доказивањем случаја, и то не само ако су губитак и оштећење робе наступили услед природних својстава или мана робе, већ доказивањем било које случајне околности (на пример, крађа робе). Због тога је *ЗЈСПП* предвидео да је јавни складиштар дужан да осигура ускладиштену робу од пожара, поплаве, земљотреса и крађе у року од три дана од пријема пољопривредног производа.⁴⁸ Предвиђање обавезног

44 В. Радовић, 78.

45 Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе – *ЗЈСПП*, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009 и 44/2018.

46 Царински закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 и 113/2017, чл. 129 ст. 1.

Напомена – У српским прописима се појам јавног складишта традиционално користи за означавање јавног складиштара. Међутим, овакво означавање је непрецизно, јер складиште представља простор који је намењен за смештај и чување робе, те се не може говорити о његовом правном субјективитету. Насупрот томе, јавни складиштар је субјект у праву, који пружа карактеристичну престацију код уговора о ускладиштењу, те је исправно користити управо термин „јавни складиштар“ када се говори о лицу које има одређене дужности у вези са пружањем услуга ускладиштења. Вид. В. Радовић, 78.

47 *ЗЈСПП*, чл. 38 ст. 1.

48 *ЗЈСПП*, чл. 42 ст. 2.

осигурања робе значи да су оставодавци довољно заштићени у погледу губитка и оштећења робе током ускладиштења. У том смислу, није ни било потребно предвиђати објективну одговорност складиштара специјализованог за ускладиштење пољопривредних производа.

ЗЈСПП предвидео је, у ствари, иста правила као Закон о јавним складиштима из 1930. (субјективна одговорност и обавеза осигурања робе), с том разликом што је Законом о јавним складиштима захтевана пажња доброг привредника (пажња марљивог трговца), а ЗЈСПП захтева већи степен пажње – пажњу доброг стручњака. Предвиђање субјективне одговорности складиштара чини се оправданим, имајући у виду да роба није код јавног складиштара без икакве контроле оставодавца, већ је јавни складиштар дужан да овлашћеном лицу дозволи да прегледа просторије, робу и да узима узорке од ње.⁴⁹ Поређења ради, код уговора о превозу ствари пошилилац и прималац током превоза немају контролу над пошиликом. „Ималац права је пасивни посматрач одвијања транспортне предаје ствари на превоз, тако да му је најчешће практично немогуће доказати понашање превозиоца у извршењу уговора о превозу.“⁵⁰ Дакле, роба је током превоза у потпуности „препуштена“ превозиоцу, што оправдава објективну одговорност превозиоца за губитак и оштећење робе.⁵¹ Међутим, иако оставодавац има право да прегледа робу и просторије, јасно је да нема потпуну контролу над робом (нема непосредну државину), јер су прегледи повремени и трају кратко. Оставодавац не може стално да борави у складишту и да чува робу сам или заједно са складиштарем. Ако би то био случај, оставодавац би, у ствари, закључио уговор о закупу складишног простора, а не уговор о ускладиштењу. Због тога аргумент који се тиче могућности да оставодавац прегледа робу током чувања не може бити искључиви аргумент у прилог субјективне одговорности складиштара.

Царински закон не садржи посебну одредбу о одговорности царинског јавног или приватног складишта, већ само предвиђа обавезе држаоца складишта.⁵² То значи да се на одговорност царинског складишта за штету која настане на роби током поступка царинског складиштења примењују општа правила о одговорности, што подразумева примену и

49 ЗЈСПП, чл. 14 ст. 1. И према ЗОО складиштар је дужан дозволити овлашћеном лицу да прегледа робу и узима узорке од ње. Вид. ЗОО, чл. 735.

50 Мирко Васиљевић, *Одговорности железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1991, 112.

51 Вид. ЗОО, чл. 671 ст. 1.

52 Држалац складишта одговоран је: 1) да се роба смештена у царинском складишту не узима испод царинског надзора; 2) за испуњење обавеза које произлазе из поступка царинског складиштења робе; 3) за испуњење посебних услова садржаних у одобрењу за управљање складиштем. Вид. чл. 131 Царинског закона.

општег правила о ослобођењу од уговорне одговорности из члана 263 ЗОО. Дакле, царинско складиште такође одговара субјективно за штету која настане на роби током поступка царинског складиштења.

б) *Сирана йрава*

У упоредном праву преовлађује правило да је уговорна одговорност складиштара субјективна.

У немачком праву складиштар је приликом ускладиштења робе дужан да уложи пажњу уредног трговца (*die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns*) и одговара за штету, осим ако докаже да штета није могла бити спречена пажњом уредног (брижљивог) трговца.⁵³ Дакле, према немачком праву за складиштара се не тражи пажња доброг стручњака, већ пажња доброг привредника. При том, у немачкој правној теорији се истиче да је у питању одговорност по основу претпостављене кривице (*vermutetes Verschulden*).⁵⁴ То значи да је терет доказивања улагања дужне пажње на складиштару.⁵⁵ Може се приметити да је одговорност складиштара у немачком Трговинском законнику уређена на готово исти начин као у Закону о јавним складиштима из 1930.

У швајцарском Законнику о облигацијама предвиђено је да складиштар има дужност пажње у погледу ускладиштене робе, и то исту дужност пажње као комисионар.⁵⁶ У том смислу, комисионар је дужан, када роба за продају очигледно има недостатак, да сачува права према превозиоцу, обезбеди доказ о стању робе са недостатком, сачува робу ако је то могуће и о томе одмах обавести налогодавца. Ако не поступи на овај начин, одговоран је за сву штету која настане његовим пропуштањем.⁵⁷ То би значило да би комисионар одговарао и за случајну штету, ако наведене обавезе не би испунио (дакле, поштрено, односно објективно). *Argumentum a contrario*, ако би наведене обавезе испунио, не би одговарао за случајну штету која настане услед недостатака у самој роби. Слична одредба постоји и код уговора о остави. Оставо-

53 Немачки Трговински законик из 1897. (*Handelsgesetzbuch*), доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>, 11. 4. 2020, §475.

54 Hans Brox, Martin Henssler, *Handelsrecht*, 22. Auflage, München, 2016, 259; Fritz Frantziach, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (Hrsg. Karsten Schmidt), München, 2009, 648.

55 F. Frantziach, 650–651.

56 Швајцарски Законик о облигацијама из 1911. (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Fünfter Teil: Obligationenrecht*; даље у тексту: ШЗО), доступно на адреси: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html>, 11. 4. 2020, чл. 483 ст. 1.

57 ШЗО, чл. 427 ст. 1 и 2.

примац не може користити ствар оставодавца без његове сагласности, а ако је користи, одговара за случајну пропаст ствари.⁵⁸ Швајцарски Законик о облигацијама садржи и једну одредбу коју садржи наш ЗЈСПП, која говори у прилог субјективне одговорности складиштара. Наиме, складиштар је дужан да оставодавцу омогући да врши преглед робе, да узима узорке и предузима мере потребне да се сачува роба, и то у свако доба.⁵⁹ То значи да оставодавац има одређену контролу над робом, те је оправдано да складиштар због тога одговара субјективно. Поред тога, према ШЗО опште је правило да је уговорна одговорност субјективна, јер је предвиђено да је дужник одговоран за штету по основу кривице која му се може приписати.⁶⁰

У *хрвајском* праву предвиђено је да складиштар одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована вишом силом, кривицом оставодавца, манама или природним својствима робе или неисправном амбалажом.⁶¹ Закључује се да је у хрватском праву предвиђена објективна одговорност складиштара. Одредба хрватског Закона о обвезним односима у погледу одговорности складиштара није спорна, с обзиром на то да се као разлог ослобођења складиштара од одговорности изричито наводи виша сила. Дакле, за разлику од српског ЗОО, хрватски закон не садржи формулацију „околности које се нису могле избећи или отклонити“ остављајући простор за различита тумачења у погледу тога да ли је законодавац имао у виду само спољне или и унутрашње околности.

У *common law* систему постоји уговор о поверавању (држању) ствари (*bailment*) као општи уговор *common law* система, који није познат у српском праву. У питању је уговор који у себи крије различите именоване уговоре и јавља се кад год неко лице вољно прими туђу ствар у привремену државину, било у своју корист, било у корист даваоца, без обзира на то да ли има право да је употребљава или не.⁶² Код поверавања ствари важи субјективна одговорност, с обзиром на то да се прималац ослобађа од одговорности, ако докаже вишу силу (*act of God*), случај (*accident*) или радњу трећег лица (*act of third person*).⁶³ Складиштење (*warehousing*) спада у наплатно поверавање представљајући, у ствари, наплатну оставу (*custody for reward*). Уговори о наплатном поверавању

58 ШЗО, чл. 474.

59 ШЗО, чл. 483 ст. 3.

60 ШЗО, чл. 99 ст. 1.

61 Закон о обвезним односима, *Narodne novine*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 и 29/18, чл. 745 ст. 1.

62 Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 217.

63 Н. Јовановић (2015), 229.

се у систему општег права схватају као трговачки по својој правној природи.⁶⁴ Код наплатне оставе прималац је дужан да чува ствар разумном пажњом (*reasonable care*), тако да ће за штету услед губитка или оштећења ствари одговарати само ако је крив. То значи да је одговорност примаоца субјективна, при чему се кривица претпоставља, те је на њему терет доказивања непостојања кривице. Међутим, он не мора да докаже стварни узрок штете, већ је довољно да докаже да је ствар чувао пажњом која се разумно могла захтевати у датим околностима, што значи да поверитељ сноси ризик за штету услед непознатог узрока.⁶⁵ Овде се уочава битна разлика у односу на српско право, јер у нашем праву оставопримац одговара субјективно са претпостављеном кривицом, али се може ослободити од одговорности само ако докаже стварни узрок штете и да за њега није крив, што значи да ризик за непознат узрок штете сноси оставопримац. Одговорност оставопримца у *common law* систему је објективна ако употребљава ствар или је преда другом на чување без сагласности поверитеља.⁶⁶ Исто правило важи и у нашем праву.⁶⁷

Амерички Једнообразни (Јединствени) трговински законик предвиђа да складиштар одговара за штету на ускладиштеној роби која је наступила јер приликом чувања робе није уложио пажњу коју би уложило разумно пажљиво лице (*a reasonably careful person*), односно просечно пажљиво лице у сличним околностима. Складиштар неће одговарати за штету која се не би могла избећи улагањем овакве пажње.⁶⁸ Овакав стандард пажње значи да је прихваћен „минималистички приступ“ у погледу одговорности складиштара. У питању је минимални стандард разумне пажње, што значи да је дозвољено правом сваке посебне државе предвидети другачија правила о поверавању која §7–204 не укида.⁶⁹ У сваком случају, истиче се да је §7 споредни извор права када је у питању стандард дужне пажње и одговорност складиштара, јер се о овим питањима одлучује *common law* методом судског одлучивања у зависности од околности сваког конкретног случаја (*case-by-case adjudication*).⁷⁰

64 *Ibid.*, 243.

65 *Ibid.*, 247.

66 *Ibid.*, 248.

67 ЗОО, чл. 715 и 716.

68 Амерички Једнообразни (Јединствени) трговински законик (*Uniform Commercial Code*; даље у тексту: UCC), доступно на адреси: <https://www.law.cornell.edu/ucc/7/7-204>, 11. 4. 2020, §7–204(a).

69 Drew L. Kershen, „Comparing the United States Warehouse Act and U.C.C. Article 7“, *Creighton Law Review*, Vol. 27, 1994, доступно на адреси: https://dspace2.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/40048/29_27CreightonLRev735%281993-1994%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 10. 4. 2020, 754–755.

70 D. L. Kershen, 756.

Потребно је узети у обзир околности сваког конкретног случаја, односно видети да ли је оставопримац у сваком конкретном случају уговором преузео већи терет од разумне пажње. У судској пракси се скреће пажња на значај формулације у уговору (примера ради, „оставопримац је дужан да врати аутомобил у суштински истом стању у коме га је примио“), где се, у ствари, не ради о законској обавези улагања дужне пажње, већ о одговорности за повреду уговорне обавезе. Тако је суд у случају *Spencer v. Glover* из 1980. године без позивања на улагање дужне пажње одлучио да је оставопримац одговоран за крађу камиона оставодавца, јер се оставопримац уговором обавезао да ће га вратити „у стању у коме га је примио“.⁷¹ То значи да ће оставодавац увек покушавати да докаже да је оставопримац уговором преузео већи терет од „минималне“ разумне пажње. Општи резултат је правна несигурност приликом оваквог судског одлучивања од случаја до случаја.⁷² Ипак, неспорно је да се у америчком праву ради о субјективној одговорности оставопримца – складиштара по основу непажње (*negligence-based liability*).

У руском праву уговор о ускладиштењу регулисан је Грађанским закоником, али нема посебне одредбе о одговорности складиштара. Имајући у виду да је уговор о ускладиштењу регулисан као посебна врста оставе, то значи да се на уговор о ускладиштењу примењују правила о остави.⁷³ Грађанским закоником Русије предвиђено је да оставопримац одговара за губитак и оштећење робе у складу са општим правилом уговорне одговорности из члана 401 Законика.⁷⁴ Опште је правило да је у руском праву уговорна одговорност субјективна, јер је предвиђено да дужник одговара за неиспуњење или неуредно испуњење обавезе ако постоји његова кривица. Дужник није крив, ако је предузео све мере за уредно испуњење обавезе улагањем степена пажње који се од њега захтевао с обзиром на врсту обавезе и услове промета.⁷⁵ Другим речима, кривица дужника се претпоставља (*презумиција вини*), а терет доказивања непостојања кривице је на страни која није испунила или је неуредно испунила своју обавезу.⁷⁶ Насупрот томе, у трговинским

71 Richard H. Helmholz, „Bailment Theories and the Liability of the Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care“, *University of Kansas Law Review*, Vol. 41, Nr. 97/1992, доступно на адреси: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8476&context=journal_articles, 10. 4. 2020, 112.

72 R. H. Helmholz, 113.

73 Грађански законик Руске Федерације (*Гражданский кодекс Российской Федерации*; даље у тексту: ГК РФ), доступно на адреси: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/, 11. 4. 2020, чл. 905.

74 ГК РФ, чл. 901 ст. 1.

75 ГК РФ, чл. 401 ст. 1.

76 Михаил Брагинский, Василий Витрянский, *Договорное право*, Москва, 2015, доступно на адреси: <http://www.e-reading-lib.com/chapter.php/7800/72/dogovornoe-pravo-kniga-pervaya-obschie-polozheniya.html>, 10. 4. 2020.

односима правило је објективна одговорност, имајући у виду да се дужник може ослободити од одговорности само ако докаже да није могао испунити обавезу услед више силе (*непреодолимая сила*) као изванредне и несавладиве околности.⁷⁷ Независно од тога што је општим правилом о уговорној одговорности предвиђена објективна одговорност код трговинскоправних послова, одредбама о остави је додатно предвиђено да оставопримац – професионалац одговара за губитак или оштећење робе, осим ако докаже да је то последица више силе или својстава робе о којима оставопримац приликом пријема робе није знао и није морао знати, или је последица умишљаја (намере) или грубе непажње оставодавца.⁷⁸ Из наведене одредбе произлази јасан закључак да оставопримац – професионалац (дакле, складиштар) одговара објективно за губитак и оштећење робе. Изузетак је субјективна одговорност оставопримца – професионалца за губитак или оштећење које је наступило након доласка оставодавца у доцњу у погледу преузимања робе, јер у том случају оставопримац одговара само ако је губитак или оштећење робе последица његове намере или грубе непажње.⁷⁹ Дакле, значајно се разликује одговорност оставопримца – професионалца (складиштара) и оставопримца коме складиштење није професионална делатност, јер први одговара објективно, а други субјективно.⁸⁰ Занимљиво је да се складиштар може ослободити од одговорности, између осталог, ако докаже да је губитак или оштећење робе последица намере или грубе непажње оставодавца (а не и кривице уопште). То би значило да не може да се ослободи од одговорности ако је губитак или оштећење робе последица обичне непажње оставодавца. Без обзира на то што постоји обавеза складиштара да током складиштења пружи оставодавцу могућност да прегледа робу или њене узорке, да узима узорке и предузима мере потребне за очување робе⁸¹ (као што је предвиђено и у нашем и швајцарском праву), што значи да оставодавац има одређени степен контроле над робом, ипак је предвиђено да складиштар одговара објективно за губитак и оштећење робе.

На међународном плану у погледу одговорности складиштара значајна је Конвенција УН о одговорности оператора транспортних терминала у међународној трговини из 1991. године.⁸² Оператер транспортних терминала је специфични складиштар, с обзиром на то да, у складу

77 ГК РФ, чл. 401 ст. 3.

78 ГК РФ, чл. 901 ст. 1 тач. 2.

79 ГК РФ, чл. 901 ст. 2.

80 Юрий Е. Булатецкий, Илья М. Рассолов, *Торговое (коммерческое) право*, Москва, 2012, 419–420.

81 ГК РФ, чл. 909 ст. 2.

82 Конвенција УН о одговорности оператора транспортних терминала у међународној трговини из 1991. године (*The United Nations Convention on the Liability of Operators*

са Конвенцијом, пружа услуге повезане са превозом (*transport-related services*), у шта спада и ускладиштење.⁸³ Значај ове конвенције је управо у томе што се у међународној трговини у превозу робе од складишта продавца до складишта купца међународни транспортни терминал често не може заобићи, а једна од његових делатности је складиштење робе. При том, превозиоци робе често покушавају да за штету на роби за коју одговарају одговорним учине складиштара.⁸⁴ Стога је значајно размотрити каква је одговорност међународних транспортних терминала као специфичних складиштара према овој Конвенцији. Чланом 5 Конвенције предвиђено је да је оператер одговоран за штету на роби, осим ако докаже да је предузео све мере које су разумно биле неопходне да би се одређена околност или њене последице избегле. Закључује се да је према Конвенцији одговорност складиштара субјективна, што је истакнуто и у образложењу Конвенције тврдњом да је основ одговорности оператера претпостављена кривица.⁸⁵ Разлог за предвиђање субјективне одговорности складиштара у међународној трговини састоји се у томе што оставодавци могу долазити у неке терминале да прегледају робу, узимају узорке или показују робу потенцијалним купцима, те оператер терминала не може имати потпуну контролу над робом. Ипак, власник робе (оставодавац), по правилу, не би могао да докаже да је губитак робе последица крађе или лоше организације приликом складиштења, јер се елементи доказа и средства за одређивање околности које су изазвале губитак или оштећење робе налазе у рукама складиштара. Због тога се терет доказивања кривице Конвенцијом није пребацио на оставодавца.⁸⁶ Претпоставка кривице складиштара је оправдана, имајући у виду да је разумно очекивати да би оператери ипак требало да организују одговарајући надзор над робом, те је на њима терет доказивања да нису одговорни за насталу штету.⁸⁷ Међутим, треба истаћи да, без обзира на значај који би ова Конвенција могла имати у међународној трговини у погледу постојања унификованих правила о одговорности складиштара, она није ступила на снагу, иако је усвојена још 1991. године. Наиме, Конвенцијом је предвиђено да ступа на снагу након депоновања петог

of Transport Terminals in International Trade – Конвенција), доступно на адреси: uncitral.org/pdf/english/texts/transport/ott/ott_e.pdf, 11. 4. 2020.

83 Конвенција, чл. 1 ст. 1 тач. д).

84 Зоран Радовић, „Осигурање оператера међународних транспортних терминала од одговорности“, *Токови осигурања*, бр. 1/2013, 5–6.

85 Вид. Образложење Конвенције (*Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*), §31.

86 Образложење Конвенције, §31; С. Аранђеловић, 41.

87 Образложење Конвенције, §31.

инструмента ратификације, прихватања, одобрења или приступања.⁸⁸ До сада су депонована само четири оваква инструмента, те она није ступила на снагу, а Србија је није ратификовала. Ипак, то не значи да не треба имати у виду њене одредбе приликом разматрања правила о одговорности складиштара, с обзиром на то да Конвенција предвиђа субјективну одговорност складиштара чак у међународној трговини, те би се могли узети у обзир разлози за овакав вид одговорности. Ако је разлог предвиђања субјективне одговорности складиштара у међународној трговини управо то што оставодавци имају одређену контролу над робом током складиштења, а оператери транспортних терминала би требало да организују одговарајући надзор над робом, тим пре је оставодавчева контрола над робом лакша у унутрашњем промету, што говори у прилог предвиђања субјективне одговорности складиштара.

2. Дужна пажња

Општа обавеза стране у облигационом односу је да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева с обзиром на врсту облигационог односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина). У извршавању обавезе из своје професионалне делатности страна у облигационом односу дужна је да у извршавању обавезе поступа са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).⁸⁹

Присталице тумачења о кривици као општем основу уговорне одговорности оправдавају свој став управо тиме што је, узимајући у обзир правило из члана 18 ЗОО, непажљиво понашање у испуњавању обавезе, у ствари, скривљена радња којом се она повређује, а тиме је и основ уговорне одговорности дужника.⁹⁰ Стога, ако говоримо о дужности складиштара да поступа са одређеним степеном пажње приликом ускладиштења робе, то је још један аргумент у прилог субјективне одговорности складиштара. Другим речима, нема потребе говорити о степеном дужне пажње ако складиштар одговара објективно, с обзиром на то да у том случају одговара без обзира на кривицу, те је ирелевантно да ли је уложио одређени степен пажње при чувању робе. И да је уложио дужну пажњу, одговарао би објективно за губитак или оштећење робе, односно не би могао да се ослободи од одговорности доказујући да је поступао са дужном пажњом. Дужна пажња је, ипак, релевантна приликом утврђивања обима одговорности складиштара. Ако складиштар

88 Конвенција, чл. 22 ст. 1.

89 ЗОО, чл. 18.

90 Н. Јовановић (2019), 44.

приликом чувања робе не би уложио дужну пажњу, то би могло да значи да је поступао грубо непажљиво или намерно, те би одговарао за штету неограничено (о томе детаљније у следећем делу рада).

Питање које се поставља у вези са дужношћу пажње је да ли је складиштар дужан да поступа са пажњом доброг привредника или са повећаном пажњом – пажњом доброг стручњака. Законом ово питање није изричито регулисано, па се поставља питање да ли треба применити правило које важи за оставопримца, имајући у виду да се на уговор о ускладиштењу сходно примењују правила о остави, ако правилима о ускладиштењу није друкчије регулисано.⁹¹

Код оставе уз накнаду оставопримац је дужан чувати ствар као добар привредник (односно добар домаћин).⁹² Сходном применом овог правила на уговор о ускладиштењу долази се до закључка да је складиштар дужан да поступа са пажњом доброг привредника. Има аутора који најпре наводе да је складиштар дужан да поступа са пажњом доброг привредника, а затим тврде да складиштар има обавезу да робу чува у складу са правилима струке.⁹³ Тиме остају нејасни по питању степена пажње који је складиштар дужан да уложи приликом чувања робе.

С друге стране, има и аутора чије се разматрање пажње коју складиштар треба да уложи своди на дискусију у погледу пажње доброг домаћина или пажње доброг привредника, а пажњу доброг привредника поистовећују са пажњом доброг стручњака.⁹⁴ Наводи се да је исправније схватање да је складиштар дужан да поступа са пажњом доброг привредника (а не доброг домаћина), с обзиром на то да прима накнаду, а послове обавља „као стручњак и професионалац“.⁹⁵ Исправно је становиште према коме није довољно да складиштар поступа са пажњом доброг домаћина, с обзиром на то да је пажња доброг домаћина степен пажње који се очекује од учесника у облигационом односу грађанског права.⁹⁶ Од сваког учесника у облигационом односу из уговора у привреди захтева се да приликом извршења уговорних обавеза покаже пажњу доброг привредника. Када је у питању извршавање обавеза из професионалне делатности, сваки учесник у облигационом односу дужан је да поступа са појачаном пажњом – пажњом доброг стручњака, односно да поступа према правилима струке и обичајима.

91 300, чл. 739.

92 300, чл. 714 ст. 1.

93 Јасна Дошен, *Уговор о складишном послу у нашем и ујоредном праву*, магистарска теза, Нови Сад, 2003, 35; А. Заварко, 46.

94 В. Капор, С. Царић, 255; А. Заварко, 51.

95 В. Капор, С. Царић, 254–255, 257.

96 М. Васиљевић (2016), 50; В. Капор, С. Царић, 254.

Ради се о својеврсној професионалној одговорности, коју регулишу и Опште узансе за промет робом, предвиђајући да се при оцени одговорности за накнаду штете узима у обзир и посебна пажња коју страни одговорној за штету налажу правила струке.⁹⁷ Занимљиво је да је Нацрт ГЗ код оставе уз накнаду предвидео да је оставопримац дужан чувати ствар као разуман и пажљив стручњак.⁹⁸ Узимајући у обзир да је Нацртом ГЗ предвиђена и сходна примена правила о остави на уговор о ускладиштењу (члан 1142), исти степен пажње би важио и за складиштара. Међутим, ово питање није од значаја за јавног складиштара, с обзиром на то да је Нацртом ГЗ предвиђена његова објективна одговорност. Приватни складиштар према Нацрту ГЗ одговара субјективно, али се чини да је пажња доброг стручњака строг захтев према њему, имајући у виду да он није трговац.

Како се истиче у литератури, „обавеза складиштара да поступа као уредан привредник је обавеза која се примењује увек, уколико није нешто конкретно одређено у уговору или пословним обичајима.“⁹⁹ Овакво схватање је засновано на сходној примени правила о остави на уговор о ускладиштењу, јер наплатни оставопримац мора да чува ствар пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.¹⁰⁰ Поређења ради, навели смо да је у *common law* систему прималац дужан да чува ствар разумном пажњом (*reasonable care*). Утисак је да је разумна пажња нижи степен пажње него што је пажња доброг домаћина, односно доброг привредника код наплатне оставе у српском праву.¹⁰¹ Дакле, у *common law* систему код ускладиштења се улаже чак нижи степен пажње од пажње доброг привредника. У српском праву је јасно да се код ускладиштења мора уложити пажња доброг привредника, али се поставља питање да ли је та пажња довољна или складиштар мора поступати са појачаном пажњом – пажњом доброг стручњака.

У нашој правној теорији заступљено је мишљење да је складиштар дужан да поступа са пажњом доброг стручњака.¹⁰² Наводи се да „пажња доброг складиштара имплицира да је реч о професионалцу за делатност ускладиштења, те да се ни од једног другог лица не може тражити да испуни виши стандард понашања у овој делатности.“¹⁰³ Чини

97 М. Васиљевић (2016), 50; Опште узансе за промет робом, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/54, узанса бр. 234.

98 Нацрт ГЗ, чл. 1108 ст. 1.

99 В. Капор, С. Царић, 255.

100 С. Аранђеловић, 28.

101 Н. Јовановић (2015), 246.

102 Н. Јовановић (2019), 54; В. Радовић, 80.

103 В. Радовић, 80.

се да је приликом одређивања степена пажње складиштара потребно поћи, прво, од поделе на грађанскоправни и трговинскоправни уговор о ускладиштењу (уговор у привреди). Затим је потребно узети у обзир поделу складиштара на приватног и јавног складиштара. На крају, степен пажње ће зависити и од поделе јавног складиштара на јавног складиштара општег и специјализованог типа.

Ако је уговор о ускладиштењу грађанскоправни уговор (јер оставодавац није привредни субјект), складиштар ће бити дужан да поступа са пажњом доброг домаћина. Ако је уговор о ускладиштењу уговор у привреди (јер је оставодавац привредни субјект који уговор о ускладиштењу са складиштарем закључује у оквиру предмета свог пословања или у вези са делатностима које чине предмет његовог пословања), складиштар ће бити дужан да поступа са повећаном пажњом. Овакав став произлази из општег правила о степену дужне пажње у грађанскоправним уговорима и уговорима у привреди. Међутим, чини се да би се тиме вршила дискриминација корисника услуга складиштара. Није оправдано да складиштар чува исту ствар једном лицу пажљивије, а другом мање пажљиво само зато што имају различито својство, при чему та лица плаћају исту цену за исту услугу.

Ако оставодавац закључује уговор о ускладиштењу са приватним складиштарем, без обзира на својство оставодавца, такав уговор ће бити грађанскоправни уговор, с обзиром на то да приватни складиштар не представља трговца (не испуњава суштинске услове за појам трговца). Због тога је приликом чувања робе приватни складиштар дужан да поступа са пажњом доброг домаћина. Ако је оставодавац трговац и закључује уговор са јавним складиштарем, тај уговор ће бити уговор у привреди, имајући у виду да је јавни складиштар увек трговац.¹⁰⁴ Овде се као посебан проблем појављује дефинисање јавног и приватног складиштара (на шта смо скренули пажњу и приликом анализирања одредаба Нацрта ГЗ). Потребно је утврдити ко је јавни, а ко приватни складиштар и у чему се састоји разлика између јавног и приватног складиштара. Додатно питање је да ли постоји разлика између приватног складиштара и (грађанскоправног) оставопримца или међу њима нема разлике. Наши позитивноправни прописи не регулишу ово питање. ЗЈСПП и Царински закон уводе појам јавног складиштара, али је њихова примена ограничена само на јавне складиштере у тим уско дефинисаним делатностима. Имајући у виду да у нашем праву недостаје концепт јавног складиштара, до општег појма јавног складиштара би се једино могло доћи аналогijом тако што би јавни складиштар био субјект који

104 Јавни складиштар је лице које самостално (независно) и трајно обавља делатност ускладиштења у виду занимања у циљу стицања добити, што значи да испуњава суштинске услове за појам трговца. Вид. В. Радовић, 80.

испуњава исте услове као јавни складиштар за пољопривредне производе према ЗЈСПП. Дакле, овде скрећемо пажњу да се разматрање одговорности и улагања дужне пажње јавног и приватног складиштара ипак своди на анализу *de lege ferenda*, с обзиром на то да се ради о правној празнини у постојећим прописима.

У највећем броју случајева уговор о ускладиштењу ће бити уговор у привреди, јер се као складиштар из уговора о ускладиштењу најчешће појављује јавни складиштар.¹⁰⁵ Када је уговор о ускладиштењу уговор у привреди (оставаодавац – трговац закључује уговор са јавним складиштарем), јавни складиштар је дужан уложити минимум пажњу доброг привредника. Питање је да ли је ово довољан степен пажње или је јавни складиштар, ипак, дужан да уложи пажњу доброг стручњака. Чини се да за одговор на ово питање треба направити разлику између јавног складиштара општег и специјализованог типа, с обзиром на врсту робе коју треће лице жели да ускладишти. Јавни складиштари општег типа примају на чување сваку врсту робе, а специјализовани складиштари само одређену врсту робе.¹⁰⁶ Јавни складиштари специјализованог типа су складиштари којима је ускладиштење одређене врсте робе предмет њиховог пословања.¹⁰⁷ Они су регистровани за чување одређене врсте робе и за њихово чување располажу одговарајућом опремом и уређајима (на пример, хладњаче, цистерне, резервоари и слично) и примењују одговарајући технолошки процес ради одржавања стања робе.¹⁰⁸ Тако, јавни складиштар за складиштење пољопривредних производа је правно лице коме је издата дозвола за рад за *складиштење пољопривредних производа* и које је уписано у Регистар јавних складишта.¹⁰⁹ Несумњиво је да се ради о специјализованом јавном складиштару, коме је ускладиштење пољопривредних производа професионална делатност. Због тога би требало закључити да би овакав тип складиштара приликом ускладиштења требало да поступа са повећаном пажњом, односно да уложи пажњу доброг стручњака.

Има мишљења да је сваки јавни складиштар дужан да у извршавању обавеза поступа са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (са пажњом доброг стручњака).¹¹⁰ Ово мишљење се заснива на томе да је реч о професионалцу за делатност ускладиштења од кога

105 М. Васиљевић (2016), 165.

106 М. Васиљевић (2016), 165; И. Јанковец, 443; В. Радовић, 83; С. Аранђеловић, 9; А. Заварко, 47–48.

107 В. Радовић, 83.

108 М. Васиљевић (2016), 165; В. Капор, С. Царић, 247.

109 ЗЈСПП, чл. 3 ст. 1 тач. 1.

110 В. Радовић, 80.

се, стога, очекује да поступа са повећаном пажњом. Ограничавањем предмета пословања на обављање делатности пријема и чувања туђе робе јавни складиштар се специјализују и постају професионалци, којима је ускладиштење основна и централна делатност.¹¹¹ Међутим, јавни складиштар општег типа је субјект који је регистрован за посао ускладиштења, али на ускладиштење прима сваку врсту робе. Другим речима, није специјализован за ускладиштење одређене врсте робе за коју важе, на пример, специфична правила и услови складиштења, те би се од њега тражила пажња доброг стручњака. Штавише, могуће је да један привредни субјект поред других делатности које већ обавља, врши и делатност јавног складиштара. Иако обавља неку другу делатност као претежну, привредни субјект може бити јавни складиштар у сегменту обављања послова ускладиштења. На пример, у пракси су комисионари, шпедитери и превозиоци често и складиштари.¹¹² Због тога се чини да степен пажње јавног складиштара општег типа не може бити исти као степен пажње специјализованог складиштара (степен пажње специјализованог складиштара мора бити виши). Ако се за специјализованог складиштара захтева пажња доброг стручњака, онда би за јавног складиштара општег типа требало да важи пажња доброг привредника, као нешто нижи степен пажње.

То би се могло упоредити са пажњом коју треба да уложи лекар опште медицине и лекар специјалиста одређене области. Иако је и у једном и у другом случају реч о специјалисти, специјалиста одређене области мора да уложи већи степен пажње у конкретној области експертизе од лекара опште медицине. Од специјалисте одређене области се очекује већи степен пажње у његовој области, и могуће је обратити му се без обраћања лекару опште медицине. Исто тако, од специјализованог складиштара се очекује већи степен пажње приликом складиштења одређене (специфичне) врсте робе од складиштара општег типа код кога је иста таква роба ускладиштена, али који није специјализован за чување само те врсте робе. Стога је на оставодавцу да изабере да ли ће закључити уговор са општим или са специјализованим складиштарем, од кога може очекивати већи степен пажње приликом складиштења специфичне врсте робе.

Питање степена пажње коју је складиштар дужан да уложи је, ипак, теоријско питање с обзиром на то да би оно имало практични значај само ако би се складиштар могао ослободити од одговорности доказом да је уложио дужну пажњу приликом ускладиштења. У том случају би било од значаја питање да ли је складиштар дужан да уложи

111 *Ibid.*, 80, 86.

112 *Ibid.*, 87.

пажњу доброг привредника или пажњу доброг стручњака приликом ускладиштења робе, јер би од тога зависило на који начин се може ослободити од одговорности (доказом да је поступио са степеном пажње који се од њега захтева). Ако би се прихватио став о објективној одговорности складиштара, који је заступљен у нашој правној теорији, питање дужне пажње складиштара се уопште не поставља, јер није од значаја за ослобођење од одговорности. Међутим, и ако заузмемо став да је одговорност складиштара субјективна, ни у том случају степен дужне пажње (пажња доброг привредника или доброг стручњака) неће бити од значаја јер се складиштар према важећем правилу не може ослободити од одговорности ако докаже да је поступао са пажњом која се од њега захтевала, већ само доказивањем стварног узрока штете – околности које није могао избећи или отклонити.

У хрватској правној теорији се предлаже увођење субјективне одговорности складиштара, али се предлаже пажња доброг стручњака као виши степен пажње који се захтева од складиштара.¹¹³ Пажња доброг стручњака у овом случају била би значајна јер складиштар не би одговарао за штету ако се губитак или оштећење робе нису могли отклонити ни пажњом доброг стручњака.

3. Ограничење обима одговорности складиштара

У српском праву одговорност складиштара је ограничена. Накнада штете коју је складиштар дужан да плати због пропасти, умањења или оштећења робе за време од њеног пријема до предаје не може прећи стварну вредност робе. Међутим, складиштар се не може позивати на ограничење одговорности ако је штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.¹¹⁴ Дакле, одговорност складиштара чини се зависном од степена његове кривице: неограничена је ако је штета настала услед намере или крајње непажње складиштара, док је у осталим случајевима (ако је штета настала услед обичне непажње) ограничена.

Према општем правилу ЗОО о обиму уговорне одговорности такође се прави разлика у висини накнаде штете у зависности од тога да ли је дужник поступио преварно, намерно није испунио обавезу или је неиспуњење последица његове крајње непажње. Тако, у случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац може захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.¹¹⁵ Насупрот томе, ако није

113 Р. Сeronja, 835.

114 ЗОО, чл. 733.

115 ЗОО, чл. 266 ст. 2.

било намере или крајње непажње дужника, поверилац ће имати право на накнаду само предвидљиве штете – стварне штете и измакле користи које је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.¹¹⁶ Оваква одредба је оправдана имајући у виду да је, како смо навели, уговорна одговорност у нашем праву субјективна. Она се заснива на кривици, те се прави разлика у висини накнаде штете у зависности од тога да ли постоји квалификована (тешка) кривица дужника за неиспуњење (неуредно испуњење) уговорне обавезе.

Постоји схватање у правној теорији да прописивање накнаде штете у већем обиму када је дужник поступао преварно, намерно или са грубом непажњом не значи да је уговорна одговорност субјективна, јер законодавац ни на једном месту не условљава одговорност за штету изазвану повредом уговорне обавезе постојањем кривице дужника, односно не прописује да одговорности нема када нема кривице.¹¹⁷ „[...] Постојање квалификованог облика кривице дужника значајно је за обим његове одговорности, а не за њено постојање. Одговорност постоји и када нема кривице; обим одговорности повећава се ако поверилац докаже постојање квалификованог облика кривице.“¹¹⁸ То би значило да у случају тешке кривице дужник одговара субјективно поштрено, док у редовним случајевима одговара и кад није крив, што би било нелогично законско решење. Како смо претходно објаснили, да би се уговорна одговорност квалификовала као субјективна, није неопходно да закон изричито спомиње кривицу као основ одговорности. Анализом ослобађајућих разлога који обухватају не само вишу силу, већ и случај (који искључује кривицу) долази се до закључка да је уговорна одговорност субјективна. Како је уговорна одговорност заснована на кривици, степен кривице се узима у обзир приликом одмеравања висине накнаде штете. Ако је дужник тешком кривицом повредио уговорну обавезу и тиме проузроковао штету повериоцу, дужан је да је накнади у целости (укључујући непредвидљиву штету). Из тога се закључује да је уговорна одговорност за предвидљиву штету такође субјективна, јер се заснива на обичној, а понекад и на лакој непажњи дужника.¹¹⁹ Због тога би се узимање у обзир степена кривице складиштара приликом одмеравања висине накнаде штете могло сматрати аргументом у прилог субјективне одговорности складиштара.

116 ЗОО, чл. 266 ст. 1.

117 М. Караникић Мирић, 48. Степен кривице складиштара је значајан само у погледу висине накнаде штете, за разлику од његове одговорности која је, у принципу, објективна. Вид. С. Аранђеловић, 43; В. Капор, С. Царић, 257.

118 М. Караникић Мирић, 60.

119 Н. Јовановић (2019), 45.

Ако би се прихватило схватање да складиштар према ЗОО одговара објективно, то би значило да се суд не обазире на кривицу приликом утврђивања уговорне одговорности складиштара, али да је ипак мора утврдити код одређивања висине накнаде штете. У хрватској правној теорији ово је истакнуто као недоследност законодавца. Наиме, у хрватском праву износ накнаде штете коју складиштар дугује је такође ограничен стварном вредношћу робе, осим ако је штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.¹²⁰ Међутим, одговорност складиштара је по закону, неспорно, објективна. Због тога је у хрватској правној теорији истакнуто да утврђивање квалификоване кривице уз правило о објективној одговорности складиштара представља „недоследност законодавца“, те се предлаже напуштање објективне одговорности складиштара како би се отклонила различита мерила при одређивању одговорности и висине накнаде штете, јер се успостављање складиштарове објективне одговорности за штету чини „тегобним и неправичним“.¹²¹

III Закључак

Закључење уговора о ускладиштењу често представља почетни или завршни део промета робе и често је саставни део правног посла превоза и шпедиције, што доводи до закључка да је од великог значаја у пракси. Стога је питање одговорности складиштара важно и у том погледу је потребно имати јасно дефинисано законско правило.

На основу формулације у ЗОО о ослобођењу складиштара од одговорности не може се са сигурношћу рећи да ли је одговорност складиштара субјективна или објективна. Већинско мишљење у правној теорији је да је његова одговорност објективна. Међутим, постоји више аргумената у прилог субјективне одговорности складиштара. Прво, одредба о ослобођењу складиштара од одговорности (у погледу *околности* које га ослобађају од одговорности) формулисана је на исти начин као опште правило о ослобођењу дужника од уговорне одговорности, према коме је уговорна одговорност субјективна. Друго, у формулацији о ослобођењу складиштара од одговорности нигде се не спомињу спољне околности (околности ван ствари) како би се радило о вишој сили и, стога, о објективној одговорности складиштара. Треће, мане и природна својства робе као разлог за ослобођење складиштара од одговорности представљају догађај унутрашње природе. Оне не могу ослободити од *објективне* одговорности за опасну ствар, а складиштара ослобађају од одговорности. Четврто, ако говоримо о обавези складиштара да при-

120 Zakon o obveznim odnosima, чл. 747.

121 P. Ceronja, 835.

ликом ускладиштења улаже стручну пажњу, тиме, у ствари, говоримо о кривици с обзиром на то да је улагање дужне пажње код објективне одговорности ирелевантно. Пето, оставодавац приликом ускладиштења има контролу над робом, с обзиром на то да има право да је прегледа и узима узорке од ње, што није случај код уговора о превозу ствари, због чега је предвиђено да превозилац одговара објективно. Шесто, специјализовано јавно складиште за ускладиштење пољопривредних производа одговара субјективно према ЗЈСПП. Најзад, анализа упоредног права и међународне Конвенције о одговорности оператера транспортних терминала указује на то да је већински прихваћена субјективна одговорност складиштара.

Овај рад се бави позитивноправним правилом о одговорности складиштара за губитак и оштећење робе током ускладиштења, без анализе да ли је оправдано да складиштар одговара субјективно или објективно. Дакле, независно од аргумената који говоре у прилог субјективне одговорности складиштара и потребе да његова одговорност ипак буде објективна, из тренутне регулативе ЗОО не произлази већински прихваћен закључак правне теорије да је одговорност складиштара објективна. Законски текст је недоследан, непрецизан, тако да нема јединственог приступа у питању уговорне одговорности. То значи да законодавство не пружа добру основу за судску праксу. Због тога је потребно ускладити опште правило о ослобођењу од уговорне одговорности и норме о ослобођењу од одговорности код појединих уговора у привреди, јер се само на тај начин може остварити правна извесност и сигурност кроз јединствену и конзистентну судску праксу.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2011.
- Антонијевић Зоран, *Привредно право*, Београд, 1986.
- Арађеловић Светислав, *Уговор о ускладиштењу*, Београд, 1990.
- Ачански Тодор, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), том III, Београд, 1978.
- Ачански Тодор, *Појам више силе у грађанском праву*, магистарски рад, Београд, 1977.
- Брагинский Михаил, Витрянский Василий, *Договорное право*, Москва, 2015, доступно на адреси: <http://www.e-reading-lib.com/chapter.php/7800/72/dogovornoe-pravo-kniga-pervaya-obschie-polozheniya.html>, 10. 4. 2020.

- Brox Hans, Henssler Martin, *Handelsrecht*, 22. Auflage, München, 2016.
- Булатецкий Юрий Е, Рассолов Илья М, *Торіовое (коммерческое) йраво*, Москва, 2012.
- Васиљевић Мирко, *Трїовинско йраво*, 15. издање, Београд, 2016.
- Васиљевић Мирко, *Одїоворносїй железнице у домаћем и међународном йревозу робе*, Београд, 1991.
- Дошен Јасна, *Уйовор о складишном йослу у нашем и уйоредном йраву*, магистарска теза, Нови Сад, 2003.
- Ђорђевић Живомир, „Члан 262“, *Коменїйар Закона о облиїационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац, Крагујевац, 1980.
- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облиїационо йраво*, Београд, 1987.
- Ђорђевић Милена, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Хармониус*, 2015.
- Жувела Иво, „Члан 731“, *Коменїйар Закона о облиїационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983.
- Заварко Александар, *Појам и врсїе уйовора о ускладишїењу*, магистарски рад, Нови Сад, 1985.
- Јакшић Александар, „Квалификација уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Правни живойй*, бр. 9–10/1992.
- Јанковец Ивица, *Привредно йраво*, Београд, 1996.
- Јанковић Светислав, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и йривреда*, бр. 10–12/2011.
- Јовановић Небојша, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и йривреда*, бр. 1/2020.
- Јовановић Небојша, *Увод у соттон law уйоворно йраво*, Београд, 2015.
- Капор Владимир, Царић Славко, *Уйовори робної йромейша*, Нови Сад, 1996.
- Kershen Drew L, „Comparing the United States Warehouse Act and U.C.C. Article 7“, *Creighton Law Review*, Vol. 27, 1994, доступно на адреси: https://dspace2.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/40048/29_27CreightonLRev735%281993-1994%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 10. 4. 2020.
- Караникић Мирић Марија, *Објектїивна одїоворносїй за шїїейшу*, 2. издање, Београд, 2019.
- Константиновић Михаило, *Скица за законик о облиїацијама и уйоворима*, Београд, 1969.

- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2015.
- Орлић Миодраг, „Есеј о кривици“, *Правни живои*, бр. 1–2/2009.
- Перовић Слободан, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живои*, бр. 3–4/2002.
- Радишић Јаков, *Облиационо ѡраво*, 12. издање, Ниш, 2018.
- Радовић Вук, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и ѡривреда*, бр. 7–9/2019.
- Радовић Зоран, „Осигурање оператера међународних транспортних терминала од одговорности“, *Токови осииурања*, бр. 1/2013.
- Frantziach Fritz, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (Hrsg. Karsten Schmidt), München, 2009.
- Helmholz Richard H, „Bailment Theories and the Liability of the Bailees: The Elusive Uniform Standard of Reasonable Care“, *University of Kansas Law Review*, Vol. 41, Nr. 97/1992, доступно на адреси: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8476&context=journal_articles, 10. 4. 2020.
- Ceronja Petar, „Ugovor o uskladištenju u hrvatskom i makedonskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61, бр. 2/2011.

Maša MIŠKOVIĆ, M.A, MSc.

Junior faculty member at the University of Belgrade Faculty of Law

CONTRACTUAL LIABILITY OF WAREHOUSEKEEPER

Summary

In this paper the author analyzes liability of warehousekeeper for loss of or damage to goods in the course of storage. Although there is a majority opinion in Serbian legal doctrine that the contractual liability of warehousekeeper is strict one, the author makes several arguments in favor of his de lege lata fault-based liability. Despite the fact that there are justifiable reasons for strict liability of the warehousekeeper de lege ferenda, on the basis of the analysis of the provisions of Serbian Law of Contracts and Torts (Law on Obligations) on warehousekeeper's exemption from contractual liability, no indisputable conclusion can be drawn that the warehousekeeper's liability is strict one, i.e. no-fault liability. In addition to the provisions of the Law on Obligations, the author also considers the provisions of other Serbian laws that regulate this issue. This paper

also contains an analysis of comparative law in order to observe the regulation of this issue in foreign countries' law and make the conclusion whether comparative law could serve as a model for any amendments of Serbian legislation.

Key words: *Contractual Liability. – Warehousekeeper. – Warehouse. – Storage Agreement. – Bailment.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 5. 2020.

UDK: 347.451 ; 616.98:578.834]:338.124.4

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002235M

Петар МИШКОВИЋ*

мастер правник, самостални и независни адвокат који сарађује са Адвокатском канцеларијом Мирослав Стојановић у сарадњи са Wolf Theiss

„КЛИНИЧКА СЛИКА“ И „ЛЕЧЕЊЕ“ КОРОНА ВИРУСА ПРИЛИКОМ КУПОВИНЕ УДЕЛА

Сажетак

Аутор размајра кључне промене које доноси криза изазвана ширењем вируса COVID-19 у процесу куповине удела и поједине институције и одредбе који су стандардни за уговоре о куповини удела. У првом делу рада аутор даје оштри приказ промена које се могу очекивати приликом прејоварања М&А трансакција у будућности, а ипак же исјиче и ушцај настале ситуације на већ зајочеће трансакције. Такође, аутор даје приказ пословној окружења које је тренутно успановљено у Републици Србији, услед широкој спектра мера које је Влада Републике Србије донела ради сузбијања ширења заразе и очувања стабилности финансијској система и привреде. Аутор се није ушцао у анализу оправданости и сврсисходности ових мера, већ је дао њихов приказ како би у другим деловима рада указао на њихов пошеницијални ушцај на процес М&А трансакција и одредбе уговора о куповини удела. Посебно је размајрен ушцај пандемике COVID-19 на будући пристиу анализи пословања циљних друштва, као и на најзначајније одредбе уговора о

* Електронска адреса аутора: petar.miskovic@wolftheiss.com.

йреносу удела, йойуїћ одрегаба о цени, раскиду збої биїћних неїайїивних йромена у йословању, изјава, їаранција и обавезе вођења йослова циљної друшїива на уобичаїен начин, имајући у виду кризне околности.

Кључне речи: Covid-19. – Корона. – Пандемија. – Ванредно сїање. – Мере Владе. – Промењене околности. – Виша сила. – Анализа йословања. – Удео. – Уїовор о йродаји удела.

I COVID-19: Уопштено о утицају на пословно окружење и M&A трансакције као такве

1. Уводна разматрања

Појава корона вируса из корена је изменила живот људи широм планете. Мере самоизолације, карантин, забрана кретања, обустава саобраћаја, рад од куће и затварање постројења постале су наша свакодневница. Док живимо у неизвесности, физичкој и психичкој борби против „невидљивог“ непријатеља, постаје очигледно да свет „након короне“ неће бити исти. Јасно је да ће трпети сви сегменти живота. Посебну пажњу треба посветити економским и правним последицама настале кризе будући да вишемесечно затварање граница, забрана увоза и извоза појединих роба, затварање фабрика, канцеларија и постројења доводе до драматичних поремећаја у привреди на светском плану. Како истиче Народна банка Србије:

„ширење вируса корона знатно је погоршало изгледе за глобални економски раст, због чега се у великој мери смањују пројекције привредног раста за ову годину и за све водеће економије света и за земље у успону. На смањену привредну активност утицао је отежан рад многих услужних делатности, застој, а у појединим случајевима и прекид у глобалним производним ланцима, као и пад потрошачког и пословног поверења. У таквим условима повећана је неизвесност на међународном финансијском тржишту, а инвеститори дају предност улагањима у сигурну активу.“¹

Утицај кризе која је настала услед ширења вируса COVID-19 очигледан је и у области спајања и преузимања (M&A).² Већ пре почетка

1 Народна банка Србије, Референтна каматна стопа смањена на 1,5%, 2020, доступно на адреси: <https://www.nbs.rs/internet/cirilica/scripts/showContent.html?id=15390&konverzija=no>, 20. 4. 2020, интернет извор без броја стране.

2 У нашем правном систему не постоји јединствен и општеприхваћен израз или институт под који бисмо могли да подведемо и групишемо бројне структуре и начине на које се M&A трансакције одвијају у пракси. Најприближнији би био појам „спајања и преузимања“, који заправо представља превод са енглеског *mergers and*

пандемије услед, *inter alia*, Брегзита, светских трговинских ратова, несигурности у вези са изборима у САД, променама на робним берзама, стопа М&А трансакција је већ била ниска на светском нивоу, достижући најнижи ниво у претходних шест година.³ Након пет месеци од понуде, Xerox је 13. марта 2020. повукао своју понуду да преузме HP за 35 милијарди америчких долара, позивајући се на пандемију корона вируса.⁴ У новонасталом окружењу оправдано је поставити питање да ли ће свет М&А замрети у потпуности? Ово је мало вероватно, али је неспорно да ће се поједини сегменти трансакција, опрезност уговорних страна и начин примене различитих института променити у корену. Свакако треба имати у виду да ће бројна друштва вероватно одложити своје планове за стицање удела у другим друштвима, имајући у виду неизвесност обезбеђивања финансијских средстава за овакве пословне подухвате, као и тешкоће у процесу преговарања због новонасталих околности.⁵

2. Пословно окружење у Србији⁶

Услед ширења епидемије заразне болести COVID-19, у Србији је 15. марта 2020. године проглашено ванредно стање,⁷ уз примену неопходних мера за очување живота и здравља људи. Мере које су фактички преко ноћи измениле живот људи, а које су уведене су: забрана кретања на јавним местима, забрана слетања и полетања са аеродрома на територији Републике Србије ваздухопловима који врше превоз путника, забрана обављања јавног превоза путника итд.⁸ Истовремене-

acquisitions. Стога ће у даљем тексту рада, а с обзиром на општеприхваћеност у пракси, бити коришћена англосаксонска скраћеница М&А.

- 3 BakerMcKenzie, Coronavirus (COVID-19) – Addressing Implications and Mitigating Risks on Critical Transactions, 2020, доступно на адреси: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/covid19-mitigating-risk-on-critical-transactions>, 20. 4. 2020, 2.
- 4 PCMag UK, Xerox Suspends Hostile Takeover Attempt of HP due to Coronavirus, 2020, доступно на адреси: <https://uk.pcmag.com/ultrabooks/125233/xerox-suspends-hostile-takeover-attempt-of-hp-due-to-coronavirus>, 20. 4. 2020, интернет извор без броја стране.
- 5 Jens Kengelbach, Jeff Gell, Georg Keienburg, Dominik Degen, Daniel Kim, Covid-19's Impact on Global M&A, 2020, доступно на адреси: <https://www.bcg.com/publications/2020/covid-impact-global-mergers-and-acquisitions.aspx>, 20. 4. 2020, 3.
- 6 На овом месту аутор ће дати приказ економских и осталих мера које је увела Влада Републике Србије не анализирајући њихову оправданост и сврсисходност. Сврха овог дела рада је да пружи општи поглед на окружење у ком привредни субјекти послују у Србији у околностима ванредног стања, како би касније у раду аутор истакао утицај наведених мера на одређене стадијуме и институте М&А трансакција.
- 7 Одлука о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/2020.
- 8 Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020 и 58/2020.

но, уведене су мере које су драматично утицале и измениле пословно окружење у Србији, а све са циљем сузбијања ширења заразне болести.

Пре свега, одређено је да је за време ванредног стања послодавац дужан да омогући запосленима обављање послова ван просторија послодавца (рад на даљину и рад од куће) на свим радним местима на којима је могуће организовати такав рад у складу са општим актом и уговором о раду, односно решењем, уколико организациони услови то дозвољавају.⁹ Послодавац чија је природа делатности таква да није могуће организовати рад на овај начин, мора ускладити своје пословање условима ванредног стања на следећи начин: 1) да, уколико је то могуће и не изискује додатна средства, организује рад у сменама, како би што мањи број запослених и свих других радно ангажованих лица рад обављао истовремено у једној просторији; 2) омогући одржавање свих пословних састанака електронским, односно другим одговарајућим путем (видео линк, видео позив и др.); 3) одложи службена путовања у земљи и иностранству, у складу са одлуком надлежног органа о забрани, односно привременом ограничењу уласка и кретања.¹⁰

Даље, забрањено је вршење услуга у трговинским центрима и сличним објектима у којима се обавља делатност у области трговине на мало,¹¹ као и дужност правних лица и предузетника који обављају делатност у области трговине на мало да примењују посебне мере заштите које се, између осталог, огледају у томе да се продаја, односно услуге не могу вршити непосредно у затвореном простору.¹²

Важно је истаћи да су поједине мере успориле процес одвијања судских и управних поступака пред органима државне управе, посебним организацијама, установама, јавним предузећима и другим јавним организацијама. Пре свега, Влада Србије је донела закључак о обустављању рада са странкама путем непосредног контакта у наведеним органима и субјектима.¹³ Примера ради, затворени су шалтери Агенције за привредне регистре, док се пријем захтева обавља путем поштанских оператора.¹⁴ Даље, одређено је да престају тећи одређени

9 Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања – УОРП, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020, чл. 2.

10 УОРП, чл. 3.

11 Одлука о ограничењу пружања услуга у области трговине на мало које обухватају продају робе и вршење услуга у трговинским центрима и локалима у које се улази из затвореног простора, *Службени гласник РС*, бр. 39/2020.

12 Одлука о посебним мерама пружања услуга у области трговине на мало која обухвата продају хране и пића у угоститељским објектима и продају хране за ношење, *Службени гласник РС*, бр. 39/2020.

13 Закључак Владе Србије о обустављању рада са странкама путем непосредног контакта, *Службени гласник РС*, бр. 35/2020.

14 Вид. вест на сајту Агенције за привредне регистре, доступно на адреси: <https://www.apr.gov.rs/%D0%B2%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B8.6.html?newsId=3086>, 20. 4. 2020.

рокови у судским и управним поступцима за време ванредног стања,¹⁵ што има значајан утицај на пословне активности у Србији. Додатно, померен је и рок за одржавање редовне седнице скупштине друштва из члана 364 Закона о привредним друштвима на рок од 90 дана од дана престанка ванредног стања, као и рок за предају годишњих извештаја, односно годишњих финансијских извештаја за одређена друштва.¹⁶

Препознајући тешку ситуацију у којој су се привредни субјекти нашли услед новонасталих околности, Народна банка Србије је донела одређене привремене мере за очување стабилности финансијског система.¹⁷ Наиме, уведен је застој (мораторијум) у отплати кредитних и лизинг обавеза, како по основу главнице, тако и по основу камате, који не може бити краћи од 90 дана, односно од трајања ванредног стања проглашеног услед ширења заразне болести COVID-19. Како Народна банка Србије наводи, за привредна друштва ово је могућност да се комотније осећају у финансијском смислу, с обзиром на то да ће одлагањем плаћања обавеза добити додатну ликвидност за своје пословање.¹⁸ Међутим, ради избегавања сумње, треба напоменути да застој у отплати обавеза не значи отпис или отпуст тромесечних кредитних обавеза клијената, јер се обавезе по основу кредита које се односе на период застоја морају измирити по истеку периода застоја.¹⁹

Свесна ризика пред којима се наша привреда, Влада Републике Србије је утврдила Програм финансијске подршке привредним субјектима за одржавање ликвидности и обртна средства у отежаним економским условима услед пандемије COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, у циљу очувања стабилности финансијског и привредног

15 Уредба о роковима у судским поступцима за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 38/2020; Уредба о примени рокова у управним поступцима за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 41/2020.

16 Уредба о померању рокова за одржавање редовне седнице скупштине привредног друштва и достављање годишњих и консолидованих финансијских извештаја привредних друштава, задруга, других правних лица и предузетника, као и рокова за подношење пријава за порез на добит и пореза на приход од самосталне делатности, важења лиценци овлашћених ревизора и лиценци за вршење процене вредности непокретности које истичу за време ванредног стања насталог услед болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, *Службени гласник РС*, бр. 57/2020, чл. 2 и 3.

17 Одлука о привременим мерама за очување стабилности финансијског система, *Службени гласник РС*, бр. 33/2020.

18 Народна банка Србије, Застој у отплати кредитних обавеза, 2020, доступно на адреси: <https://www.nbs.rs/internet/latinica/15/mediji/Primeri-moratorijum-1.pdf>, 20. 4. 2020, 2.

19 Народна банка Србије, Застој у отплати кредитних обавеза, 3.

система Републике Србије.²⁰ Циљ програма је да се обезбеди подршка привредним субјектима за набавку обртних средстава и одржавање текуће ликвидности у циљу редовног измиривања обавеза према пословним партнерима, запосленима и држави.²¹ Уредбом о фискалним погодностима и директним давањима привредним субјектима у приватном сектору одређен је спектар пореских мера и бесповратне новчане помоћи за одређене привредне субјекте под одређеним условима. Наиме, према наведеној уредби, корисници мера су: 1) резидентна правна лица у смислу закона којим се уређује опорезивање добити (микро, мала, средња и велика предузећа); 2) резидентни предузетници (предузетници, предузетници паушалци, пољопривредници и предузетници друга лица, у смислу закона који уређује порез на доходак грађана); 3) огранци страних правних лица и представништва страних правних лица.²² Важно је истаћи да наведени привредни субјекти могу да користе наведене погодности уколико нису, почев од 15. марта 2020. године па до 10. априла 2020. године, смањили број запослених за више од 10%, не рачунајући запослене на одређено време којима је период на који је уговор закључен истекао у наведеном року. Такође, треба имати у виду да корисник мера не може исплаћивати дивиденде до краја 2020. године, а уколико поступи супротно овој забрани губи право на директна давања и фискалне погодности.²³ С друге стране, следећи привредни субјекти не могу користити мере: 1) велика правна лица: банке, друштва за осигурање и друштва за реосигурање; 2) друштва за управљање добровољним пензијским фондовима; 3) даваоци финансијског лизинга; 4) платне институције и институције електронског новца; 5) привредни субјекти који су обухваћени списком корисника јавних средстава.²⁴

3. Уопштено о утицају COVID-19 на М&А трансакције

Када говоримо о утицају COVID-19 на М&А трансакције, пре свега треба имати у виду да се исти састоји од утицаја који сам вирус има

20 Уредба о утврђивању Програма финансијске подршке привредним субјектима за одржавање ликвидности и обртна средства у отежаним економским условима услед пандемије COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, *Службени гласник РС*, бр. 54/2020.

21 Аутор још једном истиче да није анализирао сврсисходност мера које је увела влада, нити то да ли су исте подобне да се постигну постављени циљеви. Међутим, навођење ових мера је неопходно како би се приказао њихов утицај на ток М&А трансакција у Србији.

22 Уредба о фискалним погодностима и директним давањима привредним субјектима у приватном сектору – УФПДД, *Службени гласник РС*, бр. 54/2020, чл. 3.

23 УФПДД, чл. 16.

24 УФПДД, чл. 2 ст. 1 тач. 1, чл. 4 ст. 5, чл. 10 ст. 6.

на процес преговарања и поједине одредбе уговора о преносу удела, као и од утицаја мера које владе широм света примењују како би сузбиле ширење заразне болести. Примера ради, сам вирус има (или ће имати) утицаја на то како ће у будућности изгледати одредбе уговора о преносу удела које регулишу могућност купца да раскине уговор због битних промена у пословању (*MAC clause – material adverse change*), односно промењених околности, које су настале у периоду након потписивања уговора, а пре затварања/закључења (*closing/completion*) трансакције.²⁵ С друге стране, мере Владе могу имати утицаја на могућност остварења одређених одложних услова, попут добијања дозвола и одобрења пред управним органима. Више о конкретним променама које се могу очекивати на овом плану биће наведено у делу II овог рада.

Неспорно је да криза изазвана ширењем заразне болести утиче на сваку фазу М&А трансакција. Криза доноси промене како у погледу планирања саме трансакције, избора циљног друштва и структуре саме трансакције, тако и промене у процесу преговарања, анализе пословања циљног друштва, одредаба уговора, али и односа уговорних страна након затварања трансакције.

Уколико посматрамо трансакције које су у току, односно однос уговорних страна према уговорима о преносу удела који су потписани пре избијања пандемије, намеће се следеће питање – да ли је било ко у децембру 2019. године могао да претпостави у каквој ситуацији ће се свет наћи већ у фебруару 2020. године?²⁶ Стога је логично запитати се да ли су уговорне стране дужне да наставе са испуњавањем својих обавеза према уговорима или пак могу раскинути уговор позивајући се на вишу силу, одредбу која регулише битне негативне промене у пословању циљног друштва (*MAC clause*) или промењене околности. Није могуће дати једнозначан одговор и резултат ће зависити од околности сваког појединачног случаја, а посебно уговорних одредаба које регулишу наведено питање.²⁷ И домаћа судска пракса нам намеће закључак да је потребно посматрати и анализирати сваки случај посебно јер у одређеном случају и под одређеним околностима „управне мере, забрана увоза,

25 Под затварањем трансакције се најчешће подразумева тренутак када су се испунили сви услови предвиђени уговором о преносу да купац постане власник удела. У Србији се најчешће уговара тренутак када су се испунили сви услови да купац буде регистрован као нови власник удела, односно да поднесе регистрациону пријаву за промену члана друштва (у случају друштва са ограниченом одговорношћу).

26 Cleary Gottlieb, Return of the MAC? – Protecting Buyers During a Pandemic, 2020, доступно на адреси: <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/return-of-the-mac-protecting-buyers-during-a-pandemic>, 20. 4. 2020, 3.

27 Илья Глазунов, Юрий Воробьев, Коронавирус vs Договор, 2020, доступно на адреси: <https://www.pgplaw.ru/analytics-and-brochures/alerts/coronavirus-vs-the-contract/>, 20. 4. 2020, 3.

извоза, ограничења, промена прописа и сл.“ могу имати карактер више силе,²⁸ док с друге стране несташица робе која је изазвана поремећајем у испоруци енергента током (инфлаторне) 1993. године не мора довести до немогућности испуњења.²⁹ Даље, у једном случају је суд одбио захтев за раскид уговора због промењених околности јер „тужилац није навео релевантно време наступања промењених околности, није навео околности које су угрозиле извршење његове уговорне обавезе“, те је резонувао да постојање познате чињенице светске економске кризе није довољан основ за раскид уговора због промењених околности.³⁰ У сваком од ових случајева, судови нису узимали људску радњу, инфлацију, односно светску економску кризу као такве да би закључили да ли постоји виша сила, односно промењена околност, већ су своје закључке доносили узимајући у обзир све околности које су релевантне и које окружују супротстављене стране.

Међутим, врло је вероватно да уговори који су закључени пре избијања пандемије уопште не садрже одредбе које експлицитно регулишу случајеве попут пандемија, епидемија, ширења заразних болести или других здравствених ризика, јер једноставно нико о томе раније није размишљао у пракси, будући да ниједна заразна болест у ближој историји није имала толики утицај на пословање и пословни резултат привредних друштава у различитим областима. Стога ће, како је наведено, бити потребно анализирати и тумачити одредбе сваког конкретног случаја и околности у којима се нашло релевантно друштво. Није незамисливо да у одређеној ситуацији пандемија корона вируса или мере владе које су донете услед исте буду окарактерисане као виша сила. Међутим, вероватније је да исте неће довести до потпуне немогућности испуњења обавеза из уговора о преносу удела, те да ће само дати могућност уговорној страни да се под одређеним условима позива на промењене околности (под условом да примена овог института није искључена или модификована у самом уговору у складу са чланом 136 Закона о облигационим односима).³¹

Уколико су, пак, уговорне стране вољне и имају економских средстава да наставе испуњавање обавеза према потписаним уговорима о продаји удела, њиховим мукама није крај. Уобичајено је да затварање М&А трансакција буде условљено бројним одложним условима које треба испунити у периоду између потписивања и затварања. Испуњавање

28 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 3867/2012 (1) од 14. 6. 2013. године.

29 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж 8706/2007 од 11. 12. 2008. године.

30 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2117/2015 од 2. 2. 2017. године.

31 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени лист РС*, бр. 18/2020.

многих услова захтева непосредну комуникацију са државним органима ради добијања различитих дозвола и одобрења. Примера ради, услов за затварање трансакције може бити добијање одобрења концентрације Комисије за заштиту конкуренције, претходне сагласности Народне банке Србије за стицање власништва у банци, добијање сагласности надлежног органа за студију о процени утицаја на животну средину, издавање водне, грађевинске или употребне дозволе и томе слично. У условима редукованог рада са странкама, престанка тока рокова у управним и судским поступцима и посебних мера заштите, неспорно је да је за испуњење наведених услова потребно далеко више времена него што је планирано. Ако се наведено посматра са аспекта уговора о преносу удела који садрже одредбу о тзв. „датуму заустављања“ (*Long-Stop Date*),³² наведено може угрозити опстанак целокупне трансакције. Уговорне стране би требало да анализирају и, у случају потребе, измене уговор како би дале себи више времена за остварење свих услова неопходних за затварање. Наравно, у случају када је *Long-Stop Date* уговорен у корист једне стране, она може искористити ситуацију и довести трансакцију у питање тиме што ће одбити да измени наведену одредбу уговора за случај да из одређених разлога ипак не жели да дође до промене власника над уделом.

Даље, продавци удела би требало да детаљно анализирају изјаве и гаранције које су дали у односу на циљно друштво на дан потписивања уговора о преносу удела. Наиме, сасвим је могуће да су на дан потписивања сви уговори који су значајни за пословање били на снази и да су се обавезе из истих редовно испуњавале (примера ради, уговори са добављачима кључних сировина неопходних за функционисање погона циљног друштва). Међутим, криза изазвана ширењем заразне болести је могла да доведе до тога да добављачи престану са испоруком или да траже раскид уговора, позивајући се на промењене околности или вишу силу. Неспорно је да су продавци обавезни да информишу купца удела о наведеним и сличним околностима с обзиром на то да оне могу утицати на његову одлуку да настави започету трансакцију.

У погледу трансакција које још увек нису започете, а које су раније планиране или се тренутно планирају, потребно је имати у виду да кризна ситуација у којој се налазимо може довести до измена у структури самих трансакција у наредном периоду. Наиме, сасвим је могуће да ће се повећати број трансакција у којима ће се стицати само одређени

32 Ова одредба даје могућност уговорној страни да раскине уговор о преносу удела уколико не дође до затварања трансакције до одређеног датума. Други модалитет ове одредбе је да у случају да до одређеног датума не дође до затварања трансакције, уговор бива аутоматски раскинут. Заправо се овде ради о раскидном року.

сегменти пословања циљног друштва тако што ће се, примера ради, релевантна имовина претходно издвојити у посебно друштво или ће се циљно друштво поделити. Код овакве структуре, потенцијални купац би могао да стекне удео у друштву које поседује за њега значајну имовину и послује у њему релевантној области, док продавац фактички издваја део пословања који се не уклапа у његове будуће планове, а које је морао изменити због кризе и лоших финансијских прогноза у наредном периоду. Тиме би се продавац фактички решио дела пословања за које не би имао довољно средстава и које би могле да доведу до презадужености његовог друштва, док би цену коју добије за удео који уступа купцу могао да искористи за докапитализацију и поправљање финансијског стања друштва чији удео поседује.

Имајући у виду да ће потенцијални купци бити опрезнији због надолazeће кризе, реално је очекивати да ће се повећати број трансакција у којима не долази до преноса целокупног удела одмах, већ се иницијално стиче само део, док остатак купац стиче касније како би био квантификован утицај кризе на пословање циљног друштва.³³ Примера ради, уколико је купац планирао да стекне 100% удела од продавца, услед кризе може изменити свој план, те започети преговоре за стицање мањег процента удела. Тиме заправо може стећи контролу над доношењем кључних одлука у друштву, а с друге стране избећи да ризикује свим средствима које је наменио за релевантну инвестицију пре него што се увери да циљно друштво није значајно погођено кризом. Код овакве структуре трансакције могуће је да се договори да купац има право да после истека одређеног периода купи остатак удела од продавца (путем *call* опције) или обрнуто – да продавац има право да захтева од купца да откупи остатак удела након истека одређеног периода (путем *put* опције). Слично решење може бити постигнуто коришћењем новоуведеног финансијског инструмента из члана 159в Закона о привредним друштвима – права на стицање удела.³⁴ Међутим, треба имати у виду да се овај финансијски инструмент додељује из резервисаних сопствених удела друштва, чији проценат учешћа у укупном капиталу друштва не може бити већи од 40%.³⁵ Код акционарских друштава, могуће је користити и институт преференцијалних акција са

33 Cleary Gottlieb, Return of the MAC? – Protecting Buyers During a Pandemic, 9.

34 У смислу Закона о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019, то је непреносиви финансијски инструмент који издаје друштво с ограниченом одговорношћу, а који сагласном имаоцу даје право на стицање удела одређеног дана (дан доспећа) по одређеној цени, без могућности осталих чланова да се користе правом прече куповине удела.

35 ЗПД, чл. 159а.

правом претварања у обичне акције,³⁶ у складу са чланом 253 став 1 тачка 5 Закона о привредним друштвима или заменљивих обвезница, у складу са чланом 262 истог закона.

Такође, када су у питању велике корпорације или друштва која располажу значајним средствима намењеним за улагање, може се очекивати повећан број трансакција које за циљ имају вертикалну интеграцију. С обзиром на проблеме у ланцима снабдевања сировинама, сасвим је могуће да друштво стекне удео у другом друштву које му је добављач сировине важне за производњу како би се избегли застоји у снабдевању које нека будућа слична криза може да изазове. Међутим, остаје отворено питање како решити проблем када се кључне сировине допремају из иностранства, а не постоји адекватна домаћа замена, у светлу затварања граница држава ради сузбијања ширења заразе и увођења мере забране увоза и извоза одређене робе.

Краткорочни ефекти кризе су већ видљиви када се узме у обзир чињеница да су поједине трансакције већ заустављене или одложене претходних недеља.³⁷ У овим турбулентним временима привредни субјекти се пре свега труде да одрже добру пословну сарадњу са партнерима, као и број запослених.³⁸ Међутим, када се слегне прашина и пред управу компанија стави задатак да се на најбољи начин преброди надолazeћа криза, неспорно је да ће једна од тактика бити прибегавање М&А трансакцијама. Оно што је очигледно јесте да оне неће бити исте као раније. Поред повећаног опреза и на страни купца и на страни продавца, треба очекивати промене у донекле стандардизованом процесу на који смо навикли, као и промене у примени одређених института и одредаба уговора о преносу удела. У даљем тексту рада, аутор ће анализирати неке од промена које правни саветници треба да узму у обзир када наредни пут буду ангажовани на некој М&А трансакцији.

II Специфични симптоми – анализа пословања (*due diligence*) и уговор о продаји удела

У овом делу рада, аутор ће размотрити неке од кључних промена које се могу очекивати код М&А трансакција у наредном периоду, а које су узроковане кризом изазваном ширењем вируса COVID-19. Аутор ће се фокусирати на промене код анализе пословања (*due*

36 Simmons & Simmons, COVID-19 impact: UK M&A and other corporate transactions, 2020, доступно на адреси: <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7w4vxxx12iv0908nqrnyz51/covid-19-impact-uk-perspective-m-a-and-other-corporate-transactions>, 20. 4.2020, 6.

37 J. Kengelbach *et al.*, Covid-19's Impact on Global M&A, 2.

38 *Ibid.*

diligence) и кључних одредаба уговора о преносу удела, као најважнијих делова М&А трансакције. Свакако, треба имати у виду да ће доћи и до других промена, од којих су неке споменуте у претходном делу рада, али да због сврхе и планираног обима овог рада није могуће да аутор обради све могуће сценарије које нам доноси тешка ситуација у којој се свет налази.

1. Анализа пословања (*due diligence*)

Када је у питању анализа пословања, треба имати у виду да ће купци захтевати доста више документације у наредном периоду у односу на оно што представља тренутни стандард. Пре свега, треба очекивати да купци буду заинтересовани за опис свих корака, уговора и радњи које је циљно друштво закључило и предузело ради ублажавања ефеката кризе изазваних вирусом.³⁹ С тим у вези, може се очекивати да купци траже да продавац обелодани планове за поступање у кризним ситуацијама и слична документа, те да у случају да исти одсуствују, захтевају да се сачине уз консултовање и њихову сагласност.⁴⁰ Оно што је кључно да купац зна, и где се могу очекивати додатни захтеви и питања, јесте да ли циљно друштво може бити затворено, односно да ли на његов уобичајен рад могу да утичу одређене мере Владе и државних органа које се уводе у ситуацијама сличним пандемији са којом се сусрећемо.⁴¹ Тренутно је ово посебно релевантно у области тржних центара и малопродаје. Широм света, па и у Србији, ове делатности су биле прве чији је рад обустављен како би се спречило ширење заразе.

Даље, када су у питању уговори значајни за пословање циљног друштва, може се очекивати да купци далеко више него раније посвете пажњу одредбама које се тичу више силе и раскида уговора због промењених околности.⁴² Услед ванредних мера које утичу на проток робе, запослене и логистику, многи снабдевачи неће бити у могућности да испуне своје обавезе у одређеним роковима.⁴³ Стога, продавци могу

39 Florian Kuszniar, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, 2020, доступно на адреси: <https://www.wolftheiss.com/knowledge/detail/ma-in-times-of-covid-19-watch-out-for-new-developments/>, 20. 4. 2020, интернет извор без броја стране.

40 Michael G. O'Bryan, Amy Chen, Negotiating M&A Deals Through the Coronavirus (COVID-19) Crisis, 2020, доступно на адреси: <https://www.mofo.com/resources/insights/200323-negotiating-deals-coronavirus-covid-19.html>, 20. 4. 2020, 4–5.

41 F. Kuszniar, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, интернет извор без броја стране.

42 *Ibid.*

43 Baker McKenzie, Coronavirus Outbreak: Global Guide to Force Majeure and International Commercial Contracts, 2020, доступно на адреси: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/coronavirus-outbreak-global-guide>, 20. 4. 2020, 3.

да очекују да ће купци тражити потврду да ни за један кључан и значајан уговор за пословање циљног друштва није поднето обавештење које указује на немогућност испуњења услед више силе или захтев за измену или раскид уговора услед промењених околности. Обавештења о вишој сили су посебно релевантна за дугорочне уговоре и уговоре са трајним извршењем престација, попут уговора о снабдевању нафтом, гасом, осталим сировинама, као и уговоре о испоруци опреме.⁴⁴ Такође, купце ће занимати да ли су покренути или ће бити покренути судски поступци у вези са наведеним. У погледу снабдевања, може се очекивати да купци више пажње обрате на географски положај снабдевача, зависност циљног друштва од иностраних снабдевача и значајне ризике који се могу појавити након затварања трансакције у вези са снабдевањем,⁴⁵ као и на трошкове који се тичу снабдевања и алтернативне изворе снабдевања.⁴⁶

Купци би посебну пажњу требало да обрате на ИТ програме које користи циљно друштво, политику управљања ИТ ризицима и заштите које циљно друштво примењује с тим у вези. Наиме, примећена је тенденција на светском нивоу да се повећано интересовање корисника интернета за информације о вирусу корона искористи за *phishing* и друге врсте напада.⁴⁷ Када се узме у обзир да велики број запослених обавља посао од куће, купац би требало додатно да провери све протоколе и заштитне мере које циљно друштво користи, као и потребу да исти буду надограђени, будући да сајбер напади могу изазвати значајну штету, а у условима рада од куће повећава се број потенцијалних слабих карика у систему.⁴⁸

Више него раније, продавци могу да очекују фокус купца на полисама осигурања, као и питањима која се односе на евентуалне захтеве које је циљно друштво упутило осигуравајућим кућама на основу постојећих полиса, а у вези са кризом насталом услед корона вируса.⁴⁹

44 *Ibid.*, 2.

45 *Ibid.*

46 Ryan Scofield, Parthiv Rishi, Diagnosing and Treating Coronavirus Risks in M&A Transactions, 2020, доступно на адреси: <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/03/19/diagnosing-and-treating-coronavirus-risks-in-ma-transactions/>, 20. 4. 2020, 1.

47 Народна банка Србије, Центар за супервизију информационих система, Препорука за безбедност ИТ Corona Awareness, 2020, доступно на: <https://nbs.rs/internet/cirilica/scripts/showContent.html?id=15338&konverzija=no>, интернет извор без броја стране.

48 Michael Leiter, Stuart Levi, Coronavirus/COVID-19 Update: Cybersecurity Concerns, Skadden, 2020, доступно на адреси: <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-update>, 20. 4. 2020, 20.

49 F. Kuszniar, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, интернет извор без броја стране.

Питање које на први поглед може деловати као мање значајно, али које може бити кључно у ситуацијама када Влада пропише забрану окупљања, јесте могућност да седнице скупштине друштва буду одржане електронским путем. Према члану 212 Закона о привредним друштвима, седнице скупштине друштва са ограниченом одговорношћу могу се одржавати коришћењем конференције везе или друге аудио и визуелне комуникацијске опреме, тако да сва лица која учествују у раду седнице могу међусобно и истовремено да комуницирају. С друге стране, у случају акционарских друштава, према члану 341 истог закона, статутом или пословником скупштине може се омогућити учешће у раду скупштине и електронским путем. Дакле, оваква могућност мора бити предвиђена статутом или пословником скупштине. Стога, ако је циљно друштво акционарско друштво, купац треба да обрати пажњу да ли је ова могућност предвиђена у релевантним документима, како би избегао могуће компликације уколико постоји потреба да скупштина друштва усвоји одређене одлуке у погледу планиране трансакције током трајања ванредних мера које се тичу забране окупљања и кретања.

У Србији би купци посебну пажњу требало да обрате и на фискалне погодности и директна давања, као и на друге економске мере које је циљно друштво користило у складу са одлукама Владе Републике Србије током ванредног стања. Посебно треба утврдити да ли је друштво у тренутку подношења захтева, добијања подстицаја и касније, током периода који је релевантан према примењивим прописима, испуњавало услове за коришћење мера. Примера ради, треба анализирати да ли је друштво исплатило међудивиденду или дивиденду за 2020. годину, јер у случају да јесте, губи право на мере и дужно је да примљене износе врати, што би могло негативно да утиче не његову вредност и ликвидност. Такође, потребно је утврдити да ли је циљно друштво прихватило застој у отплати кредитних и лизинг отплата у складу са релевантном одлуком Народне банке Србије, како би се направила реална финансијска пројекција. Независно од мера Владе Републике Србије, купци би генерално требало да обрате значајно више пажње на питања попут залиха, структуре запослених циљног друштва и његове ликвидности.⁵⁰

Када су у питању анализе пословања које су већ започеле пре избијања пандемија и ванредног стања, купци треба да размисле о проширивању обима анализе, а у складу са претходним наводима. Додатно, уговорне стране морају узети у обзир да је пословање знатно отежано имајући у виду мере забране кретања, рада од куће и рада на даљину, могућег смањења броја запослених, те би у складу са тим тре-

50 Cravath, Swaine & Moore LLP, COVID-19: Impact on M&A and Shareholder Activism, 2020, доступно на адреси: <https://www.cravath.com/covid-19-impact-on-ma-and-shareholder-activism-03-25-2020/>, 20. 4. 2020, 13.

бало да продуже и измене рокове за спровођење анализе пословања, а потенцијално и документа која су потписали у вези са спровођењем планиране трансакције (попут писма о намерама, укључујући и део који се тиче дужине трајања периода ексклузивности преговарања).

2. Уговор о куповини удела (*Share Purchase Agreement – SPA*)

Када је у питању уговор о куповини удела, као централни део М&А трансакције, треба имати у виду да ће уговорне стране у наредном периоду посебну пажњу посвећивати одређеним одредбама уговора које ће их на најбољи начин заштити од ризика изазваних кризом услед ширења заразне болести COVID-19, односно које ће расподелити ризик између купца и продавца. Стога треба очекивати и припремити се на дуготрајне преговоре око одређених питања која раније нису била или су била само површно разматрана. Испод су изложене неке од потенцијалних промена које се могу очекивати у наредном периоду у погледу кључних одредаба уговора о продаји удела у светлу пандемије болести изазване корона вирусом и мера које Владе предузимају ради спречавања њеног ширења и одржавања финансијског система.

а) Одредбе о кључној циљној цени

Неизвесност у погледу краткорочних и дугорочних последица корона вируса на пословање циљног друштва могу учинити процену вредности удела изузетно захтевном.⁵¹ Иако продавци могу истицати аргумент да криза кратко траје, да су њени ефекти неизвесни, због чега само краткорочно могу угрозити резултат циљног друштва, те их треба занемарити приликом процене вредности удела одређеног друштва,⁵² неспорно је да ће овакво резонување наићи на оштар отпор купаца.

Оно што се може очекивати јесте отпор купаца за одређивање цене према последњим финансијским извештајима друштва у тренутку закључивања уговора о преносу удела (*Locked Box* механизам). Наиме, у овом случају на купца прелази ризик финансијских резултата друштва између потписивања и затварања трансакције, који значајно могу бити поремећени кризама сличним оној коју је изазвала актуелна пандемија. Уколико продавац инсистира на примени овог механизма, купац би ипак требало да инсистира да се одређени делови финансијских извештаја, попут новчаних средстава и обртних средстава, преиспитају на дан затварања трансакције, чиме би се добио одређени хибридни механизам обрачуна цене.⁵³

51 R. Scofield, P. Rishi, Diagnosing and Treating Coronavirus Risks in M&A Transactions, 2.

52 *Ibid.*

53 Simmons & Simmons, COVID-19 impact: UK M&A and other corporate transactions, 5.

Ипак, треба очекивати да ће у највећем броју случајева бити целисходно уговорити механизам усклађивања након затварања трансакције, који подразумева да се цена почетно обрачунава и плаћа према једним финансијским извештајима, а да се након затварања трансакције припреми нови, ванредни финансијски извештај према којем ће се ускладити цена. Другим речима, у зависности од стања у ванредним финансијским извештајима, купац ће или морати да доплати додатни износ продавцу или ће имати право да потражује део претходно обрачунате цене.

Можда је најобјективнији метод који треба применити механизам код ког купац плаћа одређену цену на дан затварања трансакције, док остатак цене плаћа касније, уколико друштво постигне планиране финансијске резултате у периоду који је дефинисан уговором (*earn-out* механизам).⁵⁴ Међутим, продавци тешко прихватају овакав начин плаћања цене јер губе контролу над пословањем друштва након затварања трансакције, те не могу директно утицати на финансијски резултат друштва. Алтернативно, *earn-out* одредба може да се напише тако да буде примењива само на оне сегменте пословања и онај финансијски резултат који је захваћен или може бити захваћен кризом изазваном корона вирусом.⁵⁵

б) Бићне негативне промене (*Material Adverse Change – MAC*) и промене околности

Пре упуштања у анализу утицаја корона вируса на ову одредбу уговора, треба имати у виду да се ова одредба далеко чешће примењује у М&А трансакцијама у САД него у европским земљама, али да је према искуству аутора релативно честа за М&А трансакције у Србији. МАС представља инструмент којим се расподељује ризик битних и корених промена у пословању циљног друштва у периоду пре затварања трансакције⁵⁶ и јако подсећа на институт променених околности из члана 133 Закона о облигационим односима, иако се драстично разликује од истог.

МАС даје могућност купцу да директно раскине уговор о продаји удела у случају да дође до битних негативних промена у пословању циљног друштва, због чега за њега више није исплативо да затвори трансакцију. Дакле, постоји разлика у односу на вишу силу, имајући у виду да није потребно доказати да је испуњење уговора постало

54 *Ibid.*

55 Cleary Gottlib, Return of the MAC? – Protecting Buyers During a Pandemic, 8.

56 *Ibid.*, 2.

немогуће, већ само да је постало неисплативо.⁵⁷ МАС одредба предвиђа параметре који дају право купцу да раскине уговор уколико дође до битне промене која утиче на пословање циљног друштва.⁵⁸

Купце који су закључили уговор пре избијања кризе може да интересује да ли је појава корона вируса довољна да купац прогласи постојање битне негативне промене и раскине уговор. Одговор је да све зависи од околности случаја, али да за сада утицај ковида највероватније неће представљати битну негативну промену, уколико су коришћене уобичајене МАС одредбе. Ово стога што тренутно није јасно колико ће криза трајати, као ни њен шири глобални утицај и утицај на различите сфере пословања.⁵⁹ Међутим, ово се може променити у зависности од дужине трајања кризе, од тога да ли различито почне да делује на различите области привреде и поједина друштва, као и тога да ли МАС одредбе у уговорима закљученим након избијања пандемије постану прецизније у погледу регулација наведеног проблема.⁶⁰

С тим у вези, треба имати у виду да су, пре ковид епидемије, пандемије и здравствени ризици ретко навођени у уговорима као околности које, чак и ако настану пре затварања трансакције, неће представљати битну негативну промену која даје право да се уговор раскине.⁶¹ Занимљиво је да је иста ситуација била и са ризицима од тероризма пре 11. септембра 2001. године.⁶² У будућности треба очекивати да ће продавци тежити да искључе из дефиниције битних негативних промена било које епидемије, пандемије, а посебно ризике који проистичу у вези са ковид инфекцијом и другим здравственим ризицима, док ће купци примењивати обрнуту логику.⁶³ Оно што је неспорно је да ће бити неопходно увести одреднице у погледу финансијских последица и периода који је релевантан за анализу како би се са сигурношћу могло утврдити да ли је дошло до битне негативне промене у пословању циљног друштва.

57 Latham&Watkins, Client Alert Commentary: Impact of COVID-19 on French M&A Transactions, 2020, доступно на адреси: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/Impact-of-COVID-19-on-French-MAndA-Transactions>, 20. 4. 2020, 5.

58 Frances F. Mi, Cara G. Fay, Is a Coronavirus a Material Adverse Effect, 2020, доступно на адреси: <https://www.paulweiss.com/media/3979392/6mar20-maedocx.pdf>, 20. 4. 2020, 1.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 Cravath, Swaine & Moore LLP, COVID-19: Impact on M&A and Shareholder Activism, 6.

62 F. Mi, C. Fay, Is a Coronavirus a Material Adverse Effect, 2.

63 F. Kuszniar, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, интернет извор без броја стране.

в) Обавеза уобичајеној пословања од поштивања до затварања

Уобичајено за уговоре о продаји удела јесте да се продавац обавезе да ће друштво обављати делатност на уобичајен начин између потписивања и затварања. С тим у вези се обично саставља списак радњи које продавац и циљно друштво не могу предузети без сагласности купца, док у супротном купац може да раскине уговор.⁶⁴ Међутим, како тумачити стандард обављања делатности на уобичајен начин у новонасталим околностима? Да ли је могуће да се испуни садашњи пословни план, одржи број запослених, ликвидност, залихе, досадашњи партнери, без промене пословне политике или предузимања одређених радикалних мера које нису карактеристичне за редовно пословање? Проблем с корона вирусом се огледа у томе што циљно друштво и продавац у појединим ситуацијама морају да реагују брзо и ефикасно како би спречили настајање знатне штете за друштво, посебно у погледу поштовања мера које су уведене како би се становништво, па и запослени, заштитили од ширења заразне болести.⁶⁵ Како да у тим условима истовремено и консултују купца како не би прекршили одредбе уговора о продаји удела? Ситуација са већ постојећим уговорима је комплексна и треба је решити према околностима релевантног случаја, али би за будућност могли да осмислимо одређени одрживи механизам да се премосте наведени проблеми. Примера ради, купац и продавац могу заједнички сачинити правилник за поступање циљног друштва у кризним ситуацијама, који би био саставни део уговора и на који би купац дао сагласност. У том случају би се отклонила могућност потенцијалних спорова или неефикасно усклађивање циљног друштва са новонасталом ситуацијом, с обзиром на то да би, у складу са наведеним, унапред одобреним правилником, друштво имало овлашћење да предузме одређене радње без обавезе да претходно консултује купца.⁶⁶

џ) Изјаве и гаранције (Representations and Warranties)

Криза изазвана COVID-19 вирусом ће свакако донети и нов приступ изјавама и гаранцијама у уговорима о преносу удела. Пре свега, изјаве и гаранције које се тичу значајних уговора за пословање циљног друштва неће се односити само на непостојање изјава о раскиду тих уговора, него и на кашњење у извршењу обавеза, непостојање изјава о околностима које представљају вишу силу, као и могућности да на

64 Cleary Gottlieb, Return of the MAC? – Protecting Buyers During a Pandemic, 8–9.

65 R. Scofield, P. Rishi, Diagnosing and Treating Coronavirus Risks in M&A Transactions, 3.

66 *Ibid.*

рад и пословање купца или добављача из значајног уговора утичу мере владе.⁶⁷

Такође, у погледу фискалних погодности и директних давања који су прописани уредбом Владе Републике Србије, требало би уврстити изјаву и гаранције да на дан потписивања уговора о преносу удела и на дан затварања трансакције не постоје околности које би довеле до тога да циљно друштво изгуби право да користи мере. С тим у вези, кључно је да продавац изјави и гарантује да није било исплате дивиденди и међудивиденди, као ни отпуштања радника у обиму који би довео да губљења права на релевантне мере за помоћ привредним субјектима.

Даље, купци треба да траже додатне изјаве и гаранције које се тичу постојања планова за поступање у ванредним ситуацијама и могућности да се одржи континуитет у пословању циљног друштва.⁶⁸ Такође, може се тражити изјава и гаранција купца да циљно друштво није подложно обустави рада или затварању услед мера државних органа које се уводе у околностима насталим услед ширења заразе корона вируса или сличних околности.

С друге стране, продавци би требало да обелодане купцима што више околности које су у вези са ковид ризицима како би избегли претерану одговорност давањем опширних изјава и гаранција. С тим у вези, они могу инсистирати на састављању писма о обелодањивању информација (*disclosure letter*) пре затварања трансакције.

III Закључак

У овом тренутку није могуће проценити колико ће криза изазвана ширењем корона вируса трајати, какве ће бити последице пандемије, колико ће људских живота однети заразна болест, а колико ће бити упропашћено економском кризом која се очекује након што зараза прође, као ни то да ли нас очекује нови талас на јесен, следеће године или је ово било једнократно искушење. Међутим, оно што је неспорно јесте да ће ова криза довести до суштинског преиспитивања свих сегмената људских живота, па и преиспитивања планова и досадашњег понашања у области М&А трансакција.

Ико постоје негативне прогнозе да ће М&А тржиште замрети, аутор сматра да до овога ипак неће доћи јер ће управе компанија и тржиште пронаћи структуре којима ће превазићи кризу. Док ће једни

67 F. Kuznier, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, интернет извор без броја стране.

68 R. Scofield, P. Rishi, Diagnosing and Treating Coronavirus Risks in M&A Transactions, 3.

користити ситуацију да се за мали новац обрачунају са конкурентима, други ће гледати да се ослободе сегмената пословања који их могу кочити у даљем напретку или пак да пронађу начин да се што боље вертикално или хоризонтално интегришу, како би спремнији и јачи дочекали неку нову кризу.

Оно што је неспорно јесте да свет М&А трансакција више никада неће бити исти. Доћи ће до промена у свим фазама ових правних послова, од анализе пословања до кључних одредаба уговора. Посебну пажњу треба посветити начину на који ће убудуће бити процењивана вредност циљних друштава, одредбама о механизму израчунавања цене, као и томе да ли ће ризици од заразних болести бити искључени из околности које представљају битне негативне промене у пословању циљног друштва и које дају право купцу да раскине уговор.

Такође, посебну пажњу у будућности треба обратити на могућност да мере Владе и државних органа које се уводе услед ванредног стања имају негативан утицај на пословање циљног друштва или пак да доведу до његовог затварања. Такође, изазови и ризици са којима се сусрећу системи информационих технологија услед повећаног обима рада од куће и на даљину је нешто што завређује посебну пажњу.

И док коначне последице кризе нису јасне, треба осмислити правне механизме који би у будућности могли да се примењују ради елиминисања ризика који доносе неизвесне ситуације, попут пандемије вируса COVID-19. Неспорно је да су време и живот увек неколико корак испред права, али би у сваком случају требало размишљати проактивно како би се у највећој могућој мери превазишле спорне ситуације и како би се на најбољи могући начин заштитили интереси клијената, независно од тога да ли се ради о купцима или продавцима удела.

Коришћена литература

Глазунов Иљја, Воробјев Юрий, Коронавирус vs Договор, 2020, доступно на адреси: <https://www.pgplaw.ru/analytics-and-brochures/alerts/coronavirus-vs-the-contract/>, 20. 4. 2020.

Kengelbach Jens, Gell Jeff, Keienburg Georg, Degen Dominik, Kim Daniel, Covid-19's Impact on Global M&A, 2020, доступно на адреси: <https://www.bcg.com/publications/2020/covid-impact-global-mergers-and-acquisitions.aspx>, 20. 4. 2020.

Kusznier Florian, M&A in times of Covid-19 – Watch out for new developments, 2020, доступно на адреси: <https://www.wolftheiss.com/knowledge/detail/ma-in-times-of-covid-19-watch-out-for-new-developments/>, 20. 4. 2020.

- Leiter Michael, Levi Stuart, Coronavirus/COVID-19 Update: Cybersecurity Concerns, Skadden 2020, доступно на адреси: <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-update>, 20. 4. 2020.
- Mi Frances F, Fay Cara G., Is a Coronavirus a Material Adverse Effect, 2020, доступно на адреси: <https://www.paulweiss.com/media/3979392/6mar20-maedocx.pdf>, 20. 4. 2020.
- O'Bryan Michael G., Amy Chen, Negotiating M&A Deals Through the Coronavirus (COVID-19) Crisis, 2020, доступно на адреси: <https://www.mofo.com/resources/insights/200323-negotiating-deals-coronavirus-covid-19.html>, 20. 4. 2020.
- Scofield Ryan, Rishi Parthiv, Diagnosing and Treating Coronavirus Risks in M&A Transactions, 2020, доступно на адреси: <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/03/19/diagnosing-and-treating-coronavirus-risks-in-ma-transactions/>, 20. 4. 2020.

Petar MIŠKOVIĆ
Attorney-at-Law, M.A.

“CLINICAL MANIFESTATIONS” AND “TREATMENT” OF CORONAVIRUS WHEN ACQUIRING A SHARE

Summary

The author analyses key changes to the process of the share acquisitions and to the most important clauses of the share purchase agreement, caused by the COVID-19 crisis and state of emergency that was declared in Serbia on 15 March 2020. In the first part of this article, the author gives a general overview of the changes that could be expected when negotiating a M&A transaction in the future and brings attention to the impact of the current circumstances on the transactions that have been already initiated. Also, the author gives an overview of the business environment in the Republic of Serbia that significantly changed due to the Government measures that have been introduced in order to prevent the spreading of the disease and protect financial stability and economy of the state. The author has not analyzed lawfulness or feasibility of these measures, but only described them in order to scrutinize their potential impact on the process of the M&A transactions and provisions of the share purchase agreements. In particular, the author examined the impact of COVID-19 pandemic on the future due diligence processes of the target companies, as well as on the most important provisions of the share purchase agreements, such as consideration, termination due to the occurrence of the material adverse change, representations and warranties and covenant related to the ordinary course of business in light of the pressure caused by the current crisis.

Key words: Covid-19. – Coronavirus. – Pandemic. – State of Emergency. – Government Measures. – Changed Circumstances. – Force Majeure. – Due Diligence. – Share. – Share Purchase Agreement.

Датум пријема рада: 23. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 5. 5. 2020.

UDK: 347.918/919

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002257J

Стефан ЈОВАНОВИЋ*

демонстратор и студент мастер студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

РЕШАВАЊЕ О ПРИГОВОРУ НЕНАДЛЕЖНОСТИ ЗБОГ УГОВОРЕНЕ АРБИТРАЖЕ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Сажетак

Када странка покрене поступак пред судом, а ипужени поднесе приговор ненадлежности због уговорене арбитраже, суд долази у позицију решавања о својој (не)надлежности. Улога суда у том поступку је ограничена, те уколико је поднесен арбитражни споразум, истојој претпоставка да је арбитража надлежна, осим ако се не утврди да споразум очигледно није ваљан. Наши судови су се досиња били, по природи ствари, налазили у ситуацији да о приговору апсолутне ненадлежности одлучују, а овај рад је посвећен анализи начина на који су то судови чинили. Прејознајно је неколико проблематичних питања о којима су привредни судови и Врховни касациони суд морали да решавају како би одлучили о ваљаности арбитражног споразума, те су у раду учињене одређене смернице и закључци како би српски судови могли да са више самопоуздања и равнотежености у будућности одговарају на ове изазове.

* Електронска адреса аутора: stefanmjovanovic@gmail.com.

Кључне речи: Арбитража. – Суд. – Приговор ненадлежности. – Надлежности. – Судска пракса. – Арбитражни споразум. – Арбитрабилности. – Способности странака. – Пайолошке клаузуле.

I Уводна разматрања

Арбитража је приватни начин решавања спорова, одређен аутономијом воље странака, који се одвија ван државног правосуђа. Због бројних предности арбитраже, као што су избор арбитра (те и њихова стручност), бирање места арбитраже, језика поступка, процедуралних правила, олакшаног признања и извршења одлуке, као и бројних других предности, у пословним односима (пре свега оним међународним) арбитражно решавање спорова постаје све доминантније. Странке користе могућност да се спор из њихове комплексне пословне трансакције реши на компетентном и, по адекватним параметрима који одговарају комплексности и аутентичности самог спора, одређеном терену. Свако мешање судова у овај приватни начин решавања спорова потенцијално нарушава његову хармонију, те доводи до могућег осујећења интенције странака, али и важних постулата арбитражног решавања спорова. Због тога, арбитражни закони ограничавају улогу суда на оне нужне аспекте, који су пре свега контролни, с обзиром на то да је арбитража најчешће једноставна. У складу са тим, и српски Закон о арбитражи (у даљем тексту: ЗОА),¹ једна од основних компоненти регулаторног оквира за српску арбитражну сцену,² ограничава улогу државног суда да у вези са

1 Закон о арбитражи – ЗОА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006. Доношењем овог закона Србија је ушла у такозване „Модел-закон јурисдикције“ јер су у њему усвојена правила усклађена са решењима која су плод активности хармонизације арбитражног права од стране Уједињених нација, односно њене посебне организације УНЦИТРАЛ (*United Nations Commission on International Trade Law*). До априла 2020. године укупно 83 државе, односно 116 јурисдикција, је своје законодавство базирало на Модел закону, што знатно допринио уједначавању прописа на међународном нивоу у арбитражној материји, што је од изузетне важности имајући у виду заступљеност арбитраже као начина решавања трговинских спорова са елементима иностраности. Листа свих Модел-закон јурисдикција доступна је на адреси: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 8. 4. 2020.

2 Друга важна компонента била би Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*; у даљем тексту: Њујоршка конвенција), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>, 8. 4. 2020. Закон о арбитражи преузима решења Њујоршке конвенције у погледу признања и извршења страних арбитражних одлука, али свакако ова конвенција представља међународни уговор ратификован у Србији, те и део формалних из-

арбитражом предузима само оне радње које су изричито одређене тим законом.³

Ипак, улога суда у арбитражном решавању спорова је нужна и углавном се заснива на контроли надлежности арбитраже док је поступак још увек у току, контроли у поступку поништаја домаће арбитражне одлуке, те у провери коначне стране арбитражне одлуке приликом поступка признања и извршења. Ипак, не треба занемарити ни улогу суда као потенцијалну помоћ арбитражи у оним аспектима где су њене ингеренције и даље често недовољне.⁴ Како ове ингеренције суда да се уплиће у арбитражни поступак могу да имају озбиљне последице, према ЗОА оне даље од онога на шта је суд изричито овлашћен не смеју ни да се прошире.

Оно што ће бити предмет истраживања у овом раду јесте начин решавања правосудних органа о приговору ненадлежности суда због постојања арбитражног споразума. Наиме, након избијања спора из пословног односа странка може увидети да би по њене интересе било боље да спор реши судски орган или једноставно сматра да арбитража није ваљано уговорена. Као последица тога, она подноси тужбу суду. Друга странка има право да, пре упуштања у меритум, подношењем приговора оспори надлежност суда да о том спору решава. Према општеприхваћеним законским решењима у свету, постоји обавеза суда да странке упуту на арбитражу. Међутим, то је лако рећи, али у пракси је некада тешко то и спровести. Постоји више пратећих питања која доводе у недоумицу суд на који начин треба да реши о својој надлежности када се нађе у ситуацији да се спор поднесе на судско решавање и поред уговорене арбитраже. Након општих смерница код решавања о приговору ненадлежности, у раду ће се анализирати управо та питања, која су се показала као проблем у судској пракси, те ће бити дати одређени предлози који могу допринети правилном и хармонизованом одлучивању о приговору ненадлежности суда када је за предметни спор уговорена арбитража.

вора арбитражног права (ратификовани међународни уговори) у нашој земљи. Конвенцији је до априла 2020. године приступила 161 држава.

3 ЗОА, чл. 7.

4 У вези са тим, у нашем праву странка може да поднесе суду захтев за доношење привремених мера (чак и кад је арбитража у другој држави). Могуће је и да арбитражни суд буде надлежан за одређивање привремене мере ако се странке не договоре другачије. Вид. ЗОА, чл. 15 и чл. 31.

II Опште смернице код решавања о приговору ненадлежности суда због постојања арбитражног споразума

Аутономијом воље, у законом дозвољеном оквиру, прожето је целокупно арбитражно решавање спорова. Арбитражни споразум је сагласност воља странака да се спорови који настану из њиховог одређеног пословног односа или у вези са њим реше арбитражом. Без њега недостаје кључни сегмент сваке арбитраже, јер тек његовим закључивањем странке дерогирају надлежност судова који би иначе, према правилима о надлежности, били позвани да реше спор. Када се странке договоре да се њихов спор реши арбитражом, оне се одричу једног важног права – да се њихов спор судски реши, те настаје ново право – право да креирају свој приватни систем правде.⁵

Ипак, аутономија воље странака није неограничена. Постоје одређена правила која странке и арбитражи⁶ морају да поштују, а постављају се као услов за правилно уговарање и спровођење арбитраже и која се морају поштовати независно од интенције лица чија се воља у арбитражном поступку спроводи.⁷ Са друге стране, као што странке и арбитражи имају обавезу да воде рачуна о томе да се арбитража ваљано уговори, одвија, те да буде донесена ваљана арбитражна одлука, тако и суд мора да води рачуна да се не уплете у овај приватни начин решавања спорова више него што је то дозвољено. Стога, као што је раније наведено, наш закон ограничава улогу суда на оне радње које су одређене тим законом.⁸

5 Може се рећи и да право које тада настаје јесте право на успостављање процеса за решавање спора. Више о томе вид. Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, 17.

6 Према преовлађујућем ставу, правни однос између странака и арбитра заснива се на уговору (*receptum arbitrii*). Најприсутније је схватање да је у питању двострани *sui generis* уговор (при чему се признаје мешовита природа арбитраже), а постоје и размишљања да се ради о трипартитном уговорном односу између уговорних страна, арбитра и арбитражне институције (уколико је уговорена институционална арбитража). Ипак, мање прихваћено становиште је да у мешовитој природи арбитраже доминирају јурисдикциона овлашћења за пресуђење спора, чиме је положај арбитра сличан положају судија, те да овлашћења проистичу директно из самог закона. Вид. Јелена Перовић Вујачић, „Обавезе арбитра у међународној трговачкој арбитражи“, *Правни животић*, бр. 11/2019, 230–235; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, 88.

7 Правила која странке и арбитражи морају да поштују су: арбитрабилност спора, форма арбитражног споразума, способност странака да споразум закључе и спор доделе арбитражи, непостојање мане воље, непристрасност арбитра, равноправност странака, начело контрадикторности (права одбране), као и сва остала о којима се води рачуна у поступку поништаја домаће и признања (и извршења) стране арбитражне одлуке.

8 ЗОА, чл. 7.

Оно што је посебно значајно питање јесте начин поступања суда о поднетом приговору ненадлежности када друга странка у поступку поднесе тужбу државном суду уместо уговореној арбитражи (својеврсни сукоб надлежности).⁹ Питање је од велике важности јер његово неадекватно решавање потпуно онемогућава да се арбитража спроведе, иако је изражена воља странака о таквом начину решавања њиховог спора. Упутство суду за поступање у случају да тужилац поднесе тужбу суду, а тужени оспори надлежност суда због уговорене арбитраже, дају и ЗОА и Њујоршка конвенција.

Наиме, ЗОА прописује да се суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити. Њујоршка конвенција предвиђа да суд државе уговорнице, пред којим је покренута парница по неком питању о коме су странке закључиле арбитражни споразум, упућује странке на арбитражу на захтев једне од њих, осим ако установи да је уговор ништав, да је без дејства или неподобан за примену (*null and void, inoperative or incapable of being performed*).¹⁰ Примећује се да ЗОА знатно прецизније даје инструкцију суду на који начин да поступа у истој ситуацији, што је и разумљиво с обзиром на то да је Њујоршка конвенција вишестрани међународни уговор који је настао преговорима између представника великог броја држава које имају и различите интенције приликом прецизнијег регулисања ових одредаба. Према ЗОА, последица покретања парнице пред судом и поред уговорене арбитраже је веома јасна – оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе. Упућивање на арбитражу је свакако логична последица и решења из ЗОА (иако закон то изричито не користи као формулацију, оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе је супсумирано под њу), а неспорно је и да суд пази

9 У овом случају може да се постави и питање захтева за накнаду штете коју је тужени претрпео покретањем судског поступка и поред уговорене арбитраже. Наиме, вођење паралелних поступака или вођење поступка пред судом док се не огласи ненадлежним, те накнадно покретање арбитражног поступка, могу да доведу до додатних (може се рећи и непотребних) трошкова (уколико се могу квантификовати) који су у узрочној вези са непоштовањем валидног арбитражног споразума. Вид. Nadja Erk-Kubat, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Vol. 30, Kluwer Law International, 2014, 71.

10 Њујоршка конвенција, чл. 2 ст. 3. О ближим објашњењима термина „ништавог“, „без дејства“ и „неподобног за примену“ арбитражног споразума из Њујоршке конвенције, вид. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2001, 160; M. L. Moses, 31–33.

на постојање арбитражних споразума само по приговору странке, не и *ex officio*. Закон о парничном поступку налаже суду да се у случају апсолутне ненадлежности огласи ненадлежним, одбаци тужбу и укине све радње у поступку.¹¹ Знатан број одлука српских судова редовно користи овај члан о апсолутној (не)надлежности суда (некада и једино) за заснивање одлуке о својој (не)надлежности због уговорене арбитраже.¹²

Јасно је да ЗОА не оставља никакву дискрецију суду уколико оцени да је арбитражни споразум ваљан – он се мора огласити ненадлежним, те одбацити тужбу. Може се рећи и да постоји претпоставка ваљаности арбитражног споразума с обзиром на формулацију да се суд оглашава ненадлежним (и одбацује тужбу), *осим* ако не утврди да постоји ограничен број разлога да поступи супротно.¹³ Имајући све ово у виду, питање од велике важности јесте колико је активна улога суда приликом процењивања да ли је арбитражни споразум ваљан. Имајући у виду да је општеприхваћено правило арбитражног права да арбитра имају овлашћење да сами одлучују о својој надлежности (доктрина *Kompetenz-Kompetenz*), те да постоји аутономија арбитражног споразума, увек би требало тежити да арбитражни суд о својој надлежности и одлучи. Уколико једна странка поднесе тужбу пред државним судом, овлашћење правосудног органа би требало да буде да само *prima facie* одреди да ли је арбитражни споразум ваљан, те да упути странке на арбитражу. Праву анализу и темељну оцену надлежности треба препустити арбитрама који ће одлучити да ли постоји ваљани арбитражни споразум који ту арбитражу овлашћује да о предметном спору, односно о меритуму решава.¹⁴ Оправдање томе налазимо управо у нашем ЗОА,

11 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 16.

12 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године; Врховни касациони суд, Прев 113, 29. 10. 2015; Врховни касациони суд, Прев 58/2016 од 6. 10. 2016. године; Форум судија Србије, *Приручник за примену Закона о парничном поступку*, Београд, 2017, 22.

13 О оваквом тумачењу погледати чл. 2 Њујоршке конвенције, где се сматра да је правни режим Конвенције наклоњен извршењу (арбитражне одлуке и арбитражног споразума), те и на претпоставци ваљаности (формалне и материјалне) арбитражних споразума, која се може оборити само уколико суд установи да постоји неки од ограниченог броја разлога за неваљаност арбитражног споразума. Вид. Међународни савет за трговинску арбитражу, Водич Међународног савета за трговинску арбитражу (ИККА) за тумачење Њујоршке конвенције из 1958. године, 2016, доступно на адреси: https://www.arbitration-icca.org/media/6/38897457492242/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf, 8. 4. 2020, 40.

14 У том смислу, интересантна је пресуда ВКС у којој се констатује да државни суд (у складу са чл. 7 ЗОА) може у вези арбитраже да предузима само оне радње које су изричито одређене тим законом. Стога, државни суд може само да испитује да ли су испуњени услови из чл. 10 ЗОА за ништавост арбитражне клаузуле, а не и

који предвиђа да се суд оглашава надлежним само ако су мањкавости споразума „очигледне“, те не улази у дубоку анализу и испитивање ваљаности истог.¹⁵ Значајно је рећи и да Њујоршка конвенција предвиђа јасан приступ који фаворизује арбитражу (тзв. *pro-arbitration approach*), који треба да води судије (а сматра се да то и чини у судској пракси држава чланица) приликом одлучивања о (не)надлежности.¹⁶ Такође, значајно је споменути и да ЗОА предвиђа да ако арбитражни суд о приговорима одлучи као о претходном питању, свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању, те је то поступак у ком суд има могућност да подробно испита надлежност арбитраже.¹⁷

Ипак, приликом примене члана 14 ЗОА, пре свега када странка која је поднела тужбу суду оспори да је ваљан арбитражни споразум који је приложио тужени, суд може доћи у различите дилеме, те бити у недоумици колика је линија између „очигледне“ неваљаности арбитражног споразума и дубоке анализе питања да ли је споразум ништав, без дејства или га није могуће извршити. Пред нашим судовима отворила су се интересантна питања у поступцима у којима је суд морао да решава на основу члана 14 ЗОА, те је донекле видљива борба између нижих и виших судова да ли је домаће правосуђе надлежно за решавање по тужби.

III Анализа судске праксе у материји решавања о апсолутној ненадлежности суда због подношења тужбе у ствари која је предмет споразума о арбитражи

Даље излагање у раду биће према неколико кључних питања која су се јављала приликом одлучивања судова о својој (не)надлежности, с тим што ће посебна пажња, али не и искључива, бити посвећена одлукама Врховног касационог суда РС.

да ли су испуњени претходни услови за отпочињање арбитраже. Ову чињеницу цени сама арбитража по приговору странака. Вид. Врховни касациони суд, Прев 256/2017 од 23. 11. 2017. године.

- 15 Ово решење је предвиђено у нашем ЗОА у чл. 14, али се то не може рећи и за Модел закон (према којем је наш Закон о арбитражи руковођен), нити за Њујоршку конвенцију. Чак је приликом усаглашавања нацрта Модел закона одбијен предлог да се у чл. 8 придода и реч „очигледно“ и да се направи дефинитивно опредељење за ограничено испитивање од стране суда. Г. Кнежевић, В. Павић, 71–72.
- 16 Ово је важно због униформног тумачења и примењивања Њујоршке конвенције. N. Erk-Kubat, 71.
- 17 ЗОА, чл. 30 ст. 2.

1. Патолошке клаузуле и субјективна арбитрабилност спора

У решењу Врховног касационог суда Србије (у даљем тексту: ВКС) из 2015. године,¹⁸ у којем је одлучивано о приговору ненадлежности Привредног суда поводом споразума о репрограмирању дуга, поставила су се два интересантна питања: способност странке да закључи арбитражни споразум и питање очекиване реакције суда на патолошку арбитражну клаузулу (ако се клаузула у овом случају тако уопште може назвати). Наиме, уговор о репрограмирању дуга закључен је са елементом иностраности у субјекту, односно закључили су га лиценцирани ФИФА агент из стране државе и српско спортско удружење. У уговору је предвиђено да је уговор сачињен у складу са ФИФА одредбама, те да су за спорове који настану из овог споразума надлежна релевантна тела ФИФЕ у складу са ФИФА одредбама. Привредни и Привредни Апелациони суд огласили су се апсолутно ненадлежним у складу са чланом 14 ЗОА смаграјући да су странке у спору на овај начин уговориле надлежност Арбитражног суда за спорт у Лозани, с обзиром на то да је странкама било познато да према правилима ФИФЕ по жалбама на одлуке тела ове асоцијације поводом статуса и трансфера играча одлучује наведени арбитражни суд. Нижестепени судови су сматрали да, иако одредба за решавање спорова у споразуму о репрограмирању дуга не садржи реч „арбитража“, да њена садржина јасно указује на намеру странака да искључе државне судове и да потенцијалне спорове решавају у арбитражном поступку, те су се огласили апсолутно ненадлежним и одбацили тужбу страног правног лица на основу члана 16 ЗПП и чланова 19 и 14 ЗОА (из ревизијске одлуке није јасна релевантност члана 19 ЗОА, док су члан 16 ЗПП и 14 ЗОА устаљени механизам који се користи приликом решавања по приговору ненадлежности). Насупрот томе, ВКС сматра да се ради о патолошкој клаузули, где није јасна воља уговорних страна да спор буде решен арбитражом. Проблем који види највиши суд је у томе што одредба споразума закљученог између уговорних страна „не садржи изричиту арбитражну клаузулу“.¹⁹ ЗОА прописује да се споразум о арбитражи сматра закљученим и ако се странке у писаном уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и слично) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.²⁰ Оно што су утврдили нижестепени судови, а што се чини неспорно и ВКС-у, Правилник ФИФЕ (чију су меродавност изричито уговориле странке у главном уговору) као крајњу инстанцу

18 Врховни касациони суд, Прев 113 од 29. 10. 2015. године.

19 Врховни касациони суд, Прев 113 од 29. 10. 2015. године.

20 ЗОА, чл. 12 ст. 4.

предвиђа надлежност арбитраже у Лозани. Међутим, ВКС даље наводи на правило о територијалном важењу Закона о арбитражи²¹ сматравши да је оно ограничено само на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Србије. Претпостављамо да је разлог помињања територијалне примене ЗОА учињено како се члан 12 став 3 тог закона не би ни разматрао.²²

Према статуту ФИФЕ заиста је очигледно да је опште правило (како наводе нижестепени судови) да се спор решава арбитражом (може се чак рећи да је статутом забрањено да се спорови решавају судским путем).²³ Иако на крају одлуке ВКС даје смернице којима првостепени суд треба да се води приликом поновног решавања о приговору ненадлежности, те одвојено поставља питања стварне воље уговорних страна да спор повере арбитражи и способности странке, лиценцираног ФИФА агента као правног лица да такав споразум закључи, у централном образложењу одлуке посвећеном питању постојања арбитражног споразума то питање је везано управо за способност лиценцираног агента. Чини се да по мишљењу ВКС проблем код арбитражног споразума није толико неизречито изражена воља уговорних страна за арбитражно решавање спора, већ питање способности правног лица да такав споразум закључи. Ипак, и поред таквог образложења ВКС оставља да проблем стварне воље уговорних страна да уговоре арбитражу „лебди у ваздуху“ као будући терет предат на решавање првостепеном суду.

На крају одлуке ВКС напомиње да предметни спор јесте спор из члана 1 Закона о парничном поступку за који је прописана судска правна заштита, али да се судска заштита може искључити у случају уговора о арбитражном решавању спорова, под условом да се ради о уговореној арбитражној клаузули и могућности арбитрабилног решавања спора. Даље испитивање арбитрабилности у односу на природу и странке у поступку нижестепеном суду налаже да буде обављено према правилима

21 ЗОА, чл. 2 ст. 1 предвиђа: „Одредбе овог закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије“.

22 И без примене чл. 12 ст. 4 ЗОА српски судови су прихватили такво правило. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(1) од 26. 6. 2006. године у којем је суд навео да је посебно потребно нагласити да је уговор о арбитражи пуноважно закључен у погледу форме и када је садржан у општим условима за закључење правног посла (чл. 471 ЗПП), односно ако су општи услови саставни део основног правног посла (Правилник СТА, чл. 13 ст. 3). У конкретном случају није било спорно да се уговор састоји од више аката. Сам уговор се у чл. 6 позива на опште услове кредитирања који представљају сепаратни акт у коме је у тачки 25 садржана арбитражна клаузула.

23 Статут ФИФЕ (*FIFA Statutes*), доступно на адреси: <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-statutes-5-august-2019-en.pdf?cloudid=ggyamhxxv8jrdfbekrrm>, 8. 4. 2020, чл. 59 ст. 2.

Арбитражног суда за спорт. Тиме је суд покренуо интересантно питање меродавног права за арбитрабилност спора.²⁴ Ипак, могло би се рећи да тако нешто није требало да постане задатак нижестепених судова јер је арбитража више него овлашћена да сама одлучује о својој надлежности. ВКС је могао да прихвати мишљење нижестепених судова, те да *prima facie* анализом арбитражног споразума установи да арбитражни споразум постоји у складу са релевантним правилима чију су применљивост стране у уговору успоставиле. Даља питања о арбитрабилности спора, постојању стварне воље уговорних страна да закључе арбитражни споразум, те питање способности странака, била би решена од стране арбитраже у складу са правилом *Kompetenz-Kompetenz*.²⁵

Поставља се питање да ли је клаузула из уговора о репрограмирању дуга уопште патолошка, те да ли је заиста потребно утврђивати стварну вољу уговорних страна да спор подвргну арбитражи. Патолошке клаузуле (*pathological or defective clauses*) су дефектни (манљиви) арбитражни споразуми који, у зависности од степена патологије, не пружају јасну перцепцију о томе шта су се стране у уговору договориле (категоризацију разлика у манљивом сачињавању клаузула Ајземан (*Eisemann*) описује као „црни музеј“ арбитраже).²⁶ Такве се мане могу односити на недоследност, несигурност или неоперабилност, те у најгорем случају могу резултирати тиме да се клаузула сматра неважећом.²⁷ Мотиви странака не морају бити усмерени на будуће осујећивање надлежности потенцијалне арбитраже, те могу више бити плод несмотрености странака.²⁸ У најмање пожељном сценарију (исто толико и ретком), може

24 За разматрања о меродавном праву за субјективну и објективну арбитрабилност спора, вид. Милена Петровић, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревивија Којаоничке школе*, бр. 1/2019, 174–182.

25 Правило је успостављено и процедуралним правилима Арбитражног суда за спорт у Лозани (*CAS Code: Procedural Rules*), доступно на адреси: <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>, 8. 4. 2020, чл. 39 ст. 4.

26 Gary B. Born, Matteo Angelini, Carina Alcoberro Llivina, „Rethinking „Pathological“ Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements“, *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, Crina Baltag), Kluwer Law International, 2019, 36.

27 Daniel Girsberger, Pascal J. Ruch, „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011, 126.

28 Ипак, с обзиром на то да се арбитражна клаузула закључује пре настанка спора (у периоду када се претпоставља да до спора неће ни доћи, већ да ће сарадња бити плодносна за обе стране), мане арбитражног уговора су више плод непажње уговорних страна него њихове воље управљене на ограничавање (може се рећи и осујећивање) арбитражне надлежности. У том смислу, вид. и Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(2) од 26. 6. 2006. године. Често се у теорији ар-

доћи и до ситуације да патологија арбитражне клаузуле буде таква да се суд сматра ненадлежним јер арбитражни споразум сматра валидним, док арбитража истовремено не може (јер сматра да не треба) да заснује своју надлежност јер има супротно становиште. Тада се странке сусрећу са својеврсним одбијањем правде (*denial of justice*) који се често помиње као могући проблем негативног сукоба међународне надлежности суда, али овог пута у светлу арбитражног и судског механизма решавања спорова.²⁹

Има више врста патолошких клаузула, такозване „бланко клаузуле“,³⁰ клаузуле које упућују на непостојећу институцију, контрадикторне клаузуле и још многе друге. Без обзира на то, сматра се да се заједнички сет правила може примењивати на њихово валидирање.³¹ Патолошке клаузуле осим што задају неприлике судовима, много чешће то чине арбитражама приликом одлучивања о њиховој надлежности. У даљем тексту биће изложен један случај који је спроведен пред Београдским арбитражним центром,³² као потенцијална смерница судовима у њиховом даљем препознавању, решавању и поступању са патолошким клаузулама. Арбитар појединац је у складу са ЗОА и Правилником Београдског арбитражног центра³³ одлучивао о својој надлежности. Спор је проистекао из уговора о пружању консултантских услуга између енглеског и српског друштва. Енглеско друштво је тужбу због неисплаћене

битражне клаузуле називају „поноћне“ или „шампањ“ клаузуле с обзиром на тренутак њиховог састављања и (не)заинтересованост странака да квалитетно то питање реше. Више о разлозима, вид.: Г. Кнежевић, В. Павић, 61–62; М. L. Moses, 39–40.

29 Вид. Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2015, 280; Тибор Вараци, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 486.

30 Мада бланко клаузуле (иако и оне могу бити проблематичне) могу бити без типичних облика патологије, већ само непотпуне из тог разлога што једино што се из њих може закључити јесте да су странке желеле да спор реше арбитражом. Пример бланко клаузуле: „За све спорове биће надлежна арбитража.“ Такође, код бланко клаузуле се често реферише на недостатак назначења броја арбитра и начина њиховог именовања. Вид. Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 497, 525.

31 G. V. Born, M. Angelini, C. Alcoberro Llivina, 36.

32 Београдски арбитражни центар, редигована арбитражна одлука у предмету БАЦ 1–2015.

33 Правилник Београдског арбитражног центра – Београдска правила, доступно на адреси: <https://www.arbitrationassociation.org/beogradski-arbitrazni-centar/pravilnik/>, 16. 4. 2020.

уговорене цене за услуге поднело БАЦ-у на основу следеће арбитражне клаузуле:

„У случају да дође до спора из овог Уговора или у вези са њим, странке ће покушати да реше спор путем пријатељске консултације. Уколико спор не буде решен у разумном року, било које или сва спорна питања могу бити изнета на коначну и обавезујућу арбитражу у складу са законима Републике Србије. Одлука арбитра биће коначна и на основу ње може бити донета пресуда од стране Привредног суда у Новом Саду који је надлежан у Републици Србији.“³⁴

Тужени у поступку није учествовао, те је арбитар утврдио да ће се поступак спровести и без његовог учешћа у складу са Београдским правилима³⁵ и да ће арбитар ценити и приговоре које је тужени могао да истакне, те и приговор ненадлежности који (што је вредно помена), по мишљењу арбитра постоји самим пропуштањем туженог да учествује у поступку.³⁶

Арбитар је одлуку о својој ненадлежности у предметном спору засновао логиком која следи. Прво, утврдио је да су се странке неспорно определиле за арбитражно решавање спорова, односно да су дерогирале надлежност државних судова.³⁷ Даље, странке се нису договориле око тога да ли ће се њихов спор решавати пред институционалном или *ad hoc* арбитражом, те да у Србији постоје две институције које би долазиле у обзир за именовање арбитра (Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори и БАЦ).³⁸ Даље, покретање арбитраже пред БАЦ једностраним актом тужиоца нарушава једнакост странака.³⁹ Оно што је најважније, арбитар примећује да спорна арбитражна клаузула није нејасна, него непотпуна и да се у томе састоји кључни проблем.

У одлуци је сматрано да арбитражна клаузула која не одговара изричито на питање да ли је уговорена институционална или *ad hoc* арби-

34 Клаузула је у изворном облику на енглеском језику, као и цео уговор за пружање консултантских услуга.

35 Београдска правила, чл. 6 ст. 7.

36 Стога је арбитар констатовао да је овлашћен да о питању надлежности самостално одлучује на основу чл. 28 ст. 1 ЗОА и чл. 14 Београдских правила.

37 Треба поменути да у одлуци о надлежности ни у једном моменту није анализиран крај арбитражне клаузуле, где се предвиђа да ће се на основу коначне арбитражне одлуке донети пресуда од стране Привредног суда у Новом Саду који је надлежан у Републици Србији. Такође, није анализирано ни то што арбитражна клаузула гласи да стране „могу“ спор поднети арбитражи.

38 Још један проблем у предметном случају јесте што у моменту закључења арбитражне клаузуле БАЦ још није био основан. Вид. Одлука БАЦ 1–2015, пар. 39.

39 Одлука БАЦ 1–2015, пар. 40.

тража јесте више подобна да успостави надлежност *ad hoc* арбитраже,⁴⁰ поготово имајући у виду да се тужени није изјаснио о прихватању надлежности изабраног арбитра именованог од стране БАЦ-а. Заправо, у овом спору арбитар није сматрао да горенаведена патолошка клаузула, и поред своје непотпуности, не врши ваљано дерогирање надлежности редовног суда у корист арбитраже. Напротив, сматрао је да *ad hoc* арбитража заснована путем таквог арбитражног споразума може бити потпуно оправдана. Ипак, спорни арбитражни споразум није се могао тумачити ни на који начин тако да оправда надлежност арбитра именованог од стране БАЦ-а.

Да би арбитар сматрао да је надлежан, морао би да установи утврђивањем хипотетичке воље странака⁴¹ да би странке, да су се договарале о томе, изабрале БАЦ као институцију која ће организовати арбитражу и изабрати арбитра. С обзиром на то да се овде, како се наводи у одлуци, ради о „бланко клаузули“ из које се само чита да је надлежна арбитража (али ништа више од тога), „оздрављење“ ове клаузуле на начин да доведе до надлежне арбитражне институције није могуће. У одлуци су разматрана два начела тумачења уговора: начело корисног ефекта и начело *contra preferentem*.⁴²

Начело корисног ефекта, који је разматран приликом одлучивања, је прихваћен метод „оздрављења“ арбитражних клаузула и у теорији и у пракси.⁴³ Што се тиче судске праксе, Виши трговински суд у одлуци из 2006. године констатује да се тумачење нејасне арбитражне клаузуле ради утврђивања праве воље странака које су је закључиле да спор повере арбитражи најчешће у међународном арбитражном праву врши уз примену тзв. „принципа корисног ефекта“. Овај принцип полази од

40 Закључак арбитра је у складу са схватањем да одсуство одређења арбитражне институције пред којом ће се водити спор „обично представља јасну индикацију оптирања за *ad hoc* начин решавања спорова.“ Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 62.

41 Хипотетичка воља странака се утврђује према времену када је клаузула настала. Вид. Одлука БАЦ 1–2015, пар. 40. У предметном спору, с обзиром на то да институција није постојала у моменту закључења клаузуле, немогуће је претпоставити да су странке желеле, у моменту настанка клаузуле, ову арбитражну институцију.

42 Многа уговорна правила и начела се примењују на арбитражни споразум, јер се и он *per se* сматра двостраним уговором. Ј. Перовић Вујачић, 232; Решење Привредног апелационог суда, Пж. 11649/2010 од 31. 8. 2011. године: „Арбитражни споразум представља врсту уговора с обзиром на то да настаје сагласношћу воља уговорних страна, те стога, као и било који други уговор, може се правно оцењивати у погледу постојања сагласности воља.“

43 Примећује се да би ускраћивање ефекта наводно патолошким арбитражним споразумима било у супротности са Њујоршком конвенцијом и већином савременог арбитражног законодавства јер оно ускраћује дејство заједничких намера страна у погледу решавања њихових спорова. Вид. G. V. Born, M. Angelini, C. Alcoberro Livina, 37.

правила да двосмислену одредбу уговора треба схватити у смислу који јој даје извесно (можемо рећи пожељно) дејство и на тај начин установити (ако је могуће) да су странке хтеле да изузму надлежност државног суда, „што значи да се формира оборива претпоставка да је воља странака била да спорни однос расправе пред арбитражом“.⁴⁴ Даљи стандарди које треба пратити су, по схватању суда, схватање поштеност промета и општа правила тумачења уговора која предвиђа облигационо право.⁴⁵

Слична схватања заступа и арбитар у одлуци БАЦ-а који је, пошавши од начела корисног ефекта, установио да арбитражни споразум о институцији за решавање спора не постоји, те се не може вршити тумачење „нечега што не постоји“.⁴⁶ У одлуци се позива и на начело *contra preferentem*, познато из члана 100 Закона о облигационим односима који предвиђа правило да у случају да је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или кад је уговор био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, нејасне одредбе тумаче се у корист друге стране.⁴⁷ Ипак, ни ово начело тумачења општег уговорног права није било могуће у предметном спору из најмање два разлога: није познато која је страна редиговала и понудила арбитражну клаузулу, те друго, она и даље остаје непотпуна, без икаквог споразума о арбитражној институцији.

Из разматране одлуке БАЦ-а и решења Вишег трговинског суда, које даје добре стандарде о принципу корисног ефекта приликом тумачења патолошких клаузула, можемо извести најмање неколико закључака који могу да буду будуће смернице судовима. Може се рећи да „оздрављењу“ патолошких клаузула увек треба тежити, али да „оживљавање“ арбитражне клаузуле није могуће јер се ни из чега не може стварати нешто. Када је „лечење“ арбитражне клаузуле могуће, примењујемо пре свега принцип корисног ефекта, али такође тражење хипотетичке воље странака можемо спроводити и путем општих начела уговорног права. „Бланко клаузуле“ саме по себи јесу патолошке, али оне чак и када су потпуно неупотребљиве да заснују надлежност арбитражне институције, могу бити потпуно способне да обавезу странке на *ad hoc* арбитражу.⁴⁸

44 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 13602/2005(2) од 26. 6. 2006. године.

45 *Ibid.*

46 Одлука БАЦ 1–2015, пар. 45.

47 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени лист РС*, бр. 18/2020.

48 У овом смеру иду и судови из других држава. Вид. *Hong Kong Court of First Instance, Lucky-Goldstar Int'l (HK) Ltd v. Ng Moo Kee Eng'g Ltd, Arbitration & Dispute Resolution Law Journal*, 1994, 49.

Осврнућемо се још кратко на анализу одлуке ВКС из 2015. године, односно на питање да ли је лиценцирани ФИФА агент био овлашћен да закључи арбитражни споразум. Наиме, по мишљењу ВКС дискутабилно је да ли према Правилима о посредницима за играче посредник као правно лице може да буде овлашћен да закључи споразум о репрограмирању дуга који садржи одредбу о решавању спорова.⁴⁹ Како суд наводи, у конкретном случају није утврђено да ли је посредник имао потребан капацитет за закључење споразума, те да ли се по правилима поступка пред Арбитражним судом за спорт у Лозани као странка може појавити правно лице или само лиценцирани агенти као физичка лица. Ако узмемо у обзир да се овде поставља питање да ли је посредник могао да закључи уговор о репрограмирању дуга, а да се арбитражни споразум посматра као одвојен од основног уговора (аутономија арбитражног споразума – *separability doctrine, separability presumption*),⁵⁰ те да је суд препознао да је потребно да се увиди да ли према уговореној арбитражи споразум јесте закључен и да ли се правно лице може појавити као странка, а на крају да непуноважност главног уговора не утиче *per se* на пуноважност арбитражног споразума (што проистиче из аутономије арбитражног споразума), долазимо до закључка да ни ово питање није требало препустити првостепеном суду на поновно решавање, већ *prima facie* надлежној арбитражи.

2. Објективна арбитрабилност спора

У одлуци ВКС из 2014. године суд је одлучивао о приговору ненадлежности истакнутог од стране Агенције за приватизацију (тужене стране) у спору који је покренуо Конзорцијум правних лица.⁵¹ У уговору о продаји друштвеног капитала друштвеног предузећа у реструктурирању била је одређена арбитражна клаузула у којој се у случају спора прихвата надлежност Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије према правилима те арбитраже. Тужена агенција је 2009. године раскинула уговор на основу Закона о приватизацији, због чега је и тужилац покренуо спор. Првостепени суд се огласио апсолутно ненадлежним са позивом на члан 16 ЗПП (као што је раније наведено, неки судови се позивају само на овај члан и поред постојања ЗОА који специфичније

49 Иако је наведени споразум закључио посредник као правно лице, ради се о споразуму који је одвојен од споразума које је посредник закључивао у својој делатности вршења радња и услуга које је захтевао тужени, а које су везане за трансфер и професионални уговор једног играча.

50 ЗОА, чл. 28 ст. 2; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014, 350; M. L. Moses, 18; Г. Кнежевић, В. Павић, 53–54.

51 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године.

регулише ово питање), док се другостепени суд позвао на члан 14 ЗОА, те потврдио одлуку првостепеног суда. ВКС није био задовољан одлуком, те је вратио предмет на поновно одлучивање како би се испитала арбитрабилност предметног спора поводом тужбеног захтева за утврђење да је уговор о продаји капитала на снази и да производи правно дејство, која по схватању ВКС није ни близу извесности.⁵² Наиме, у својој одлуци највиши суд уочава да у нижестепеним поступцима није утврђено да ли је уговор о продаји друштвеног капитала друштвеног предузећа у реструктурирању арбитрабилан, а да се ради о сложеном уговору закљученом на основу јавноправних овлашћења Агенције за приватизацију, те да његова садржина има имовинскоправне и статусноправне елементе.

Приликом разматрања ове одлуке, потребно је анализирати једно питање, а то је оно које се односи на арбитрабилност приватизационих спорова. Наиме, ВКС је у разматраној одлуци осим уочавања сложености уговора, те његових имовинских и статусноправних елемената, препознао и да:

„те специфичности ограничавају примену општег режима уговорног права на све елементе уговора о продаји друштвеног капитала субјекта приватизације. Статусноправни елементи уговора о продаји друштвеног капитала регулисани су Законом о приватизацији и подзаконским актима о продаји друштвеног капитала у вези са релевантним одредбама Закона о привредним друштвима и тада важећег Закона о регистрацији привредних субјеката. Тим елементима уговорне стране не могу слободно располагати, па ни уговарати надлежност арбитраже јер је то супротно члану 5 став 1 Закона о арбитражи.“⁵³

Закон о уређењу судова предвиђа да у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима, примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности, привредни суд суди у првом степену.⁵⁴ Иако овај члан може да створи дилему да ли је за

52 Према чл. 5 ст. 1 ЗОА, арбитража се може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда. На основу тога видимо да према ЗОА услов арбитрабилности има две компоненте: спор мора бити имовински о правима којима странке слободно располажу и спор не сме бити у искључивој надлежности суда. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 51.

53 Врховни касациони суд, Прев 137 од 11. 12. 2014. године, 2–3.

54 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 26 ст. 1 тач. 3.

ове спорове уговорена искључива надлежност државног правосуђа, то не би требало да се дешава јер законодавац ту не користи реч „искључива“. Наиме, искључива надлежност суда је изузетак који постоји само онда када је изричито наведена.⁵⁵ Компанијске спорове, спорове поводом уговора о преносу удела и друга повезана питања, попут уговора из *mergers and acquisitions* трансакција, не можемо сматрати самим по себи неарбитрабилним.⁵⁶ Такође, исто би требало да важи и за продају друштвеног капитала друштвеног предузећа. Искључива надлежност судова за приватизационе спорове била би могућа да је законодавац то предвидео, али то се није десило, те не можемо сматрати да се ради о споровима који нису арбитрабилни због тога што само суд о њима може да решава.⁵⁷ Као образложење, ВКС у разматраној одлуци наводи да статусноправни елементи у приватизационим споровима који проистичу из уплетених закона представљају сегменте којима странке не могу слободно располагати, те ни уговарати арбитражу, јер би то било у супротности са чланом 5 став 1 ЗОА, мада не раздваја који су то статусноправни елементи а који имовински, о којима би се и по мишљењу суда могло решавати арбитражом. Ипак, у одлуци се наводи да се раније одвијао спор између истих странака поводом уговорне казне из истог уговора пред Спољнотрговинском арбитражом, због чега можемо да закључимо да је то чисто, или барем доминантно, имовински део уговора, односно део сложеног уговора који је подобан за арбитражу.

Из одлуке највишег суда није јасно који су то статусноправни елементи којима странке не могу слободно да располажу (те ни уговарати надлежност арбитраже), па је на овом месту потребно нагласи-

55 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља предвиђа у чл. 47: „Искључива надлежност суда Републике Србије постоји кад је то овим или другим савезним законом изричито одређено.“ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

56 У том смислу, закључак аутора који су разматрали арбитрабилност компанијских спорова, уговора о преносу удела и осталих повезаних питања у вези са чл. 7 Закона о привредним друштвима вид. у: Мирко Васиљевић, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018, 29–30; Јована Величковић, „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 490. Ипак, уколико је *mergers and acquisitions* трансакција структурирана на систему директног преноса имовине, а та имовина су непокретности на територији Републике Србије, може се сматрати да постоји искључива надлежност српског суда према чл. 56 ЗМПП. Вид. Стефан Јовановић, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни животи*, бр. 11/2019, 499–500.

57 Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом ЕУ (2019)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 377.

ти да чак и када су односи регулисани императивним прописима, то није препрека за уговарање арбитраже.⁵⁸ Неарбитрабилни су спорови у којима је друштвени интерес снажно изражен, али арбитража је подобан начин решавања спорова у којима су странке слободне и да закључе поравнање, те да тиме замене судску одлуку.⁵⁹ У складу са тим, Агенција за приватизацију је имовинским правима слободно располагала, те била компетентна да се и са купцима поравна у вези са споровима насталим из тог уговора.⁶⁰

Ипак, може се рећи да ВКС има својеврсну потенцијалну еволуцију у схватању о арбитрабилности приватизационих спорова. Наиме, у једној одлуци из 2008. године заузима се „бланкетни став“ о неарбитрабилности приватизационих спорова.⁶¹ У горе анализираној одлуци из 2014. године, неарбитрабилним се сматрају спорови из статусноправних питања који, по мишљењу суда, постоје због карактера закона који се примењују на њих, а у скорашњој одлуци из 2018. године (ради се о пресуди којом је поништена арбитражна одлука), питање арбитрабилности приватизационог спора између Агенције за приватизацију и страног конзорцијума није се ни постављало.⁶²

IV Закључна разматрања

Из анализиране судске праксе можемо видети да судови и даље не поступају у арбитражној материји са великим самопоуздањем. Присутна су лутања, те препирка између нижих судова и највишег суда у погледу важних питања. *Summa summatim*, делује да су нижестепени судови више вољни да спор препусте на решавање арбитражи онда када тужени поднесе приговор њихове апсолутне ненадлежности, док Врховни касациони суд, приликом решавања по ревизији, бива више заинтересован да отвори питање пуноважности арбитражног споразума, те да преда одређене смернице првостепеном суду приликом поновног решавања.

58 Г. Кнежевић, В. Павић 51. Присутан је развој схватања о арбитрабилности спорова у различитим областима, као што су спорови о заштити конкуренције, интелектуалне својине, пореза... Вид. Марко Јовановић, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 346; Дијана Марковић Бајаловић, „Арбитрабилност спорова из права конкуренције *ratione materiae*“, *Правни животи*, бр. 11/2019, 379.

59 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 573.

60 В. Павић, 377.

61 Анализа доступна у: В. Павић, 372.

62 Врховни касациони суд, Прев 37/2018. О анализи те одлуке, вид. Мирко Васиљевић, „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019, 17–20.

Решење овог проблема можемо тражити на неколико нивоа. Судови би приликом тумачења важећег Закона о арбитражи требало да консултују хармонизована тумачења и сакупљену светску судску праксу у различитим коментарима, те стручној и научној литератури у области међународног права. На тај начин ће допринети уједначеном тумачењу у материји арбитраже која је нужна због њеног међународног значаја, што је и био циљ преузимања једног глобално прихваћеног сета правила.

Законодавац такође може прецизније регулисати одређена питања, јер многа од њих, као што је на пример питање арбитрабилности, скоро искључиво почивају на развоју судске праксе, што показују и промењена схватања о арбитрабилности појединих врста спорова који су раније традиционално били неподобни за арбитражу.

И на крају, странке морају обратити пажњу приликом закључивања арбитражног споразума, како би предупредиле различита спорења око његове пуноважности, те и постојања. Проблем је посебно истакнут када су у питању патолошке клаузуле, али је значајан и у погледу других питања.

Коришћена литература

- Berger Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2015.
- Born Gary B., Angelini Matteo, Alcoberro Llivina Carina, „Rethinking „Pathological“ Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements“, *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (eds. Sherlin Tung, Fabricio Fortese, Crina Baltag), Kluwer Law International, 2019.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, седамнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Васиљевић Мирко, „Арбитража без арбитражног уговора (директног или индиректног)“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2019.
- Васиљевић Мирко, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018.
- Величковић Јована, „Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.

- Gaillard Emmanuel, Savage John, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- Girsberger Daniel, Ruch Pascal J., „Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers’ Nightmare Comes True“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Viscasillas P. Perales, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011.
- Erk-Kubat Nadja, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Vol. 30, Kluwer Law International, 2014.
- Јовановић Марко, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Јовановић Стефан, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни живоић*, бр. 11/2019.
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009.
- Марковић Бајаловић Дијана, „Арбитрабилност спорова из права конкуренције *ratione materiae*“, *Правни живоић*, бр. 11/2019.
- Moses Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.
- Павић Владимир, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом ЕУ (2019)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Перовић Вујачић Јелена, „Обавезе арбитра у међународној трговачкој арбитражи“, *Правни живоић*, бр. 11/2019.
- Петровић Милена, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревивија Кољаоничке школе*, бр. 1/2019.

Stefan JOVANOVIĆ
Graduate student instructor and master student at the
University of Belgrade Faculty of Law

RESOLUTION ON COMPLAINT OF JURISDICTION FOR CONTRACTUAL ARBITRATION IN JUDICIAL PRACTICE

Summary

It is important to be considered in which way is allocated the jurisdiction between a domestic court and an arbitral tribunal and how to resolve the conflict of competence. Arbitral proceeding will only be allowed in case it is based on a valid and effective arbitration agreement. Nevertheless, judicial power to review arbitral jurisdiction has to be restricted. Excessive court's intervention in arbitration undermines both party autonomy and the efficiency of arbitration and can cause relinquishment of the right to arbitrate. Indeed, it is not uncommon that a court's jurisdiction is invoked by a claimant as a dilatory tactic, however, a party can be noncommittal about arbitration, simply observing an arbitration agreement as null and void, inoperative or incapable of being performed. If a party commences a court proceeding, the party insisting on the enforcement of the arbitration agreement can invoke the parties' agreement to arbitrate as a defense before the national court. If the respondent fails to file a plea before making submissions on the merits the domestic court's lack of jurisdiction is healed. In case that defendant provides arbitration agreement, there is a presumption that the arbitration is competent, unless it is evident that agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. The role of the domestic court in this proceeding has to be limited and restricted. In Serbia, the protective barriers between arbitration and national court systems are the New York Convention and Serbian Law on Arbitration. Domestic courts have frequently been in a position to rule on the objection of lack of jurisdiction, and this paper analyzes how the courts dealt with conflict of competence. Several following issues have been identified, issues that the commercial courts and the Serbian Supreme Court of Cassation had to address in order to decide on the validity of the arbitration agreement. Furthermore, due to the fact that one of the main goal in the arbitration field is the harmonization of the laws as well as the case law, the author provides some guidelines and conclusions so that the Serbian courts can more confidently respond to these challenges.

Key words: *Arbitration. – Court. – Jurisdictional Plea. – Jurisdiction. – Case Law. – Arbitration Agreement. – Arbitrability. – Capacity of Parties to Conclude Arbitration Agreement. – Pathological Clauses.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 17. 5. 2020.

СТРУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.952

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002279N

Младен НИКОЛИЋ*
судија Привредног апелационог суда

СКРАЋЕНИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

Сажетак

Раг је посвећен скраћеном извршном поступку који је Законом о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу (ионово) увршћен у извршну процедуру. Циљ је да се кроз анализу законских норми да приказ овог поступка и тиме заинтересована лица упознају са условима за вођење поступка који би требало да омогући привредним субјектима бржу најлакшу новчану реализацију. Осим наведеног, у раду су изнета одређена спорна питања која се могу јавити у примени закона, те понуђени одговори на та питања.

Ради се о документованом поступку ради најлакше новчане реализације у коме се као извршни поверилац и извршни дужник јављају по правилу привредни субјекти, а основ за дозволу извршења су веродостојне исправе јаче доказне снаге. То су: 1) меница и чек домаће или стране лица са прошестом, ако је потребан за заснивање реализације; 2) безусловна банкарска гаранција; 3) безусловни акредитив; 4) оверена изјава извршног дужника којом овлашћује банку да с његовог рачуна пренесе новчана средства на рачун извршног повериоца. За одлучивање о предлогу за извршење стварно је надлежан привредни суд. Као што је извршни поверилац дужан да уз предлог за извршење

* Електронска адреса аутора: mladen.nikolic@pa.sud.rs.

којим *предлаже сировођење скраћеној извршној постојка достави таксативно предвиђене веродостојне исправе веће доказне снаге, тако је и извршни дужник који приговара решењу о извршењу дужан да уз приговор достави писане доказе који су таксативно прописани законом.*

Искључиви правни лек прописан решења о извршењу у скраћеном извршном постојку је приговор који се може изјавити у року од пет дана од дана достављања. О приговору одлучује веће од броје судија суда који је донео решење о извршењу. Приговор има суспензивно дејство, осим ако је у питању меница.

Кључне речи: *Извршни поверилац. – Извршни дужник. – Привредни субјект. – Веродостојна исправа. – Решење о извршењу. – Привредни суд. – Приговор.*

I Увод

Законом о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу у глави VIIIа законодавац је уредио скраћени извршни поступак.¹ Сличан поступак био је предвиђен Законом о извршном поступку,² тако да можемо закључити да није реч о потпуној новости када је у питању извршна процедура у Републици Србији.

Сам назив „скраћени извршни поступак“ упућује на поступак у коме се на бржи и једноставнији начин остварује новчано потраживање повериоца. С обзиром на то да се скраћени извршни поступак спроводи на основу одређених веродостојних исправа, а не на основу извршних исправа, примеренији назив био би скраћени поступак за наплату новчаног потраживања. Ово из разлога јер је очигледна намера законодавца да омогући наплату доспелог новчаног потраживања у оквиру извршног поступка, што значи да би требало да се у том поступку у највећем броју случајева мериторно одлучује о основаности и висини новчаног потраживања извршног повериоца (без вођења парничног поступка). Иако се решење о извршењу доноси на основу одређених веродостојних исправа, поступак је на другачији начин уређен у односу на класични извршни поступак на основу веродостојне исправе. Законодавац је, у намери да поједностави и убрза наплату новчаног потраживања привредних субјеката, сузио круг веродостојних исправа на основу којих се може донети решење о извршењу и у тај круг веродостојних исправа

1 Закон о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 54/19.

2 Закон о извршном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

ва уврстио оне са јачом доказном снагом о основаности, постојању и висини новчаног потраживања. С обзиром на то да су одредбе Закона о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу које уређују скраћени извршни поступак у примени од 1. јануара 2020. године, тек ћемо се после извесног времена, у коме ће се одредбе примењивати, уверити да ли ће поступак чији ћемо приказ дати у овом чланку испунити очекивања која је законодавац имао у виду уврштењем скраћеног извршног поступка у закон који уређује материју извршења. Осим приказа поступка, указаћемо на одређена могућа спорна питања и понудити одговоре на та питања.

II Странке у поступку и надлежност

Услов за одређивање извршења, тиме и за спровођење скраћеног извршног поступка, јесте да се као извршни поверилац и извршни дужник појављују субјекти из одредаба члана 25 став 1 тачка 1 Закона о уређењу судова.³ Полазећи од наведених одредаба, реч је о привредним друштвима, предузетницима, асоцијацијама привредних субјеката, али и о оној ситуацији у којој се као извршни поверилац појављује привредни субјект, а као извршни дужник неко правно лице које не спада у привредне субјекте, при чему је реч о новчаном потраживању проистеклом из делатности привредног субјекта.

Имајући у виду да је законодавац скраћени извршни поступак резервисао само за наведена лица уз упућивање на закон који уређује стварну надлежност судова, последица је да је за скраћени извршни поступак у фази одлучивања о предлогу за извршење, али и одлучивања о правним лековима, стварно надлежан привредни суд. Када је у питању месна надлежност, она пре свега зависи од седишта извршног дужника и везује се за привредни суд који је месно надлежан према седишту извршног дужника. Месна надлежност одређеног привредног суда може зависити и од средства и предмета извршења које је извршни поверилац назначио у предлогу за извршење. У том смислу, уколико је извршни поверилац предложио да се новчано потраживање које се заснива на веродостојној исправи наплати продајом непокретности, искључиво месно надлежан за одлучивање о предлогу за извршење биће привредни суд на чијој се територији налази непокретност на којој је предложено

3 Привредни суд у првом степену суди у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти); у споровима који настану између привредних субјеката и других правних лица у обављању делатности привредних субјеката, као и кад је у наведеним споровима једна од странака физичко лице, ако је са странком у односу материјалног супарничарства.

но извршење. Уколико се извршни поверилац определи да се новчано потраживање намири пописом, проценом и продајом покретних ствари, тада извршни поверилац може да бира (диспонира) којем ће се месно надлежном суду обратити јер су месно надлежни и привредни суд према седишту извршног дужника и привредни суд на чијој територији месне надлежности се налазе покретне ствари на којима је предложено извршење. Треба приметити да ће у највећем броју случајева месно надлежан бити онај привредни суд на чијој територији се налази седиште извршног дужника.

Када је у питању спровођење извршења и предузимање извршних радњи у току спровођења извршења, искључиво су надлежни јавни извршитељи. Ово стога што је реч о новчаном потраживању, а почев од 1. јануара 2020. године јавни извршитељи су искључиво надлежни да спроводе извршење свим средствима извршења и на свим предметима у циљу остварења и намирења новчаног потраживања. То значи да, уколико би извршни поверилац предложио да намири своје новчано потраживање заједничком продајом непокретности и покретних ствари, почев од 1. јануара 2020. године и у односу на ово средство извршења у фази спровођења извршења постоји искључива надлежност јавног извршитеља. У поступцима који су започети пре 1. јануара 2020. године, када је у питању заједничка продаја непокретности и покретних ствари, искључиво је за спровођење извршења надлежан суд. Конкретног јавног извршитеља назначава у предлогу за извршење извршни поверилац, с тим што то мора бити онај јавни извршитељ који је именован за подручје привредног суда који је месно надлежан за одлучивање о предлогу за извршење, а тиме и за доношење решења о извршењу.

III Предлог за извршење и прилози

Предлог за извршење који се подноси надлежном привредном суду у свему по својој садржини одговара предлогу за извршење у класичном поступку извршења на основу веродостојне исправе.⁴ Уз предлог за извршење за спровођење скраћеног извршног поступка, извршни поверилац је дужан да приложи веродостојну исправу у оригиналу, овереној копији или препису, а уколико је у питању страна меница или страни чек, ова веродостојна исправа мора бити преведена од стране судског преводиоца на језик који је у употреби у суду. Додатни услов, уз остале прописане законом, јесте и да извршни поверилац у предлогу за извршење назначи, односно затражи спровођење скраћеног извршног

4 Више о томе, вид. Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, чл. 62.

поступка. Законодавац је пропустио да пропише како се поступа са предлогом за извршење када је тај предлог у свему уредно сачињен у складу са чланом 62 Закона о извршењу и обезбеђењу, када је испуњен услов у погледу странака у односу на које се може спровести скраћени извршни поступак, када су приложене одговарајуће веродостојне исправе, али извршни поверилац у предлогу није назначио, односно није затражио спровођење скраћеног извршног поступка. За разлику од Закона о извршном поступку из 2004. године који је предвиђао да ће се спровести извршење по одредбама закона предвиђеним за извршење на основу веродостојне исправе, законодавац у одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу које се примењују од 1. јануара 2020. године није прописао како ће суд поступити. Иако је реч о правној празнини, сматрамо да би, упркос чињеници да законодавац није предвидео одредбу као у Закону о извршном поступку из 2004. године, суд био дужан ако су испуњени услови да донесе решење о извршењу на основу веродостојне исправе и спроведе поступак сагласно одредбама члана 52, те члана 85–90 Закона о извршењу и обезбеђењу.⁵

Другачија је она ситуација у којој би извршни поверилац сачинио у свему уредан предлог и предложио спровођење скраћеног извршног поступка, али уз предлог за извршење не би доставио веродостојну исправу за коју је законом прописано да може бити основ за спровођење скраћеног извршног поступка или не би било речи о странкама из члана 25 став 1 тачка 1 Закона о уређењу судова. У том случају, надлежни привредни суд би одбио предлог за извршење јер нису испуњени кумулативно прописани услови, а то је одговарајућа веродостојна исправа која може бити основ за доношење решења о извршењу у скраћеном извршном поступку и својство странака.

Решење о извршењу које надлежни привредни суд донесе у скраћеном извршном поступку састоји се из два дела. Први део је тзв. обавезујући део и тим делом решења о извршењу обавезује се извршни дужник да исплати новчано потраживање извршном повериоцу у року назначеном у решењу о извршењу. Други део је део којим се одређује извршење ради наплате новчаног потраживања извршног повериоца. Он садржи средство и предмет извршења којим ће се наплатити новчано потраживање или је, у складу са предлогом извршног повериоца, одређено да се извршење спроведе на целокупној имовини извршног дужника.

5 Вид. ЗИО, чл. 85–90.

IV Врсте веродостојних исправа

Скраћени извршни поступак се може спровести само на основу четири веродостојне исправе које су таксативно предвиђене законом. То су: 1) меница и чек домаћег или страног лица са протестом, ако је потребан за заснивање потраживања; 2) безусловна банкарска гаранција; 3) безусловни акредитив; 4) оверена изјава извршног дужника којом овлашћује банку да с његовог рачуна пренесе новчана средства на рачун извршног повериоца.

Када су у питању наведене веродостојне исправе, може се приметити да су оне неупоредиво јаче доказне снаге у погледу основаности, постојања и висине новчаног потраживања извршног повериоца у односу на класичне веродостојне исправе из члана 52 Закона о извршењу и обезбеђењу.⁶ Веродостојне исправе на основу којих се може спровести скраћени извршни поступак издаје извршни дужник, док највећи број веродостојних исправа из члана 52 Закона о извршењу и обезбеђењу издаје извршни поверилац као своје једностране акте, а типичан пример јесте рачун који се и најчешће појављује као основ за дозволу извршења у „класичном“ поступку извршења на основу веродостојне исправе. Управо због јаче доказне снаге и природе наведене четири веродостојне исправе на основу којих се може спровести скраћени извршни поступак, јасна је намера законодавца да поновним увођењем овог поступка убрза наплату доспелог новчаног потраживања извршног повериоца.

1. Меница и чек

Меница и чек су хартије од вредности које несумњиво са високим степеном извесности доказују основаност и висину потраживања извршног повериоца, а разлози којима дужник новчане обавезе по наведеним хартијама од вредности може оспоравати новчано потраживање су веома ограничени. „Права имаоца менице заштићена су постојањем меничних тужби, док су права меничних дужника заштићена извесним приговорима које дужници могу истицати према имаоцу менице. Приговори меничних дужника према меничном повериоцу могу да буду такође двојаки: објективни (апсолутни) и субјективни (релативни) приговори. Објективни (апсолутни) менични приговори одликују се тиме што немају свој основ у личном односу између повериоца и дужника по меници. Право на истицање ових приговора проистиче из недостатака који су видљиви на меници или клаузула које су садржане у меничном писмену, па се због тога могу истицати према сваком имаоцу менице. За

6 ЗИО, чл. 52.

разлику од објективних приговора, субјективни (релативни) менични приговори заснивају се управо на личном односу између дужника који их истиче и повериоца по меници.⁷

С обзиром на то да је, када су у питању меница и чек као веродостојне исправе на основу којих се може спровести скраћени извршни поступак, предвиђен и протест уколико је потребан за заснивање потраживања, онда је то додатни услов за формалну и материјалноправну испуњеност услова за одређивање извршења у овом поступку. „Протест је таква менична радња којом ималац менице (као и његов пуномоћник и ималац дупликата и копије) на веродостојан начин утврђује да је његов покушај извршења одређене меничне радње остао безуспешан.“⁸ Менична радња протеста се подиже код надлежног основног суда с тим што се, с обзиром на то да су уведени јавни бележници у правни систем Републике Србије, сада може подизати и код надлежног јавног бележника према седишту лица против кога се подиже протест. Када је у питању чек, ова веродостојна исправа се у судској пракси готово и не појављује као основ за доношење решења о извршењу.

2. Безусловна банкарска гаранција

У правној теорији банкарска гаранција се дефинише као једностранни правни посао: „обавеза банке према кориснику гаранције настаје једностраном изјавом воље банке израженој у датој гаранцији“.⁹ Стога, реч је о веродостојној исправи коју издаје банка, а у случају скраћеног извршног поступка то мора бити безусловна банкарска гаранција. То значи да извршни поверилац као корисник банкарске гаранције није дужан да испуни било какве услове пре него што од банке која је издала ову гаранцију захтева исплату новчаног износа на који банкарска гаранција гласи. Посебан значај имају безусловне банкарске гаранције са клаузулом плаћања на први позив и без приговора, јер је у том случају број приговора које банка може истаћи кориснику гаранције изузетно ограничен.

„Под безусловном гаранцијом подразумева се гаранција у којој није наведен услов од чијег испуњења зависи исплата гарантованог износа. Код ове гаранције довољно је такође да корисник гаранције, уз захтев за плаћање, поднесе изјаву у којој наводи (изјављује) да дужник из

7 Зоран Антонијевић, *Привредно право – банкарски послови и хартије од вредности*, Завод за издавање уџбеника Народне Републике Србије, Београд, 1960, 129.

8 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, тринаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 503.

9 М. Васиљевић, 420.

основног уговора није или да није уредно испунио своје уговорне обавезе и да на основу тога оствари своја потраживања која има према банци гаранту.¹⁰ „Прво, издавањем гаранције заснива се самосталан (апстрактан) уговорни однос између банке гаранта и корисника гаранције и овај однос је правно независан од односа који у том погледу постоји између банке гаранта и налогодавца за издавање гаранције (*Res inter alios acta*) и друго, уколико би банка гарант прихватила интервенцију налогодавца у смислу ускраћивања исплате, то би чинила на сопствени ризик а не на ризик налогодавца.“¹¹

3. Безусловни акредитив

Акредитиви се у пракси деле у две основне групе, и то: безусловне или обичне и условне, робне акредитиве. „Неусловњени (обични) акредитиви су они акредитиви код којих налог за исплату није условљен никаквом чинидбом од стране корисника акредитива.“¹² Управо због природе безусловног акредитива, ова веродостојна исправа је са правом уврштена у веродостојне исправе на основу којих се може спровести скраћени извршни поступак. Јасно је да је разлог за то чињеница да банка као дужник новчане обавезе, у овом случају према кориснику који ће се појавити као извршни поверилац, може истицати ограничени број приговора јер корисник као извршни поверилац није дужан да испуни било какав услов пре захтева за исплату новчаног износа, у овом случају пре подношења предлога. У правној теорији међу безусловне акредитиве спадају: лични, кредитно писмо, трајни и буџетски акредитив.

4. Оверена изјава извршног дужника којом овлашћује банку да са његовог рачуна пренесе новчана средства на рачун извршног повериоца

У овом случају реч је о веродостојној исправи која има изузетну доказну снагу, како у погледу основаности, тако и висине новчаног потраживања извршног повериоца према извршном дужнику који је издао ову веродостојну исправу. Стога су приговори које извршни дужник може истаћи према извршном повериоцу изузетно ограничени с обзиром на то да он овлашћује банку и тиме даје налог банци да новчани износ на који гласи оверена изјава пренесе на рачун извршног повериоца.

10 Божидар Павићевић, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999, 172.

11 Б. Павићевић, 173.

12 З. Антонијевић, 66.

Потпис лица које је овлашћено испред извршног дужника за давање овакве изјаве мора бити оверен, сада код јавног бележника, а у складу са законом који регулише оверу потписа и преписа.¹³ Ову веродостојну исправу донекле можемо упоредити са вирманом. „Вирман је банкарска операција која се састоји у томе да се са једног рачуна скине одређена новчана свота и упише у корист другог рачуна.“¹⁴

У Правни лекови

1. Врсте

Искључиви правни лек којим се може побијати решење о извршењу донето у скраћеном извршном поступку је приговор. Рок за изјављивање овог приговора је пет дана од дана достављања решења о извршењу и у овом случају законодавац је направио изузетак у односу на општи рок који је прописан Законом о извршењу и обезбеђењу за изјављивање правних лекова, који у свим осталим случајевима износи осам дана од дана достављања решења. Очигледно је у циљу додатног убрзавања поступка законодавац прописао краћи рок за правни лек у овом случају.

Решење о извршењу донето у скраћеном извршном поступку извршни дужник може побијати приговором, а извршни поверилац, како је законом изричито прописано, приговором може да побија решење којим се предлог за извршење одбацује или одбија. Када је у питању одлука о трошковима поступка, уколико се само тај део решења о извршењу побија, такође се побија приговором. О приговору у другом степену одлучује веће првостепеног суда састављено од троје судија. Одлука већа првостепеног суда је правноснажна, тако да се решење које веће донесе поводом приговора извршног дужника или извршног повериоца више не може побијати правним леком, а у извршном поступку ванредни правни лекови нису дозвољени.

Поставља се питање, што нормама које уређује скраћени извршни поступак није регулисано, којим би се правним леком побијала одлука привредног суда, тј. решење којим би се привредни суд огласио ненадлежним (нпр. месно ненадлежним). Имајући у виду да се у скраћеном извршном поступку сходно примењују све остале одредбе Закона о

13 Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа, *Службени гласник РС*, бр. 93/14; Закон о измени Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа, *Службени гласник РС*, бр. 22/15; Закон о допуни Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

14 Врлета Круљ, *Инструментии њлаћања у савременом њромејѹ (вирман, чек, комјензација)*, Савремена администрација, Београд, 1975, 19.

извршењу и обезбеђењу, полазећи од одредбе члана 24 став 2 тог закона која уређује правне лекове у извршном поступку, против решења којим би се привредни суд огласио месно ненадлежним била би дозвољена жалба о којој би одлучивао Привредни апелациони суд. Ово стога што је основно правило да се жалбом побија решење првостепеног суда уколико Законом о извршењу и обезбеђењу није одређено да жалба није дозвољена или да се такво решење побија приговором. Како је нормама које регулишу скраћени извршни поступак изричито прописано да је против решења о извршењу дозвољен приговор, да је против решења којим се предлог извршног повериоца одбацује или одбија дозвољен приговор, а није прописано којим правним леком се побија решење којим би се суд огласио ненадлежним, то би закључак био да се такво решење побија жалбом. Ово и стога што доносећи одлуку поводом приговора извршног повериоца да одређени привредни суд није месно надлежан тај суд није одлучивао о предлогу за извршење, него се само огласио месно ненадлежним и упутио предмет другом суду који треба да одлучи о том предлогу.

2. Суспензивност приговора

Приговор који извршни дужник поднесе против решења о извршењу има суспензивно дејство и одлаже извршење осим, као што је прописано и код извршног поступка на основу веродостојне исправе, када је решење о извршењу донето на основу менице. Само у случају менице као веродостојне исправе у скраћеном извршном поступку приговор не одлаже извршење и јавни извршитељ може и пре правноснажности решења о извршењу приступити спровођењу законом прописаних извршних радњи. Но, када је у питању меница као веродостојна исправа у скраћеном извршном поступку, полазећи од одредаба из члана 135 Закона о извршењу и обезбеђењу које прописују да се извршни поверилац може намирити пре правноснажности решења о извршењу на основу извршне исправе то значи да извршни поверилац, иако се у случају менице могу предузимати извршне радње пре правноснажности решења о извршењу, пошто је у питању веродостојна исправа, а не извршна исправа, не би могао бити намирен у свом потраживању.

3. Садржина приговора

С обзиром на то да се у скраћеном извршном поступку сходно примењују остале одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу, то у погледу садржине приговора извршног дужника важе правила из одредби члана 88 тог закона који регулише садржину приговора у поступку извршења

на основу веродостојне исправе. Имајући наведено у виду, извршни дужник који подноси приговор у скраћеном извршном поступку дужан је да у приговору наведе разлоге због којих побија решење о извршењу, да изнесе чињенице и приложи доказе на којима заснива приговор, иначе се приговор одбацује као непотпун и без претходног враћања на допуну. Како је законодавац прописао да се приговор одбацује без претходног враћања на допуну, то значи да ће приговор који не испуњава наведене услове да би се сматрао потпуним бити одбачен и у случају када извршног дужника као странку у скраћеном извршном поступку не заступа пуномоћник адвокат, него се сама заступа. Докази који се подносе уз приговор морају бити искључиво у писаној форми.

4. Разлози за приговор

Разлози из којих извршни дужник може побијати решење о извршењу у скраћеном извршном поступку су таксативно прописани. То су следећи разлози: 1) да је у веродостојну исправу унет неистинит садржај; 2) да је веродостојна исправа потписана од стране неовлашћеног лица; 3) да обавеза из веродостојне исправе није доспела; 4) да је обавеза из веродостојне исправе испуњена; 5) да истовремено доспела обавеза извршног повериоца није испуњена; 6) да потраживање из исправе није прешло или није пренето на извршног повериоца или да обавеза није прешла или није пренета на извршног дужника; 7) да је потраживање из веродостојне исправе застарело.

Када се посматрају наведени разлози за приговор извршног дужника против решења о извршењу, приметимо да су сви ти приговори материјалноправне природе. Иако су разлози таксативно прописани, постоје и неки разлози које законодавац није прописао, а извршни дужник би могао основано да их истиче. То су нпр. разлози који се односе на претпоставке за доношење решења о извршењу у скраћеном извршном поступку, као што су: својство странака, врста веродостојне исправе и недостатак назначења да извршни поверилац захтева спровођење скраћеног извршног поступка. Реч је о разлозима о којима би судија појединац који одлучује о предлогу за извршење пре доношења решења о извршењу у скраћеном поступку морао водити рачуна по службеној дужности, али уколико он то пропусти, извршни дужник не може бити лишен могућности да наведене разлоге истакне у приговору против решења о извршењу.

5. Докази уз приговор

Како је законодавац таксативно прописао разлоге за приговор против решења о извршењу, тако је таксативно прописао и доказе које

је извршни дужник дужан да достави уз приговор који је поднео. За тврдњу у приговору да је у веродостојну исправу *унети неистинити садржај*, доказ је правноснажна судска одлука којом је утврђена неистинитост исправе или извод из Централног регистра хартија од вредности (ово друго у случају када је веродостојна исправа меница). За тврдњу да је веродостојну исправу *пописало неовлашћено лице* доказ је извод из регистра о лицу овлашћеном за заступање, и то у време издавања исправе, што ће по правилу бити извод из регистра Агенције за привредне регистре. За тврдњу да *новчана обавеза из веродостојне исправе није доспела* законодавац у ствари и не прописује да би извршни дужник био у обавези да достави неке од доказа, јер прописује да недоследност новчане обавезе треба да произлази из саме веродостојне исправе. У том смислу, очигледно би био релевантан датум, односно време које је назначено у веродостојној исправи као време, односно моменат у којем је извршни дужник требало да исплати новчано потраживање. За тврдњу да је *новчана обавеза из веродостојне исправе испуњена*, што представља класичан приговор који извршни дужник може као разлог навести извршном повериоцу а који би спречавао извршење, доказ је налог за плаћање у писаној или електронској форми на основу ког је извршен пренос новчаних средстава. Наведено важи за тврдњу да је у целости испуњена новчана обавеза или да је испуњена у једном делу. За тврдњу да је *новчано потраживање из веродостојне исправе застарело* из одредби закона такође произлази да извршни дужник не би био дужан да достави било какве доказе јер је прописано да застарелост новчаног потраживања треба да произлази из саме веродостојне исправе. У том смислу, као и код доспелости новчаног потраживања, било би релевантно време доспелости назначено у веродостојној исправи.

Законодавац прописујући разлоге за приговор, да истовремено доспела обавеза извршног повериоца није испуњена и да потраживање из исправе није прешло или није пренето на извршног повериоца, или да обавеза није прешла или није пренета на извршног дужника, у одредбама које прописују доказе за разлоге из којих је изјављен приговор није прописао какве би то доказе требало да достави извршни дужник. Законодавац је само прописао да се, уколико извршни дужник истакне приговор да истовремено доспела обавеза извршног повериоца није испуњена, терет доказивања пребацује на извршног повериоца и да би извршни поверилац тада био дужан да достави доказ о испуњењу своје обавезе. Међутим, мишљења смо да би у сваком случају извршни дужник, уколико истакне приговор неиспуњења истовремено доспеле обавезе извршног повериоца, ипак био дужан да уз такав приговор достави и релевантне доказе о постојању новчане обавезе, висини и доспелости те обавезе. Доказ би био или извршна исправа којом је из-

вршни поверилац обавезан да исплати доспело новчано потраживање извршном дужнику или пак веродостојна исправа, али само она која би била једнаке доказне снаге као и веродостојна исправа на основу које је извршни поверилац иницирао скраћени извршни поступак. Ово стога што би у супротном извршни дужник био привилегован. Навешћемо конкретан пример. У случају када би се извршни дужник позивао на истовремено доспелу обавезу извршног повериоца према њему, а као доказ доставио рачун, рачун као једностранни акт извршног дужника (у овом случају повериоца) не би био адекватан доказ за ову врсту приговора у скраћеном извршном поступку.

Када је у питању приговор да потраживање из веродостојне исправе није прешло или није пренето на извршног повериоца, или да новчана обавеза није прешла или није пренета на извршног дужника, овај прописани разлог је прилично нелогичан иако је могућ. Ово стога што је у фази поступка када одлучује о предлогу за извршење у скраћеном извршном поступку суд дужан да, сагласно одредбама члана 48 Закона о извршењу и обезбеђењу¹⁵ уколико се као извршни поверилац или извршни дужник појављује лице које није назначено у веродостојној исправи, по службеној дужности провери и утврди да ли је извршни поверилац већ у тој фази поступка доставио доказе које прописује члан 48 Закона о извршењу и обезбеђењу који регулише прелаз или пренос потраживања, односно прелаз или пренос обавезе, и тиме регулише одступање од начела формалног легалитета. Већ у тој фази поступка, уколико такав доказ уз веродостојну исправу није приложен, суд би био дужан да предлог за извршење одбије. Очигледно је законодавац за случај да судија појединац који је одлучивао о предлогу за извршење пропусти да утврди испуњеност услова из члана 48 Закона о извршењу и обезбеђењу, омогућио извршном повериоцу да по приговору извршног дужника достави доказе о испуњености наведених услова за прелаз или пренос потраживања, односно прелаз или пренос обавезе.¹⁶

6. Поступак по приговору

Поступак по приговору који изјави извршни дужник против решења о извршењу у скраћеном извршном поступку је наглашено хитан имајући у виду рок у ком се приговор доставља на одговор извршном повериоцу, рок у ком судија појединац доставља већу комплетне списе ради одлучивања по приговору и рок у коме је веће дужно да од-

15 ЗИО, чл. 48.

16 Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник – Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020, 555–556.

лучи о приговору. Судија појединац је дужан да списе са приговором и доказима извршног дужника достави већу првог наредног дана од истека рока за одговор на приговор (рок за одговор на приговор је три дана), а веће је дужно да донесе одлуку у року од осам дана од када му се доставе списи предмета.

Уколико извршни дужник докаже постојање разлога за приговор доказним средствима која су прописана законом, веће ће такав приговор усвојити, укинути решење о извршењу у скраћеном извршном поступку у делу у коме је одређено извршење, те одредити да се поступак настави као поводом приговора против платног налога. У нормама које регулишу скраћени извршни поступак није прописано да ли се спис доставља неком другом суду уколико суд који је одредио извршење није месно надлежан за спровођење парничног поступка, али би било логично да ће суд који је поступао у скраћеном извршном поступку у том случају списе доставити месно надлежном парничном суду.

Уколико је приговор извршног дужника одбијен, решење о извршењу ће постати правноснажно, што даље има за последицу да ће јавни извршитељ који је одређен у решењу о извршењу приступити спровођењу извршења у циљу намирења извршног повериоца. Као што је већ речено, када је у питању меница и пре правноснажности решења о извршењу могу се предузимати извршне радње, осим радње намирења извршног повериоца.

VI Разлике између поступка извршења на основу веродостојне исправе и скраћеног извршног поступка

Између поступка извршења на основу веродостојне исправе и скраћеног извршног поступка постоји више разлика, од којих су најзначајније:

- У скраћеном извршном поступку као странке се појављују, по правилу, привредни субјекти или се као извршни дужник може појавити неко друго правно лице поводом новчане обавезе из делатности привредног субјекта као извршног повериоца. У поступку извршења на основу веродостојне исправе као странке се могу појавити сва правна и физичка лица;
- Круг веродостојних исправа на основу којих се може донети решење о извршењу на основу веродостојне исправе је знатно шири у односу на круг веродостојних исправа које су прописа-

не као основ за дозволу извршења у скраћеном извршном поступку;

- Рок за приговор у поступку извршења на основу веродостојне исправе је осам дана од дана достављања решења о извршењу, односно решења којим се одбија или одбацује предлог за извршење, док је тај рок у скраћеном извршном поступку осам дана од дана достављања решења;
- У поступку извршења на основу веродостојне исправе извршни дужник у приговору треба да учини вероватним разлоге и наводе из приговора да би поступак „прешао“ у парницу као поводом приговора против платног налога, док у скраћеном извршном поступку разлоге и наводе које је истицао у приговору извршни дужник треба да докаже;
- Постоји још једна значајна разлика, и то у поступку одлучивања по приговору извршног дужника. У случају да извршни дужник у поступку извршења на основу веродостојне исправе учини вероватним наводе из приговора, у решењу којим се одлучује да се поступак настави као поводом приговора против платног налога не доноси се одлука да се укида део решења у коме је одређено извршење, него се одређује застој у поступку и тај застој траје све док се правноснажно не оконча парнични поступак који је настављен као поводом приговора против платног налога. Уколико се тај парнични поступак оконча тако да извршни поверилац као тужилац успе у спору, наставиће се поступак извршења оним средством и на оном предмету или на целокупној имовини како је то иницијално било одређено у решењу о извршењу на основу веродостојне исправе. За разлику од наведеног, у скраћеном извршном поступку законодавац није прописао последице усвајања приговора извршног дужника као у поступку извршења на основу веродостојне исправе. У скраћеном извршном поступку, као што смо навели, уколико се усвоји приговор извршног дужника који побија новчану обавезу, тј. докаже разлоге које је навео у приговору, решење о извршењу у скраћеном извршном поступку се укида у делу у коме је одређено извршење, а поступак наставља као поводом приговора против платног налога. То даље значи да уколико извршни поверилац као тужилац успе у парничном поступку, он ће тада на основу извршне исправе иницирати нови поступак и предложити извршење опредељујући средство и предмет извршења или извршење на целокупној имовини извршног дужника.

VII Закључак

У намери да се привредним субјектима олакша и убрза поступак наплате доспелог новчаног потраживања на основу законом прописаних веродостојних исправа, Законом о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу уређен је скраћени извршни поступак. Ради се о документованом поступку ради наплате новчаног потраживања у коме извршни поверилац уз предлог за извршење прилаже веродостојне исправе јаче доказне снаге у односу на веродостојне исправе на основу којих се може спровести „класични“ поступак извршења на основу веродостојне исправе. Реч је, по правилу, о веродостојним исправама које издаје сам извршни дужник, те овакве веродостојне исправе представљају поуздан доказ о основаности, постојању и висини новчаног потраживања извршног повериоца. Као што је извршни поверилац дужан да уз предлог за извршење којим предлаже спровођење скраћеног извршног поступка достави таксативно предвиђене веродостојне исправе веће доказне снаге, тако је и извршни дужник који приговара решењу о извршењу дужан да уз приговор достави писане доказе за своје тврдње и за разлоге који су таксативно прописани законом. Законодавац прописује да је извршни дужник дужан да докаже (не да учини вероватним) разлоге које наводи у приговору, што положај извршног дужника у скраћеном извршном поступку чини слабијим у односу на положај извршног дужника у поступку извршења на основу веродостојне исправе. С обзиром на то да је скраћени извршни поступак у примени од 1. јануара 2020. године, време ће показати каква ће се судска пракса успоставити поводом приговора извршног дужника и да ли ће већа надлежних привредних судова у претежном броју случајева поводом приговора извршног дужника поступак (ипак) „преводити“ у парнични као поводом приговора против платног налога или ће се детаљније упуштати у оцену доказа које доставља извршни дужник и тиме у оцену основаности приговора који истиче, те мериторно одлучивати о том приговору, а тиме и мериторно одлучивати о основаности, постојању и висини новчаног потраживања извршног повериоца.

Коришћена литература

Антонијевић Зоран, *Привредно право – банкарски њослови и харџије од вредности*, Завод за издавање уџбеника Народне Републике Србије, Београд, 1960.

Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, тринаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.

Круљ Врлета, *Инструменти плаћања у савременом промету (вирман, чек, компензација)*, Савремена администрација, Београд, 1975.

Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник – Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020.

Павићевић Божидар, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999.

Шаркић Небојша, Николић Младен, *Коментар Закона о извршном посредству*, Службени гласник, Београд, 2006.

Mladen NIKOLIĆ

Judge at the Commercial Appellate Court

SUMMARY ENFORCEMENT PROCEDURE

Summary

This paper considers summary enforcement procedure, which was (again) included in enforcement procedure by the Law on the Amendments to the Law on Enforcement and Security Interest. The main goal is to outline this procedure through an analysis of legal provisions and thereby introduce interested parties to requirements for conducting a procedure that should allow business entities faster collection of monetary claims. Apart from the above-mentioned, this paper considers several debatable questions that may occur during the application of the law, as well as answers to these questions.

Summary enforcement procedure is a documentary procedure for collection of a monetary claim, where business entities often act as enforcement creditors or enforcement debtors and authentic documents which have high probative value are the basis on which enforcement can be allowed. These are: 1) bill of exchange or cheque issued by a citizen of Serbia or a foreign citizen, with protest if necessary for the establishment of a claim; 2) unconditional bank guarantee; 3) unconditional letter of credit and 4) enforcement debtor's certified statement authorizing a bank to transfer money from his account to enforcement creditor's account. A commercial court decides on a motion to enforce. Just as an enforcement creditor should file aforementioned authentic documents with a motion to enforce which proposes conducting a summary enforcement procedure, so an enforcement debtor filing an objection against a decision on enforcement should file written evidence established by law.

An objection is the only legal remedy against a decision on enforcement in a summary enforcement procedure. It can be filed within five days of delivery of the decision and it shall be decided upon by a panel of three judges of the court which issued the decision on enforcement. The objection has a suspensive effect, unless it concerns a bill of exchange.

Key words: *Enforcement Creditor. – Enforcement Debtor. – Business Entity. – Authentic Document. – Decision on Enforcement. – Commercial Court. – Objection.*

Датум пријема рада: 5. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 8. 5. 2020.

UDK: 349.2(497.11) ; 331.105.2-057.15

CERIF: S144, S146

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002297R

др Драгана РАДОВАНОВИЋ^{*}
доцент на Правном факултету Универзитета Привредна академија
у Новом Саду

ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ, ОДНОСНО ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

Сажетак

Статусне промене, креирање различитих форми повезивања на основу неименованих уговора привременској права и пренос пословних активности на трећа лица по другим основима јесу начини на који се послодавци могу адапирати насталим променама. Међу њим, они могу имати негативне импликације на статус запослених чије уговоре о раду послодавац следбеник преузима од послодавца претходника. Због тога, Закон о раду утврђује да: послодавац следбеник преузима од послодавца претходника ошти акти и уговоре о раду који важе на дан промене послодавца; послодавац следбеник примењује преузети ошти акти најмање годину дана од дана промене послодавца, осим ако је другачије одређено; послодавац претходник и послодавац следбеник морају обавестити репрезентативни синдикат код послодавца претходника о промени и у сарадњи са њим предузети мере за ублажавање економских и социјалних последица које може произвести.

^{*} Електронска адреса аутора: draganaarado0103@gmail.com.

Кључне речи: *Стaйaнa прoмeнa. – Прoмeнa пoслoдaвцa. – Пoслoдaвaц и рeгoднoк. – Пoслoдaвaц слeдбeнeк. – Зaштитa зaпoслeних.*

I Уводне напомене

Последњих година догодиле су се опсежне друштвене промене које су измениле свет рада на више начина. Између осталог, наметнуле су захтев послодавцима за брзим, квалитетним и ефикасним прилагођавањем новонасталим околностима у циљу увећања конкурентности и/или очувања солвентности и делотворног суочавања са изазовима у пословном окружењу у коме је неизвесност све израженија. Овај захтев конкретизује се на више начина, а посебно спровођењем статусних промена, креирањем различитих форми повезивања на основу неименованих уговора трговинског права, као и преносом пословних активности на трећа лица, односно послодавце следбенике по другим основима. Међутим, начини на које се конкретизује могу резултирати променама идентитета послодавца и произвести низ економских и социјалних последица, као што су смањење нивоа зарада и других примања из радног односа, погоршање услова рада, а у крајњој линији и отказ уговора о раду од стране послодавца.¹ Из тог разлога, а у циљу очувања континуитета права из радног односа и стабилности запослења, радна легислатива гарантује заштиту запосленима и у случају статусне промене, односно промене послодавца.²

II Правни оквир заштите запослених

Правни оквир заштите запослених у случају статусне промене, односно промене послодавца утврђен је Законом о раду, који се у својству

1 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментaр Зaкoнa o рaду – сa oдaбрaним пoдзaкoнским пoрoцисимa, судскoм пoрaкoм и oбрaсцимa зa пoримeну пoрoцисa пoрeмa стaнoу зaкoнoдaвствa oд 8. дeцeмбрa 2018. гoдинe*, Службени гласник, Београд, 2018, 309.

2 У време социјалистичког уређења државе није постојала потреба за заштитом запослених у случају статусне промене, односно промене послодавца, не само зато што је држава контролисала привредне активности, већ и због непостојања тржишних услова и високог нивоа сигурности радника. Но, опсежне друштвене промене с краја прошлог и почетка овог века наметнуле су потребу за њеним уређивањем, те је запосленима зајамчена стабилност запослења и континуитет права из радног односа у случају статусне промене (односно промене послодавца) Законом о изменама и допунама Закона о раду из 2005. године. Слободан Дражић, „Правa запoслeних код прoмeнe пoслoдaвцa“, *Билтeн судске пoрaксe Врхoвнoг судa Србије*, бр. 3/2007, 385.

општег закона, примењује на све запослене и све послодавце, осим уколико другачије није утврђено законом.³ При утврђивању овог оквира уважени су релевантни међународни стандарди, а нарочито они који су инкорпорирани у Директиви Савета 2001/23/ЕЗ о апроксимацији радноправних система држава чланица у погледу примене начела очувања права запослених у случају трансфера предузећа, посла или дела предузећа или дела посла, укључујући спајање предузећа.⁴ Инспирисаност комунитарним стандардима објашњава се чињеницом да је њихово инкорпорирање у национални поредак један од услова за пријем у чланство Европске уније, те да су детаљнији, конкретнији и прилагођенији националним околностима у односу на стандарде других међународних организација.

III Статусне промене, односно промене послодавца и заштита запослених

Закон о раду јемчи заштиту запосленима у случају статусне промене, односно промене послодавца, под условом да је статусна промена, односно промена послодавца спроведена у складу са законом.⁵

Статусне промене регулисане су Законом о привредним друштвима и законима који уређују положај осталих правних лица: Законом о јавним предузећима, Законом о установама, Законом о фондовима и фондацијама, Законом о задругама итд. Према Закону о привредним друштвима, статусна промена егзистира у виду припајања, спајања, поделе и издвајања, а подразумева реорганизацију привредног друштва и пренос имовине и обавеза једног привредног друштва на друго привредно друштво тако да његови чланови стекну уделе или акције у том другом

3 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13,75/14, 13/217 – одлука УС и 95/18 – аутентично тумачење.

4 Директива Савета 2001/23/ЕЗ о апроксимацији радноправних система држава чланица у погледу примене начела очувања права запослених у случају трансфера предузећа, посла или дела предузећа или дела посла, укључујући спајање предузећа (*Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses*, OJ L 82, 22. 3. 2001).

5 У противном, овлашћено лице може поднети тужбу надлежном суду са захтевом да поништи акт на основу кога је спроведена статусна промена, односно промена послодавца. Уколико суд утврди да је тужбени захтев основан, доноси пресуду којом поништава овај акт, што директно утиче на положај запослених – поништење овог акта делује и *ex tunc*, те се сматра да није донет. Ипак, положај запослених је нејасан и несигуран до окончања поступка по правним лековима и извршности пресуде.

привредном друштву.⁶ У случају припајања једно или више привредних друштава преноси целокупну имовину и обавезе на постојеће привредно друштво након чега престаје(у) да постоји(е) без спровођења поступка ликвидације. Уколико се ради о спајању, два или више привредних друштава оснивају ново привредно друштво на које преносе целокупну имовину и све обавезе и престају да постоје без спровођења поступка ликвидације. Привредно друштво се дели тако што преноси целокупну имовину и обавезе на два или више постојећа привредна друштва (подела уз припајање); два или више новооснована привредна друштва (подела уз оснивање) или два или више постојећа и новооснована привредна друштва (мешовита подела) након чега престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације. Привредно друштво се издваја тако што преноси део имовине и обавеза на два или више постојећих привредних друштава (издвајање уз припајање); два или више новооснованих привредних друштава (издвајање уз оснивање) или два или више постојећих и новооснованих привредних друштва (мешовито издвајање), а потом наставља да постоји. Посматрано са аспекта припајања, спајања и поделе, потреба за заштитом запослених је несумњива имајући у виду да престанак постојања реорганизованог привредног друштва евидентно утиче на положај лица која су у њему запослена. Ова потреба постоји и у случају издвајања, али не у односу на све запослене, већ само оне који раде у делу привредног друштва који се издваја зато што спровођење ове статусне промене може утицати на њихов положај. Овакав закључак произлази из Закона о привредним друштвима, по коме издвајање представља врсту статусне промене, као и из Закона о раду који јемчи заштиту запосленима у случају статусне промене, ма у ком облику егзистирала. Такође, закључак упориште налази и у праву Европске уније и упоредном праву, где се пренос дела имовине и обавеза изједначава са преносом целокупне имовине и свих обавеза са једног на друго привредно друштво у погледу заштите запослених.⁷

Промене послодаваца врше се у складу са законом, премда њиме нису прецизно уређене. Неспорно је, међутим, да обухватају креирање различитих форми повезивања на основу неименованих уговора трговинског права и пренос пословних активности на трећа лица по другим основима. Неспорно је и да егзистирају независно од статусних промена. На то указује и пракса националних судова и пракса Европског суда правде.⁸

6 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/19, чл. 483–489.

7 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за ојказ уговора о раду*, Београд, 2016, 479–450.

8 Апелациони суд у Београду заузео је став да промена послодавца настаје на основу уговора о закупу којим је „регулисано преузимање запослених радника тако што је уговорено да, након што купац уступи уговор свом зависном предузећу у

Закон о раду не јемчи заштиту запосленима у случају промене власништва над капиталом зато што се променом власништва над капиталом мења идентитет власника капитала, а не идентитет привредног друштва или другог правног лица. Ово законско решење хармонизовано је са Директивом Савета 2001/23/ЕЗ, премда неки аутори сматрају да запослени морају бити заштићени и у случају приватизације привредног друштва или другог правног лица с обзиром на последице које може имати по њих.⁹ По изворном тексту важећег Закона о раду, правила о заштити запослених у случају промене послодавца сходно су примењивана и на случајеве приватизације, али је одговарајућа одредба брисана из Закона о раду новелом из 2004. године. Закон о раду не јемчи заштиту запосленима ни у случају промене правне форме привредног друштва, јер се променом правне форме мења форма обављања делатности привредног друштва, а не његов идентитет.¹⁰

Србији, предузеће у Србији ће ангажовати 96 запослених радника (...) под истим условима као у постојећем уговору о раду. (...) Ово из разлога што према одредби члана 147 Закона о раду у случају статусне промене, односно промене послодавца у складу са законом послодавац следбеник преузима од послодавца претходника опште акте и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца. (...) Тужиља се сагласила са преносом уговора о раду, а у садржају обавештења је јасно и прецизно назначено да се тужиљи преносе права и обавезе из радног односа и да ће убудуће права и обавезе из радног односа остваривати код послодавца следбеника. Тачно је да овде није реч о статусној примени, већ о „промени послодавца“, што је у алтернативи други разлог за остваривање права запослених. У том значењу и исказ из ове норме гласи: „у случају статусне промене, односно промене послодавца“. Без значаја је навод жалбе да не постоји могућност да се закуп простора подведе под промену статуса привредног друштва. Овде се, како је образложено, и не ради о статусној промени већ о промени послодавца, а та промена је такође посебан основ за пренос уговора о раду и остваривање права и обавеза запослених у случају промене послодавца, о чему се овде ради.“ У пресуди је указано и због чега се промена послодавца не може поистоветити са упућивањем запосленог на рад код другог послодавца. „У овом другом случају, запослени се упућује на одређени временски период, а овде се о томе не ради, већ о преносу уговора о раду.“ Са друге стране, Европски суд правде заузео је став да до промене послодавца долази не само креирањем најразличитијих форми повезивања на основу неименованих уговора трговинског права, као што су уговор о дугорочној производној сарадњи, уговор о картелу и уговор о лизингу (случај *Merckx*), већ и по другим основима: по основу престанка уговора о лизингу (и закључења уговора о лизингу ресторана са другим предузећем) или по основу уговора о привременим и повременим пословима (и ангажовања другог предузећа за обављање ових послова – случај *Eidesund*). Постоји став да би примену начела заштите запослених требало проширити „на све случајеве преноса једног економског ентитета чије су активности настављене или обновљене, чак и у одсуству правне везе између двају узастопних послодавца.“ Пресуда Апелационог суда у Београду ГЖ1 365/13 од 30. 1. 2013. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 1. 3. 2020; Бранко Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2014, 284.

9 Љ. Ковачевић, 480.

10 Марија Драгићевић, „Одговорност за доспела потраживања из радног односа у случају промене послодавца“, *Национално и међународно право – актуелна*

IV Начело очувања стечених права

1. Преузимање општих аката и уговора о раду

Начело очувања стечених права подразумева да послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт који важи на дан промене – колективни уговор код послодавца, а уколико није закључен онда правилник о раду, као и остале опште акте који важе на дан промене (правилник о организацији и систематизацији послова и правилник о безбедности и здрављу на раду, на пример). Ово начело подразумева и да послодавац следбеник преузима од послодавца претходника уговоре о раду који важе на дан промене, без обзира на то јесу ли закључени на неодређено или одређено време, са пуним или непуним радним временом, ради обављања послова у послодавчевим просторијама, код куће запосленог или на другом одговарајућем месту које се налази изван просторија послодавца. Такође, начело подразумева да послодавац следбеник преузима од послодавца претходника уговоре о раду запослених којима мирује радни однос због тога што су упућени на рад код другог послодавца, као и уговоре о раду које је отказао послодавац претходник, под условом да отказни рок није истекао на дан промене.¹¹ Корелација очувања стечених права и преузимање општих аката и уговора о раду који важе на дан промене објашњава се чињеницом да послодавац следбеник преузимањем ових аката преузима њима утврђена права и обавезе.¹²

ишњања и шеме (ур. Олга Јовић Прлаиновић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 342.

11 Живко Кулић, Сања Шкорић, *Радно право*, Нови Сад, 2016, 264; Љ. Ковачевић, 484.

12 Начело очувања стечених права из радног односа отвара питање одговорности послодавца за ненамирена потраживања из радног односа која су доспела пре промене. Закон о раду не уређује ово питање, али се одредбе Закона о привредним друштвима о правним последицама статусне промене сходно примењују и на одговорност послодавца за намирење ових потраживања. У случају припајања, спајања и поделе одговорност за доспеле обавезе из радног односа сноси послодавац следбеник јер послодавац претходник престаје да постоји. Ако има више послодаваца следбеника, они супсидијарно одговарају до висине вредности пренете имовине и преузетих обавеза, ако друкчије није уговорено. До висине вредности пренете имовине и преузетих обавеза, они супсидијарно одговарају и за доспеле обавезе из радног односа које уговором о статусној промени, односно планом статусне промене нису распоређене нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем се од њих имају распоредити. У случају издвајања, послодавац претходник наставља да постоји, те са послодавцем следбеником, на кога преноси део имовине и обавеза, солидарно одговара за доспеле обавезе из радног односа, с тим да послодавац следбеник може одговарати до висине вредности пренете имовине и преузетих обавеза. У односу на супсидијарну одговорност, солидарна одговорност увећава изгледе запослених за наплату доспелих потраживања и пружа потпунију

Тако, ако је уговором о раду утврђено да је основна зарада запосленог 30.000 динара, послодавац следбеник је мора исплаћивати у уговореном износу све док се не стекну услови за повећање њене висине. Такође, запосленима мора обезбедити обављање послова које су обављали на дан промене под условима који су утврђени преузетим општим актима и уговорима о раду све док се не испуне услови за њихов премештај на друге одговарајуће послове или за промену других услова рада. Корелација очувања стечених права и преузимања општих аката и уговора о раду који важе на дан промене, при том, објашњава се универзалном сукцесијом која аутоматски (*ex lege*) доводи до ступања послодавца следбеника у права и обавезе послодавца претходника на дан промене – даном промене преузети општи акти и уговори о раду настављају да производе правно дејство код послодавца следбеника, а престају да важе код послодавца претходника.¹³

2. Обавештење о правима и обавезама из радног односа

Начело очувања стечених права кореспондира обавези послодавца претходника да послодавца следбеника обавести о правима и обавезама које су утврђене општим актима и уговорима о раду који се преносе. На то указује и чињеница да послодавац следбеник може обезбедити запосленима послодавца претходника континуитет права из радног односа само под условом да је претходно обавештен о правима и обавезама које су утврђене овим актима. Због тога, обавештење мора бити потпуно, истинито и сачињено у писаној форми из разлога правне сигурности.¹⁴ Уколико послодавац следбеник преузима мањи број запослених, обавештење може садржати таксативно наведена права и обавезе из аката које преузима. У противном, у њему морају бити наведени елементи на основу којих се ова права и обавезе могу утврдити.¹⁵ У случају да послодавац претходник не обавести или непотпуно и неистинито обавести послодавца следбеника о правима и обавезама из општих аката и уговора о раду који се преносе, послодавац следбе-

заштиту њихових интереса. Солидарна одговорност, наиме, представља одговорност првог реда, те су послодавци у једнаком положају према запосленима. Уколико је намирио обавезе преко вредности пренете имовине или обавезе које није преузео, послодавац следбеник има право регреса према послодавцу следбенику, односно послодавцу претходнику који је те обавезе био дужан да намири. Закон о привредним друштвима, чл. 505–506; М. Драгићевић, 348–351.

13 Жељко Албанезе, Секула Новаковић, *Коментар Закона о раду*, пето измењено и допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2014, 214–215.

14 Закон о раду, чл. 148; З. Ивошевић, М. Ивошевић, 305.

15 Закон о раду, чл. 148; Ж. Албанезе, С. Новаковић, 216–217.

ник се може информисати о њима непосредно увидом у акте којима су утврђени.¹⁶

3. Примена општег акта

Начело очувања стечених права подразумева и да послодавац следбеник мора примењивати општи акт послодавца претходника најмање годину дана од дана промене, имајући у виду да примена овог акта обезбеђује континуирано остваривање права и испуњавање обавеза које су њиме утврђене.¹⁷ Но, није немогуће да његова примена резултира дискриминацијом „нових“ и „стarih“ запослених послодавца следбеника. Ако резултира повредом принципа једнаке зараде за исти рад или рад исте вредности код послодавца, послодавац следбеник мора елиминисати разлике у зарадама тако што би ниже зараде подигао на ниво виших. Његова је обавеза и да дискриминисаним запосленима надокнади причињену штету исплатом разлике до одговарајућег износа регреса за годишњи одмор или другог примања из радног односа на чију висину непосредно утиче висина зараде.¹⁸

Правило по коме послодавац следбеник мора примењивати преузети општи акт најмање годину дана од дана промене односи се на правилник о раду зато што овај општи акт представља супститут колективном уговору код послодавца, који ће престати да важи уколико у међувремену буде закључен нови (колективни) уговор између послодавца следбеника и репрезентативног синдиката.¹⁹ Послодавац следбеник нема обавезу да примењује најмање годину дана од дана промене правилник о организацији и систематизацији послова, правилник о безбедности и здрављу на раду и друге опште акте зато што се према Закону о раду не сматрају општим, иако они то јесу, и зато што могу бити измењени или допуњени у било ком тренутку након промене послодавца, ако је то потребно.²⁰

16 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 305.

17 На запослене који нису преузети од послодавца претходника примењује се колективни уговор послодавца следбеника. Мишљење Министарства рада и социјалне политике бр. 011-00-113/2008-02 од 14. 2. 2008. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 1. 3. 2020.

18 Персида Јовановић, „Права запослених код промене послодавца“, *Билџен Врховној касационој суда*, бр. 3/2019, 167-168.

19 Закон о раду, чл. 150.

20 Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике бр. 011-00-1277/2006 од 11. 1. 2007. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 1. 3. 2020.

V Начело очувања стабилности запослења

1. Преузимање уговора о раду

Начело очувања стабилности запослења оживотворава примена правила по коме послодавац следбеник преузима од послодавца претходника уговоре о раду који важе на дан промене, имајући у виду да послодавац следбеник преузимањем уговора о раду преузима лица која су у радном односу код послодавца претходника на дан промене. Дакле, она настављају рад код послодавца следбеника на основу уговора о раду који су закључила са послодавцем претходником, односно са њим не закључују нови уговор о раду.²¹ Са њим не закључују ни анекс уговора о раду већ, нагласимо и овом приликом, настављају да раде на пословима на којима су радила на дан промене, под условима који су утврђени преузетим општим актима и уговорима о раду док се не испуне услови за њихов премештај на друге одговарајуће послове или за промену других услова рада.²²

У случају да неко лице обавља рад код послодавца претходника, премда са њим није закључило уговор о раду уопште или у складу са Законом о раду, сматра се да је засновало радни однос на неодређено време даном ступања на рад. Такође, уколико је неко лице запослено у јавној установи, а са њом није закључило уговор о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности до дана промене, закључиће овај уговор са послодавцем следбеником, а у овом уговору мора бити констатовано да је засновало радни однос на основу решења или одлуке надлежног органа и да је преузето у складу са Законом о раду.²³

21 Тако, и запослени који су засновали радни однос на одређено време са послодавцем претходником настављају рад код послодавца следбеника, а укупно трајање радног односа код оба послодавца не може бити дуже од 24 месеца. Ово правило није апсолутно. Послодавац следбеник, који је новоосновано правно лице, може засновати радни однос са новим запосленима и онима које је преузео од послодавца претходника на период који не може бити дужи од 36 месеци под условом да није протекла једна година од дана када је уписан у регистар код надлежног органа. Тада се у укупно трајање радног односа не урачунава време проведено код послодавца претходника да би се новоосновани послодавци одважили на смелије запошљавање коришћењем флексибилних облика заснивања радног односа. Аутентично тумачење одредаба чл. 37 ст. 1–3, ст. 4 тач. 4 и чл. 147 Закона о раду, Народна скупштина РС, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 1. 3. 2020; 3. Ивошевић, М. Ивошевић, 116.

22 Ж. Албанезе, С. Новаковић, 214–215.

23 Мишљење Министарства рада и социјалне политике РС бр. 011-00-48/2008 од 25. 1. 2008. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline>, 1. 3. 2020.

2. Обавештење о преносу уговора о раду

Запослени послодавца претходника које преузима послодавац следбеник јесу „друга страна“ у уговору о раду и имају право да буду обавештени о свему што се њих тиче. Због тога, морају бити обавештени и о преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. На то указује и Закон о раду када утврђује да послодавац претходник мора о преношењу уговора о раду писаним путем обавестити запослене који ће наставити рад код послодавца следбеника. Но, њиме није утврђен рок у коме послодавац претходник мора испунити ову обавезу, али се сматра да је треба испунити најмање пет радних дана пре промене с обзиром на то да се у року од пет радних дана од дана достављања обавештења морају изјаснити о наставку рада код послодавца следбеника.

Обавештење мора бити потпуно и истинито, као што мора садржати: дан и основ промене послодавца; назив послодавца следбеника; обавештење да послодавац следбеник преузима од послодавца претходника опште акте и уговоре о раду који важе на дан промене и права и обавезе из ових аката; обавештење да послодавац следбеник мора примењивати преузети општи акт најмање годину дана од дана промене, осим уколико је другачије одређено; поуку о правним консеквенцама одбијања преноса уговора о раду или неизјашњења о наставку рада код послодавца следбеника.²⁴ Са друге стране, обавештење може бити појединачно (достављено сваком запосленом понаособ на кућну адресу или у просторијама послодавца претходника) или скупно (прочитано на скупу у просторијама послодавца претходника). У оба случаја, запослени морају својеручним потписом потврдити да су обавештени о преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника.²⁵

3. Изјашњење о преносу уговора о раду

Запослени послодавца претходника које преузима послодавац следбеник морају имати могућност да се изјасне о преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника зато што не морају наставити рад код послодавца следбеника уколико не желе. Другачије решење било би инкомпатибилно са слободом рада и забрањеном принудног рада.²⁶ Са друге стране, они имају право, а не и обаве-

24 Закон о раду, чл. 149; Ж. Албанезе, С. Новаковић, 218.

25 З. Ивошевић, М. Ивошевић, 306.

26 Љ. Ковачевић, 485.

зу, да се изјасне о преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника. Уколико желе, могу се изјаснити у року од пет радних дана од дана достављања обавештења, и то у писаној форми из разлога правне сигурности. У случају да прихвате пренос уговора о раду, овај двострани правни акт сматра се уступљеним оног дана када су се сагласили са његовим преносом. У противном, изложени су ризику отказа уговора о раду од стране послодавца претходника.²⁷

4. Одбијање, односно неизјашњење о преношењу уговора о раду

Статусна промена, односно промена послодавца не представља оправдан разлог за престанак радног односа на иницијативу послодавца претходника или послодавца следбеника.²⁸ Али, послодавац претходник може отказати уговор о раду запосленом који одбије пренос уговора о раду или се не изјасни о наставку рада код послодавца следбеника у року који је одређен обавештењем о преносу уговора о раду. Но, Закон о раду није одредио рок у коме послодавац претходник може остварити ово право, те је статус запосленог који одбије пренос уговора о раду или се не изјасни о наставку рада код послодавца следбеника нејасан и не-сигуран све док послодавац претходник не да иницијативу за престанак радног односа. У литератури постоји став да је наставак рада код послодавца следбеника по одбијању преноса уговора о раду или неизјашњења о преносу овог акта у року који је одређен обавештењем довољан за успостављање радног односа са послодавцем следбеником.²⁹

Запослени које преузима послодавац следбеник могу одбити пренос уговора о раду из било ког разлога. У случају да одбију пренос уговора о раду зато што статусна промена, односно промена послодавца узрокује битне промене у погледу услова рада које доводе до погоршања њиховог положаја, сматра се да иницијатива за престанак радног односа потиче од послодавца зато што је он одговоран за погоршање услова рада. На тај начин, запослени се доводе у повољнији положај у односу

27 Живко Кулић, Слободанка Перић, *Радно право*, Београд, 2016, 241.

28 Послодавац који планира статусну промену или правни трансфер по било ком основу и послодавац следбеник може отказати уговор о раду из разлога везаних за његове потребе и из разлога који се тичу радне способности и понашања запосленог. Отказ уговора о раду од стране послодавца претходника из разлога који се не сматра оправданим омогућава запосленом да истакне захтев за заштиту и против послодавца следбеника зато што то налаже обавезна природа његове заштите од отказа уговора о раду у случају статусне промене, односно промене послодавца. Љ. Ковачевић, 489.

29 Љ. Ковачевић, 486.

на онај који би имали да се иницијатива за престанак радног односа приписује њима јер остварују и право на отпремнину и права из социјалног осигурања за случај незапослености.³⁰

VI Учешће репрезентативног синдиката

Послодавац претходник и послодавац следбеник морају остваривати сарадњу са репрезентативним синдикатом код послодавца претходника, имајући у виду да и у случају статусне промене и промене послодавца синдикат заступа, представља, унапређује и штити интересе запослених. Послодавац претходник и послодавац следбеник имају обавезу да најмање 15 дана пре промене обавесте репрезентативни синдикат код послодавца претходника о: датуму или предложеном датуму промене послодавца; разлогу промене послодавца; правним, економским и социјалним последицама промене послодавца; мерама за ублажавање економских и социјалних последица које може произвести.³¹

На тај начин, они омогућавају репрезентативном синдикату код послодавца претходника да дâ своје мишљење о планираној промени (у року који је одређен обавештењем). Но, он може, али не мора дати мишљење зато што има право, а не обавезу да се изјасни о планираној промени. Ако не да мишљење у остављеном року, премда је уредно и благовремено обавештен, планирана промена биће спроведена и без његовог мишљења. Али, ако да мишљење, оно мора бити размотрено *bona fide* од стране послодавца претходника и послодавца следбеника. Они имају обавезу и да заузму став о датом мишљењу и да о заузетом ставу обавесте репрезентативни синдикат код послодавца претходника. Из разлога правне сигурности, то треба да учине писаним путем, као што репрезентативни синдикат треба да достави своје мишљење у писаној форми.³² Послодавац претходник и послодавац следбеник имају и обавезу да најмање 15 дана пре промене, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца претходника, предузму мере за ублажавање економских и социјалних последица које могу наступити.³³

Сарадња послодавца претходника, послодавца следбеника и репрезентативног синдиката код послодавца претходника указује на то да свако од њих сноси одговорност у вези са ублажавањем економских и социјалних последица статусне промене, односно промене послодавца. Она треба да превазилази обичне консултације и омогући реално

30 Б. Лубарда, 288.

31 Закон о раду, чл. 151 ст. 1.

32 Ж. Кулић, С. Перић, 242; Ж. Албанезе, С. Новаковић, 221.

33 Закон о раду, чл. 151 ст. 2.

сагледавање позиција свих заинтересованих страна. Уколико репрезентативни синдикат није образован код послодавца претходника, послодавац претходник и послодавац следбеник обавештавају запослене послодавца претходника о планираној промени и у сарадњи са њима предузимају мере у циљу ублажавања економско-социјалних последица које може произвести.³⁴

VII Закључак

Статусне промене, односно промене послодавца могу имати низ негативних импликација по запослене чији се уговори о раду преносе са послодавца претходника на послодавца следбеника. Из тог разлога, њима је зајемчена заштита Законом о раду. Но, пракса показује да се у остваривању заштите сусрећу са препрекама због постојања правних празнина и непрецизних законских формулација. Зато, будућим изменама и допунама Закона о раду треба радити на отклањању ових препрека. Посебну пажњу треба посветити заштити лица која обављају рад ван радног односа имајући у виду да је, према важећем Закону о раду, не уживају само због зато што обављају рад на основу уговора о допунском раду, уговора о делу, уговора о стручном оспособљавању и усавршавању и уговора о привременим и повременим пословима.

Коришћена литература

- Албанезе Жељко, Новаковић Секула, *Коментар Закона о раду*, пето измењено и допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2014.
- Драгићевић Марија, „Одговорност за доспела потраживања из радног односа у случају промене послодавца“, *Национално и међународно право – актуелна истраживања и теме* (ур. Олга Јовић Прлаиновић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017.
- Дражић Слободан, „Права запослених код промене послодавца“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2007.
- Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду – са одобраним издвојеним деловима, судском праксом и обрасцима за примену издвојених делова према стању законодавства од 8. децембра 2018. године*, Службени гласник, Београд, 2018.
- Јовановић Персида, „Права запослених код промене послодавца“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2019.

34 Закон о раду, чл. 151 ст. 1.

- Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за пресјанак уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Кулић Живко, Перић Слободанка, *Радно љраво*, Београд, 2016.
- Кулић Живко, Шкорић Сања, *Радно љраво*, Нови Сад, 2016.
- Лубарда Бранко, *Евројско радно љраво*, Подгорица, 2014.

Dragana RADOVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University Business Academy Novi Sad Faculty of Law

EMPLOYMENT STATUS IN CASE OF STATUS CHANGE, i.e. CHANGE OF EMPLOYER

Summary

Changes of status, creating different forms of connectivity based on unnamed contracts of commercial law and transfer of business activity to third parties on other grounds are the ways in which employers can adapt to occurring changes. However, they can have a negative effect on the status of employees who have been rehired from previous employers. Therefore, the Labour Law confirms that: the new employer is to take over from the previous employer the general act and contracts of employment, valid on the day of the change of employer; the new employer is to apply the accepted general act, for at least a year starting from the day of employment change, unless determined otherwise; both the former employer and the new employer is to notify trade union representatives at the former workplace of the changes, and in cooperation with them undertake measures to alleviate any economic or social effects produced.

Key words: *Change of Employment Status. – Change of Employer. – The Former Employer. – The New Employer. – Protection of Employees.*

Датум пријема рада: 19. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 30. 4. 2020.

UDK: 336.711.65

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002311D

др *Дамјан* ДАНИЛОВИЋ*
доцент Економског факултета Пале Универзитета у Источном
Сарајеву

др *Страхинја* МИЉКОВИЋ**
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

СУПРЕМАЦИЈА НАЦИОНАЛНЕ ИЛИ НАДНАЦИОНАЛНЕ БАНКАРСКЕ РЕГУЛАТИВЕ И НАДЗОРА?

Сажетак

Последње две деценије национална законодавства бележе значајне промене у лејслативи комјанија финансијској сектора. У првом реду, то се односи на банке, као њихове најважније рејрезентије. Реформе су нарочито појстале видљиве након избијања свејске финансијске кризе, а из разлоја избејавања тада уочени нејативних фактора који су се, између осталој, смајрали догајним узроцима кризе. Више од пола века евидентна је тенденција повећања моћи националних банкарских и финансијских рејулатајора. Тренутно стање ствари је тајкво да национални рејулатајори имају значајна овлашћења над банкама. Паралелно

* Електронска адреса аутора: ddamjan84@yahoo.com.

** Електронска адреса аутора: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs.

са наведеним процесом се развија и процес формирања наднационалних регулатора и лејслайтиве. Рад украјико представља демејше националних и наднационалних регулаторних система у креацији јравној оквира и контироли банака.

Кључне речи: *Регулатори. – Банке. – Лејслайива. – Надзор.*

І Увод

Уколико бисмо анализирали правне оквире за различите категорије привредних субјеката, дошли бисмо до закључка о посебности субјеката финансијског сектора, а посебно банака. Посматрано са историјске дистанце, од првих почетака банкарског пословања, па све до савременог пословања евидентне су велике промене, с тим да кредитно-депозитна функција, која чини окосницу банкарског пословања, остаје иста. Период XX и XXI века је период убрзаног развоја националног и глобалног привредног система који узрокује стварање околности од значаја за пословање банака и развоја легислативе. Једна од околности је условљеност привредног развоја стањем банкарског сектора у области кредитирања. Друга околност је интеграција светског финансијског тржишта и интернационализација пословних односа. Интеграција тржишта има такав ефекат да недостатак капитала на већим тржиштима повлачи недостатак на мањим тржиштима, односно негативна кретања у великим привредним системима узрокују исте појаве и у осталим националним системима. Управо ове околности говоре у прилог постојања правне сигурности у банкарском пословању, било на националном или наднационалном нивоу.

II Разлози проширења надлежности банкарских регулатора у оквирима националне легислативе

Пословање банке носи са собом могуће високе системске ризике за националне привредне системе. Неопходно је на националном нивоу успоставити адекватан систем контроле који се огледа у посебној улози финансијских регулатора, с тим да принципи дерегулације, децентрализације и преклапања надлежности различитих тела нису пожељни. До 90% новца којим банка располаже је туђ новац (дугорочни депозит) који пласира у кредите, тако да банка не би могла одједном одговорити захтевима клијената за поврат депозита.¹ Инсолвентност

1 Jonathan R. Macey, Maureen O'Hara, „The Corporate Governance of Banks“, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9, Nr 1/2003, 97.

банке проузрокована ризичним пословањем управе за последицу има инсолвентност низа депонената. Учесталост наведених појава доводи до настанка неповерења депонената у депозитне послове банке, које за последицу може имати урушавање банкарског система. Значај који банка има за привредни систем поприма, не мање робусну, крилатицу „превелики да би пропали“. Постоји свест да су банке неопходне и да се пропадање већине банака не може допустити, што отвара феномен моралног хазардерства. Морални хазард представља нежељено (неморално) понашање зајмопримца из угла зајмодавца, које смањује вероватноћу враћања дуга.² Вођена значајем и улогом банке, управа може посегнути за високо ризичним пословним активностима, свесна чињенице да би државни буџет сносио велике губитке у њеном спасавању. Држава је путем посебних регулаторних механизма којима овлашћује банкарске регулаторе препрека у спречавању наступања системски негативних ефеката. Улога регулатора обухвата нормативне и контролне функције, посебно у аспекту корпоративног управљања банком.

Истраживање Светске банке, спроведено у периоду од 2009 до 2011. године, анализира 180 земаља са становишта банкарске регулативе и надзора. На основу резултата истраживања, може се закључити да већина земаља има строже стандарде у погледу регулативе капитала банака.³ Иако поштравање капиталних стандарда повећава улогу регулатора, анализа снаге регулатора не мери се овим индиректним показатељем, већ законским овлашћењима која имају у поступку контроле и надзора над пословањем банке. Релевантни показатељи снаге регулатора су: 1) право на састајање са екстерним ревизорима; 2) право да води поступке против екстерних ревизора због немара; 3) обавеза интерних ревизора на директну комуникацију са регулаторима; 4) могућност принуде на промену унутрашње структуре банке; 5) могућност да наложи директору да покрије проузроковане губитке; 6) могућност да суспендује дистрибуцију накнада; 7) могућност да суспендује чланска права и да мења менаџмент; 8) да су регулаторска права изнад акционарских и да може покренути стечај поступак.⁴ Евидентан је приступ посебне контроле системских ризика и повећање броја параметара који се узимају у обзир.⁵ На основу наведених параметара, земље у окружењу могу се сврстати у правне режиме са лабавијим правилима и ужим кругом надлежности регулатора. Са упоредно-правног

2 Frederik S. Miškin, *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*, Beograd, 2006, 33.

3 James R. Barth, Gerard Caprio, Ross Levine, *Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011*, NBER, Cambridge, 2013, 39.

4 J. R. Barth, G. Caprio, R. Levine, 40.

5 J. R. Barth, G. Caprio, R. Levine, 25–26, 45.

становишта, влада тренд легислативног повећања надлежности регулатора у областима регулативе капитала, банкарских ризика и овлашћења у корпоративном управљању банком.

III Успостављање наднационалног регулаторног система

Ако бисмо сагледавали једино из угла националних регулаторних система, дошли бисмо до закључка о високом степену аутономне супремације националних регулатора у креирању банкарске легислативе. Ипак, за правилно одмеравање односа националних и наднационалних регулатора, у контексту теме рада, неопходно је погледати иза националне кулисе, поготово што систем финансија није имун на негативна кретања у другим системима, тј. нема изолованих ефеката који се завршавају у појединачним националним оквирима.

Паралелно са развојем националних правних регулаторних система развијају се и наднационални регулаторни системи. Могло би се рећи да XX век карактерише више етапа у развоју наднационалног регулаторног система. Прву етапу чини период до осамдесетих година прошлог века, када се банкарска легислатива са трендом дерегулације искључиво сводила на националну. Друга етапа је период од осамдесетих година, када се уочава појава међународне банкарске легислативе. Развој тржишта иницира раст међународних новчаних трансакција; раст трговине финансијским дериватима отвара нову димензију негативног системског ефекта у међународним оквирима; системски ефекти у случају прекомерног ризика и уласка банке у инсолвентност, ризици од међународног прања новца и сл. су чиниоци који су утицали на развој међународне банкарске легислативе.⁶ Трећу етапу, која почиње са избијањем светске финансијске кризе 2008. године, карактерише еволуција наднационалних организација. Ова етапа обележена је усвајањем правила меког права – *soft law* од стране Базелског комитета за супервизију банака (*Basel Committee for Banking Supervision*). Формирање одређених правила и принципа меког права последњих деценија претворио се у феномен обавезујућег меког права, које се директно или индиректно намеће националним правним системима.

Занемарујући политичке разлоге, правни разлози успостављања наднационалног регулаторног система су у природи банкарског пословања, коме су иманентни системски ризици које треба држати у прихватљивим оквирима. Банкарске кризе су по својој природи системске због међусобне повезаности финансијских посредника и осталих субјеката. Последња

6 Stephen Zamora, „Regulating the Global Banking Network – What Role (if any) for the IMF?“, *Fordham Law Review*, Vol. 62, Nr. 7/1994, 1953–1961.

финансијска криза проистекла је из околности да су банке ушле у превелик ризик, инсолвентност је прешла са тржишта капитала, а постојао је и недостатак адекватне надзорне и регулаторне интеграције.⁷ Оправдање за успостављање глобалних финансијских регулатора се базира управо на овој узрочности и потреби успостављања јединствених регулатора који су у стању да спречавају будуће кризе. Међутим, поставља се питање да ли је могуће успостављање наднационалног регулаторног система, који је супериоран у односу на све националне регулаторне системе? Да ли је такав глобални регулаторни систем у стању да води бригу о сваком појединачном националном систему уважавајући његове посебности? Као посебно, а ништа мање значајно, поставља се питање легитимитета таквог наднационалног система?

1. Наднационалне организације у улози креатора банкарске регулативе

Јединственог става о остварењу глобалних регулаторних интеграција нема, али евидентно је постојање одређеног глобалног регулаторног процеса где се од стране наднационалних организација усвајају интернационални стандарди управљања и принципи надзора у компанијама, док су национални регулатори постављени на дно хијерархијске лествице са припадајућом улогом спровођења усвојеног система правила.⁸ Негативни ефекти последње светске финансијске кризе (2007–2008. године) допринели су убрзању процеса трансформације наднационалних регулатора. Једна сфера трансформације ишла је у правцу ширења заступништва у међународним регулаторним телима у корист неразвијених земаља. Друга, израженија сфера трансформације била је јачање улоге постојећих међународних регулаторних тела (Банка за међународна поравнања, Базелски комитет за супервизију банака, Светски финансијски форум) претварањем одређених пленума у одборе за надзор и међународну сарадњу, са крајњим циљем успостављања јединственог регулаторног система који би хармонизовао постојеће различите и неусклађене националне регулаторне режиме.⁹

Форум Г20, основан од стране најразвијенијих земаља са циљем унапређења међународне финансијске стабилности, у почетку је окупљао гувернере централних банака или министре финансија. Од избијања

7 Adrian Blundell-Wignall, Paul Atkinson, „Thinking Beyond Basel III: Necessary Solutions for Capital and Liquidity“, *OECD Journal: Financial Market Trends*, Nr. 1/2010, 2, 20.

8 Kevin Davis, *Regulatory Reform Post the Global Financial Crisis: An Overview*, ACFS, Melbourne, 2011, 7.

9 Stephany Griffith-Jones, *Perspective on the Governance of Global Financial Regulation*, UK Commonwealth Secretariat, London, 2009, 1–13.

светске кризе 2008. године, чланство се проширује на шефове држава, као и министре спољних послова са новом мисијом успостављања праваца и координације политика у циљу развоја глобалне економије. Под наведени опус циљева спадају и одређене смернице развоја банкарске легислативе. Форум, као праузор глобалног законодавца и глобалног финансијског регулатора, доноси одлуке на бази консензуса, с тим да фактички утицај најразвијенијих земаља снажно делује на креирање финансијских прописа кроз систем координације транснационалних регулаторних мрежа.¹⁰ Транснационалне регулаторне мреже су форуми сачињени од гувернера централних банака, међународних регулаторних тела и водећих индустријалаца, који на бази колективног одлучивања и консензуса усвајају акте меког права зарад остваривања заједничких интереса, а усвојени акти често се накнадно озакоњују.¹¹ Усвојени програми иду у правцу појачане регулације финансијског сектора успостављањем агенција које би вршиле глобални надзор и контролу ризика у односима банака и других субјеката финансијског сектора, проширењем опсега контроле капитала и ризика финансијског система у целини, као и успостављањем међународног хармонизованог система за спречавање пропасти банака у контексту заштите заинтересованих страна од моралног хазардерства.¹²

Bretton-Woods-ки близанци – Међународни монетарни фонд (ММФ) и Групација Светске банке (СБ), као најзначајније међународне институције које одражавају распоред технолошке и финансијске моћи у свету и уређују и промовишу основне постулате новог светског поретка. Поред потребе обезбеђивања финансијских средстава, потреба за успостављањем стабилности валута и успостављање равнотеже платних биланса представља основ делатности *Bretton-Woods*-ких близанаца. Равноправност уговорних страна и сразмера уговорних давања су темељни принципи уговорних односа међународне трговине. Проблем настаје уколико дође до превеликих колебања валутних курсева који могу угрозити наведене принципе, са последицама угрожавања светске трговине. Из разлога одржавања стабилности светске трговине, делатности ММФ-а су: обезбеђење стабилности курса, платних биланса, успостављање функционисања међународних финансијских тржишта и кредитне операције. СБ и ММФ посебним финансијским програмима процене финансијског сектора заједнички идентификују потребе за развојем сектора, одређују ризике према међународном систему и одно-

10 Emily Lee, „The Soft Law Nature of Basel III and International Financial Regulations“, *Journal of Banking Law and Regulation*, Vol. 29, Nr. 10/2014, 603–604.

11 E. Lee, 605–612.

12 Malcolm D. Knight, „The G20’s Reform of Bank Regulation and the Changing Structure of the Global Financial System“, *Global Policy*, Vol. 9, Nr. S1/2018, 29.

се финансијских субјеката према регулаторима, с тим да о придржавању препоручених принципа и кодекса од стране држава објављују посебне извештаје.¹³ ММФ и СБ кредитирање земље у развоју условљавају испуњавањем постављених правила користећи се методологијом стуба срама, а национална регулаторна тела тих земаља нису ништа до само другоразредни чланови ових наднационалних организација.¹⁴ Хармонизована законска решења банкарске легислативе земаља у окружењу из домена интерне и екстерне контроле и успостављања система корпоративног управљања донета су под патронатом ММФ-а и СБ-е. Ипак, и поред остварене хармонизације, стручна и академска јавност је искључена у поступку доношења законских решења, чиме се потврђује да национални суверенитет из домена финансијске легислативе више не постоји.

2. Позитивни и негативни ефекти хармонизације наднационалних банкарских регулаторних стандарда

Није непознаница да развијене економије генеришу постојеће моделе банкарских регулаторних система, правила и стандарда који се касније примењују у осталим националним привредним системима у циљу успостављања правне сигурности путем процеса хармонизације правних правила. Кључни чиниоци тржишне хармонизације су прекогранични односи у којима различити чиниоци, а најчешће економски јаки субјекти, сопственим активностима доводе до успостављања јединствене регулативе. Интерес глобалних банака је успостављање јединственог регулаторног система у циљу увођења правне сигурности и једнаког третмана на глобалном, регионалном и локалном нивоу.¹⁵ Оснивање банке у земљи друге јурисдикције доводи до примене двоструког регулаторног система (надлежност регулатора земље порекла и земље регистрације). Банке имају снажан подстрек да врше хармонизацију регулаторних система у циљу избегавања двоструких стандарда и двоструке контроле, док регулатори имају потребу да се приближе регулаторним системима матичне државе банке како би боље вршили контролу и надзор над пословним јединицама страних банака путем координације са матичним регулаторима.¹⁶ Потреба

13 Chris Brummer, „How International Financial Law Works (and How it Doesn't)“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 99, Nr. 2/2011, 280–281.

14 C. Brummer, 289.

15 José María Álvarez, Javier Pablo García, Olga Gouveia, The globalization of banking: How is regulation affecting global banks?, Global Economic Watch, 2016, доступно на адреси: <https://www.bbvarresearch.com/wp-content/uploads/2016/08/The-globalisation-of-banking.pdf>, 10. 4. 2020, 2–3, 12.

16 Emily Jones, Alexandra O. Zeitz, „Regulatory Convergence in the Financial Periphery: How Interdependence Shapes Regulators' Decisions“, *International Studies Quarterly*, Vol. 63, Nr. 4/2019, 910–912.

за хармонизацијом регулаторних стандарда постоји и када банка из земље са неразвијеном легислативом започиње пословање у земљи са развијеном легислативом, јер неадекватност матичног регулаторног система са становишта прописаних стандарда може бити разлог за недобијање дозволе за оснивање.¹⁷ На хармонизацију банкарских регулаторних стандарда утиче и чланство националних регулаторних тела у транснационалним регулаторним телима у оквиру којих се усвајају политике и приближавају ставови.¹⁸

Узимајући у обзир значај финансијских субјеката са становишта економских политика и политика уопште, разматрајући питања наднационалних утицаја на национални правни систем, закључујемо да сфера финансијске регулативе превазилази правне аспекте (правна сигурност и поредак) и да је дубоко инкорпорисана у политичке и економске циљеве са тржишном превласти као најважнијим мотивом. Може се уочити више интеракцијских процеса у креирању легислативе. У међународним политичким односима дошло је до напуштања концепта својине и до преласка на регулацију као кључну компоненту тржишне контроле, са трендом успостављања система правила која успевају да наметну различити актери из приватног и јавног сектора.¹⁹ Правила дефинисана на међународном нивоу не морају подједнако бити добра за све из разлога инкорпорисаности приватних и јавних интереса актера најмоћнијих држава. Међународна тела усвајају интересе и намећу их у форми транснационалних правних стандарда приступа тржишту.²⁰ Поред тога што наднационални регулаторни систем ствара правила која одговарају групацијама са фактичком снагом, постоје потенцијално и други негативни феномени. Као пример могу послужити Базелски стандарди. ММФ и Светска банка позивају државе да прихвате Базелске стандарде ради успостављања здравог банкарског система кроз побољшање адекватности капитала, делотворног надзора и смањења ризика. Евидентно је да су стандарди Базел II довели до хомогеног понашања на тржишту и повећању ризика на системском нивоу, где су процене ризика базиране на нивоима појединачних институција.²¹

17 E. Jones, A. O. Zeitz, 913.

18 E. Jones, A. O. Zeitz, 913–914.

19 Henry Farrell, Abraham L. Newman, „Domestic Institutions beyond the Nation-State: Charting the New Interdependence Approach“, *World Politics*, Vol. 66, Nr. 2/2014, 334–335.

20 H. Farrell, A. L. Newman, 340.

21 Emily Jones, *Global Banking Standards and Low Income Countries: Helping or Hindering Effective Regulation?*, GEG Working Paper, No. 2014/91, доступно на адреси: <https://www.geg.ox.ac.uk/publication/geg-wp-201491-global-banking-standards-and-low-income-countries-helping-or-hindering>, 10. 4. 2020, 9.

Глобализација светског тржишта сама по себи доноси опасност глобалних системских ризика, а тиме и потребу јединствене финансијске регулативе и система координације регулатора ради предупређења ризика. Међутим, усвајање јединствених стандарда отвара врата проблемима прихватљивости, и то на начин да неке земље: а) могу лако акцептирати и спроводити правила; б) морају да мењају целокупан регулаторни систем, док трошкови имплементације могу бити различити; в) немају изграђен систем нити имају људске ресурсе да спроведу одређене стандарде. Земље које мање партиципирају у системским ризицима по природи ствари нису спремне да прихвате строжа правила, а на крају, различити су интереси који одређују спремност за прихватање финансијских стандарда.²² Због ових крупних разлика није могуће озакоњити јединствена правила, што представља један од великих изазова у будућности.

Такође, начин одлучивања у наднационалним регулаторима говори у прилог тврдњи да економски јаке државе доминирају у креацији политика и система правила. Број гласова у Г20 и ММФ-у одређује се сразмерно економској снази државе, те економски снажне државе имају више гласова и јачи утицај у активностима организације. Базелски комитет за супервизију банака, који је најдаље отишао у креирању оквира банкарске легислативе, у чланство прима само најразвијеније државе.²³ На овај начин, економски и политички најјаче земље имају доминацију над осталим, упркос чињеници да глобални правни оквир и регулаторни систем обухвата и друге националне правне системе као свој саставни део.

Важна полуга снаге наднационалних регулатора је технократски модел владавине, чиме се сузбија утицај и интеграција различитих националних политика. Технократизација може имати добре стране јер стручни и искусни појединци могу на бољи начин уређивати одређена питања у односу на оне који такве компетенције не поседују. Чланови руководећих наднационалних регулаторних тела су најчешће руководиоци националних регулаторних тела, понекад министри финансија, а никад представници националних влада или парламената. Примера ради, Европска централна банка је пуноправан члан Базелског комитета за супервизију банака и као члан може изражавати свој став и гласати о питањима на дневном реду, док Европска банкарска организација и Европска комисија имају статус посматрача, а Европски парламент нема

22 С. Brummer, 268–270.

23 Данас има укупно 13 земаља чланица: Белгија, Канада, Француска, Немачка, Италија, Јапан, Луксембург, Холандија, Шпанија, Шведска, Швајцарска, Велика Британија и Сједињене Америчке Државе. Подаци доступни на адреси: https://www.nbs.rs/internet/latinica/55/55_2/55_2_1/index.html, 10. 4. 2020.

ни формалну улогу у процесу преговарања и консултација приликом усвајања међународних финансијских стандарда.²⁴ Позиција чланства потврђује ограничавање националних суверенитета, чија су најважнија политичка тела, у првом реду парламент, искључена из примарне фазе усвајања политика и доношења правних аката.

И на крају, не мање посебан, негативни ефекат је непостојање регулаторног субјективитета. Наднационалне институције које промовишу принципе меког права немају субјективитет у смислу стварних међународних банкарских регулатора, али то их не спречава да воде међународно банкарство доносећи стандарде и регулаторне смернице.²⁵ Глобална регулаторна тела статус наднационалних регулатора су сама себи доделила, националне државе на њих нису пренеле суверенитет у делу регулаторне контроле (сем у одређеним регионалним оквирима – случај земаља Европске монетарне уније). Без обзира на то што не поседују субјективитет међународних банкарских регулатора, наднационални регулатори, формално или неформално, приморавају државе да имплементирају усвојене стандарде у национално законодавство. На крају се може закључити да недостатак субјективитета имплицира непостојање одговорности за предузете радње, те на овај начин наднационални регулатори заокружују позицију политички моћног и правно неодговорног суверена.

IV Интерна овлашћења националних регулатора у Републици Српској и Републици Србији

С обзиром на то да су акти из домена банкарске легислативе донети под патронатом ММФ-а и Светске банке, све то у циљу постизања хармонизације, у овом делу рада ће бити представљене надлежности регулатора у најважнијим сегментима, као што је: а) статус оснивача – акционара; б) капитал банке; в) статус носилаца кључних функција; г) систем накнаде. Док се према Закону о банкама Републике Српске²⁶ централна регулаторна улога поверава Агенцији за банкарство²⁷ због специфичног банкарског система у Републици Босни и Херцеговини, дотле се Законом о банкама Републике Србије²⁸ централна улога поверава Народној банци Србије.

24 Annamaria Viterbo, „The European Union in The Transnational Financial Regulatory Arena: The Case of the Basel Committee of Banking Supervision“, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Nr. 2/2019, 211–222.

25 E. Lee, 602.

26 Закон о банкама Републике Српске – ЗОБРС, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 4/17.

27 Агенцији за банкарство, поред послова који се тичу оснивања, поверавају се и послови надзора, реструктурирања и престанка рада банке. ЗОБРС, чл. 1.

28 Закон о банкама – ЗОБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

У складу са савременим нормативним тенденцијама, акценат се ставља на услове које мора да испуни оснивач банке. Он мора да поседује добар пословни углед и задовољавајуће имовинско стање,²⁹ а уколико нису испуњени захтевани услови, регулатор неће дати сагласност за регистрацију банке. Незадовољавајуће финансијско стање постоји ако: а) обавезе оснивача прелазе његову активу, без обзира на чињеницу да ли је покренут стечајни поступак; б) укупни износ обавеза оснивача може представљати значајан ризик за стабилност банке; в) поднесени финансијски подаци указују на то да оснивач не би био у могућности да одржава прописани степен адекватности капитала; г) постоје друге чињенице које указују на финансијску опасност по банку и/или депоненте банке, а као посљедица могућег поступања од стране оснивача.³⁰ Наведени критеријуми нису *numerus clausus*, већ регулатор има дискреционо овлашћење да процени и друге околности које могу утицати на повећање ризика, па тако може ограничити права акционара или чак наложити принудну продају акција. Дозвола регулатора је неопходна и за стицање статуса квалификованог акционара.³¹ Неће се одобрити стицање учешћа у капиталу банке уколико би подносилац због недостатка искуства и компетентности могао угрозити интерес банке и њених депонената. Иако наведена норма оставља простора за критику, очигледна је тенденција да квалификовано акционарство банке мора бити праћено одговарајућим компетенцијама.

Адекватност капитала банака постиже се контролном улогом регулатора и сагласношћу на одлуке које могу угрозити капитал банке. Стицање статуса акционара у другим привредним субјектима може узроковати повећање ризика преузимањем постојећих ризика субјектата чије се акције стичу. Агенција даје сагласност за куповину акција у вредности преко 5% основног капитала банке, с тим што укупан износ чланских удела банке не смије бити већи од 50% процената основног капитала банке у случају финансијских организација, а укупан износ удела у нефинансијским организацијама не сме прећи износ од 25% основног капитала.³² Према одредбама Закона о банкама Републике Србије, ризици улагања банке у једно лице које није у финансијском сектору не могу прећи 10% капитала банке, односно укупна улагања у лица која

29 ЗОБРС, чл. 14 ст. 2.

30 Одлука о условима и поступку издавања дозвола, одобрења и сагласности банкама које обављају дјелатност у Републици Српској, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 4/18, чл. 5 ст. 2; Одлука о спровођењу Закона о банкама која се односи на давање прелиминарног одобрења, дозволе за рад банке и појединих сагласности и одобрења Народне банке Србије – ОСЗОб, *Службени гласник РС*, бр. 82/2015 и 29/2018, тач. 3–5.

31 ОСЗОб, тач. 9.

32 ЗОБРС, чл. 111.

нису у финансијском сектору, као и у основна средства и инвестиционе некретнине, не смеју прећи 60% капитала банке.³³

О положају акционара у систему корпоративног управљања заузимана су различита становишта. Фокус правних реформи спровођених након финансијске кризе 2008. године био је на повећању ангажмана акционара и веће контроле управе у свим питањима њене надлежности.³⁴ Дисперзована акционарска структура води акционарском неактивизму, док постојање већинског акционара има позитивно дејство на корпоративно управљање, у смислу боље употребе капитала и дугорочног улагања у ресурсе, али проблем настаје ако се појави злоупотреба компаније, јер извршни директори су у суштини репрезенти већинских акционара и нису адекватни контролори.³⁵ Банкарско пословање у којем доминира велики однос дуга и потраживања у оквиру обимних финансијских односа чини немогућим да се ситуација контролише од стране акционара чак и када би имали експертска знања јер когнитивна ограничења акционара у комбинацији са непредвидљивошћу тржишних кретања онемогућавају праћење ризика који се мултипликује са величином банке.³⁶ Дакле, акционарску структуру не можемо окарактерисати као доброг, свеопштег контролора. Она може значајно утицати на повећање ризика, чиме и постаје предмет регулаторне контроле. Без обзира на чињеницу да нема јединственог става о корисности института независних чланова одбора, национална подзаконска легислатива ово питање регулише на адекватан начин.³⁷ Нови тренд развоја легислативе који је прихваћен у националним законодавствима захтева специјализацију, стручност и добар углед као предуслове именовања у органима управљања (управни и извршни одбор). Да овако важно питања не би препустио случају, регулатор даје сагласност на именовање предложеног члана органа управљања.³⁸ Сходно именовању, члан органа управљања може бити разрешен уколико више не испуњава

33 ЗОБ, чл. 34.

34 Christopher M. Bruner, „Corporate Governance in a Time of Crisis“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 36, Nr. 2/2011, 317–320.

35 Luca Enriques, Paolo Volpin, „Corporate Governance Reforms in Continental Europe“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, Nr. 1/2007, 122–123; Clifford G. Holderness, „A Survey of Blockholders and Corporate Control“, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9, Nr. 1/2003, 53.

36 Emiliios Avgouleas, Jay Cullen, „Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies and Cognitive Boundaries“, *Journal of Law and Society*, Vol. 41, Nr. 1/2014, 36–40.

37 Дамјан Даниловић, *Специфичности корпоративног управљања у банкарском сектору БиХ – Правни аспекти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2017, 147–150.

38 ЗОБРС, чл. 63, чл. 70 ст. 1–3; ЗОБ, чл. 72, чл. 75.

законске услове за именоване, поступа супротно законским одредбама и онемогућава регулатора да врши контролу бонитета и законитости пословања банке.³⁹

Лоше конципиран систем исплате накнада може узроковати или појачати унутрашње и системске ризике. Једна група аутора у овом сегменту види и најважнији узрок последње светске финансијске кризе сматрајући да су директори били стимулирани за краткорочне и високоризичне пласмане новца, преузимајући високе системске ризике.⁴⁰ Други аутори сматрају да систем накнаде није изазвао већ само продубио кризу, што можемо сматрати исправнијим становиштем. Било како било, јасно је да систем накнаде има великог утицаја на ризике, односно ако висина новчаних подстицаја буде детерминисана једино обимом пласираних средстава управа банке је стимулирана на што веће пласмане са смањеном бригом за поврат инвестиције. Ипак, банка је дужна да процени запослене чије активности у банци могу значајно утицати на профил ризика банке, уз необориву презумпцију да чланови управе спадају у наведену категорију, при чему целокупан поступак и оцена морају бити документовани и достављени Агенцији.⁴¹ Исплате варијабилних накнада подлежу различитим ограничењима, а исплата дивиденди, односно других давања подлеже регулаторним забранама. Забрањено је банци да врши исплату дивиденди по основу обичних акција, као и исплату других давања из добити банке члановима органа управљања и запосленима у банци ако: 1) је капитал банке мањи или би због исплате добити постао мањи од прописаног регулаторног капитала; 2) банка не испуњава прописане стопе адекватности капитала и услове одржавања заштитних слојева капитала у складу са законом и прописима; 3) има недозвољену изложеност кредитном ризику и осталим ризицима у односу на признати капитал; 4) не одржава ликвидност у складу са прописима Агенције или због такве исплате добити не би могла да одржава своју ликвидност у складу са прописима Агенције; 5) није отклонила слабости и недостатке у складу са налогом Агенције у вези са нетачним исказивањем активних и пасивних билансних и ванбилансних позиција које утичу на пословни резултат у билансу успеха банке; 6) ако је Агенција изрекла мјеру забране исплате дивиденде и других давања из добити.⁴² На основу одредаба Закона о банкама, банка

39 ЗОБРС, чл. 62, чл. 74; ЗОБ, чл. 72, чл. 75 ст. 7.

40 Rüdiger Fahlenbrach, René M. Stulz, Bank CEO Incentives and the Credit Crisis, Fisher College of Business, Working paper no. 2009-03-013, 2010, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439859##, 10. 4. 2020, 2.

41 Одлука о политици и пракси накнаде запосленима у банци, *Службени гласник РС*, бр. 80/13, чл. 9.

42 ЗОБРС, чл. 38.

не може расподелу добити вршити исплатом дивиденди својим акционарима или исплатом учешћа у добити, односно других давања из добити банке члановима органа управљања и запосленима у банци ако: 1) своју ликвидност не одржава у складу с прописима Народне банке Србије; 2) због расподеле не би могла да одржава своју ликвидност у складу с прописима Народне банке Србије; 3) није отклонила слабости и недостатке које јој је наложила да отклони Народна банка Србије у вези с неправилним исказивањем пословних промена и других догађаја, а који могу утицати на биланс успеха банке; 4) није поступила у складу с налозима за отклањање неправилности.⁴³

И на крају, због бројних негативних последица лошег и незаконитог пословања банке и ширине круга лица која могу бити обухваћена, банкарско пословање прелази у сферу јавног интереса. Као последицу утврђених неправилности, регулатор има право дискреционе процене мера које може наложити узимајући у обзир финансијски положај банке, адекватност капитала, утицај неправилности на положај банке, број и међусобну зависност неправилности, трајање и учесталост неправилности, као и законитост рада банке.⁴⁴ Дијапазон мера иде од писменог упозорења банци⁴⁵ и члану управе до тога да се у тежим случајевима може наложити банци испуњавање различитих мера.⁴⁶ У случају непоступања по наложеним мерама, погоршања финансијског стања и повреде закона, једном или више лица може се повући сагласност за именовање у чланство управе, забранити обављање свих функција у банци, суспендовати гласачка права у банци или затражити престанак статуса акционара.⁴⁷ Регулатор има посебно право на именовање представника који контролише рад банке, чија овлашћења могу ићи чак до суспензије одлука органа банке. На основу одредаба Закона о банкама Републике Српске, Агенција може именовати саветника када оцени да банка поступа у супротности са законом. Саветник је независан од банке, са квалификацијама потребним за чланство у управи, а на основу овлашћења има право и дужност да у мандатном периоду (две године) обавља послове заједно са управом банке ради извршења контроле финансијског стања банке, усклађености пословања са легислативом и спровођење корективних мера наложених од стране Агенције.⁴⁸ Саветник има право приступа свим актима банке и запосленима у банци,

43 ЗОБ, чл. 25.

44 ЗОБРС, чл. 196–197; ЗОБ, чл. 94–128.

45 ЗОБ, чл. 111.

46 ЗОБРС, чл. 199–201; ЗОБ, чл. 112.

47 ЗОБРС, чл. 204; ЗОБ, чл. 114.

48 ЗОБРС, чл. 205.

право да присуствује раду управе и право да даје сагласност на одлуке управе у складу са овлашћењима.⁴⁹ У околностима када банка поступа у супротности са одредбама закона, у Републици Србији се предвиђа увођење привремене управе именовањем привременог управника.⁵⁰ Привремени управник је лице које је независно од банке и именује се на најдуже годину дана са могућношћу да замењује управни и извршни одбор банке или да управља банком заједно са овим органима. У обавези је да Народној банци Србије најмање тромесечно доставља извештај о пословању банке и њеном финансијском стању, као и о радњама које је предузео при извршавању својих дужности. Народној банци Србије, као централном регулатору, дужан је да на почетку и на крају свог мандата поднесе извештај о раду.⁵¹

V Закључак

Успостављање глобалног тржишта и глобалног финансијског система доводи до мултипликације фактора ризика и до узајамне повезаности националних система. У таквим околностима је општи тренд повећања моћи како националних, тако и наднационалних регулатора, са већ приметном супремацијом ових других. Посебна позиција националних регулатора се огледа у бројним надлежностима контроле банке на интерном плану. Наднационални регулатори нису непосредни управљачи на националним нивоима, већ је однос постављен тако да су национални регулатори њихове оперативне руке. Државе и даље не преносе овлашћења на било која тела да обављају наднационалну регулаторну функцију, али фактичка позиција наднационалних тела у контексту њихове економске и политичке моћи, те активности које спроводе, недвосмислено потврђује постојање наднационалног регулаторног процеса. Наднационална регулатива функционише кроз систем усвајања правила, најчешће меког права, а стандарди, кодекси и препоруке нису баш просто остављени на вољу националним системима. Некада се приступ одређеним тржиштима условљава претходном имплементацијом датих норматива, некада се наведени нормативи третирају као стандард успешности пословања банке, док се државама са недостатком финансијског суверенитета норматива просто намеће. Тржишна интернационализација сама по себи доводи мање-више до

49 ЗОБРС, чл. 206–209.

50 Циљеви и задаци привремене управе могу се односити на: 1) утврђивање правог финансијског стања у банци; 2) управљање целокупним пословањем банке или његовим делом како би се очувао или поново успоставио одговарајући финансијски положај банке и/или њено стабилно и сигурно пословање и сл. ЗОБ, чл. 115 ст. 2.

51 ЗОБ, чл. 115.

хармонизације регулаторних стандарда. Бројне су препреке на путу добре организације наднационалне регулативе, можда и до нивоа недостижности, али се може истаћи да овај процес еволуира. Наднационални регулатори имају позицију контролора националних регулатора, која је за сада и даље у фази оцене придржавања утврђених стандарда. *Summa summarum*, чини се да предност иде у корист наднационалних регулатора, а то из разлога јер снагу црпе са политичког нивоа и у стању су да издејствују фактичко усвајање и прихватање система правила.

Коришћена литература

- Avgouleas Emilios, Cullen Jay, „Market Discipline and EU Corporate Governance Reform in the Banking Sector: Merits, Fallacies and Cognitive Boundaries“, *Journal of Law and Society*, Vol. 41, Nr. 1/2014.
- Álvarez José María, García Javier Pablo, Gouveia Olga, The globalization of banking: How is regulation affecting global banks?, *Global Economic Watch*, 2016, доступно на адреси: <https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/08/The-globalisation-of-banking.pdf>, 10. 4. 2020.
- Barth R. James, Caprio Gerard, Levine Ross, *Bank Regulation and Supervision in 180 Countries from 1999 to 2011*, NBER, Cambridge, 2013.
- Brummer Chris, „How International Financial Law Works (and How it Doesn't)“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 99, Nr. 2/2011.
- Blundell-Wignall Adrian, Atkinson Paul, „Thinking Beyond Basel III: Necessary Solutions for Capital and Liquidity“, *OECD Journal: Financial Market Trends*, Nr. 1/2010.
- Bruner M. Christopher, „Corporate Governance in a Time of Crisis“, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 36, Nr. 2/2011.
- Viterbo Annamaria, „The European Union in The Transnational Financial Regulatory Arena: The Case of the Basel Committee of Banking Supervision“, *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, Nr. 2/2019.
- Griffith-Jones Stephany, *Perspective on the Governance of Global Financial Regulation*, UK Commonwealth Secretariat, London, 2009.
- Davis Kevin, *Regulatory Reform Post the Global Financial Crisis: An Overview*, ACFS, Melbourne, 2011.
- Даниловић Дамјан, *Специфичности корпоративној управљања у банкарском сектору БиХ – Правни аспекти*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2017.
- Enriques Luca, Volpin Paolo, „Corporate Governance Reforms in Continental Europe“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, Nr. 1/2007.

- Zamora Stephen, „Regulating the Global Banking Network – What Role (if any) for the IMF?“, *Fordham Law Review*, Vol. 62, Nr. 7/1994.
- Jones Emily, O. Zeitz Alexandra, „Regulatory Convergence in the Financial Periphery: How Interdependence Shapes Regulators’ Decisions“, *International Studies Quarterly*, Vol. 63, Nr. 4/2019.
- Jones Emily, Global Banking Standards and Low Income Countries: Helping or Hindering Effective Regulation?, GEG Working Paper, No. 2014/91, доступно на адреси: <https://www.geg.ox.ac.uk/publication/geg-wp-201491-global-banking-standards-and-low-income-countries-helping-or-hindering>, 10. 4. 2020.
- Knight D. Malcolm, „The G20’s Reform of Bank Regulation and the Changing Structure of the Global Financial System“, *Global Policy*, Vol. 9, Nr. S1 /2018.
- Lee Emily, „The Soft Law Nature of Basel III and International Financial Regulations“, *Journal of Banking Law and Regulation*, Vol. 29, Nr. 10/2014.
- Macey R. Jonathan, O’Hara Maureen, „The Corporate Governance of Banks“, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9, Nr. 1/2003.
- Miškin S. Frederik, *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*, Beograd, 2006.
- Fahlenbrach Rüdiger, Stulz M. René, Bank CEO Incentives and the Credit Crisis, Fisher College of Business, WP no. 2009–03–013, 2010, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439859##, 10. 4. 2020.
- Farrell Henry, Newman L. Abraham, „Domestic Institutions beyond the Nation-State: Charting the New Interdependence Approach“, *World Politics*, Vol. 66, Nr. 2/2014.
- Holderness G. Clifford, „A Survey of Blockholders and Corporate Control“, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9, Nr. 1/2003.

Damjan DANILOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of East Sarajevo Faculty of Economics

Strahinja MILJKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Priština Faculty of Law with a temporary head office in Kosovska Mitrovica

SUPREMACY OF NATIONAL OR SUPRANATIONAL BANKING REGULATIONS AND SUPERVISION?

Summary

During the last two decades, national the legislatures mark significant changes regarding legislative of companies in the financial sector. In the first place, it is related to banks as their most important representative. Reforms became obvious especially after the world financial crisis, which was a way for avoiding the noticed negative factors, and these factors were considered to be an additional source of the crisis. The tendency of an increasing role, i.e. the power of national banking and financial regulators is evident for more than half of a century. The current situation is marked by the fact that national regulators have a very prominent position and authorization over banks. The process of formation of “supranational regulators” and legislative develops parallels with the mentioned process. This paper, in short, represents domains of national and supranational systems in the creation of the legal framework and control of banks.

Key words: Regulators. – Banks. – Legislation. – Supervision.

Датум пријема рада: 14. 4. 2020.

Датум исправке: 14. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 16. 5. 2020.

UDK: 336.761(497.11) ; 339.13.012

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2002329V

Марија ВИЋИЋ*

адвокат у сарадњи са адвокатском канцеларијом

Карановић & Партнери о.а.д., докторанд Правног факултета
Универзитета у Београду

РЕПУБЛИКА СРБИЈА КАО УГОВОРНА СТРАНА ISDA ОКВИРНОГ УГОВОРА О ТРГОВАЊУ ФИНАНСИЈСКИМ ДЕРИВАТИМА

Сажетак

Циљ рада је да укаже на посебности регулативе трговања финансијским дериватима на OTЦ тржишћу када је уговорна страна Република Србија. Фокус аутора је, пре свега, на анализи могућности Републике Србије да буде уговорна страна ISDA оквирног уговора о трговању финансијским дериватима, узевши у обзир распрострањеност управо овог модел-уговора када су у питању услови са финансијским дериватима на OTЦ тржишћу. Аутор у првом делу рада даје оштри преглед ISDA оквирног уговора о трговању финансијским дериватима, скрећући пажњу на посебна места у овом модел-уговору и његов историјски развој. У другом делу рада образложили смо српску позитивну правну регулативу у вези са тровањем финансијским дериватима на OTЦ тржишћу са Републиком Србијом и тај преглед је прелиминарно исцртаван доношењем нове подзаконске акције у овој области крајем 2019. године. Посебан осврт и анализа појединих кључних места сироведени су и у погледу пројекта

* Електронска адреса аутора: marija.vicic@karanovicpartners.com.

који рејулишу буџетски систем, јавни дуџ, девизно половање, јавне набавке и финансијска обезбеђења.

Кључне речи: ISDA оквирни уговор. – Република Србија. – Финансијски деривати. – ОТП тржиште.

І Појам и предмет ISDA оквирног уговора о трговању финансијским дериватима

ISDA оквирни уговор о трговању финансијским дериватима настао је као последица тежње за унификацијом правила трговања на ОТП (енгл. *over-the-counter*) тржишту финансијским дериватима. Финансијски деривати сматрају се високоризичним финансијским инструментима будући да се могу користити за различите сврхе, као што су заштита од финансијског ризика (нпр. валутни, каматни или кредитни ризик), инвестирање и спекулација. За разлику од деривата којима се тргује на организованим тржиштима, трансакције са дериватима на ОТП тржишту (што чини скоро 90% трансакција са дериватима) не подлежу правилима о извештавању и контроли трговања од стране организатора тржишта, што повећава изложеност ризицима трговања, нарочито у погледу страна које нису професионални инвеститори.¹ Повећан обим трговања финансијским дериватима и комплексност структура деривата који настају у скорој прошлости довели су до рађања неповерења између тржишних учесника и стварања различите праксе трговања на ОТП тржишту будући да је сваки од учесника у могућности да нуди своје услове уговора о трговању и да су они подложни преговорима у свакој појединачној трансакцији. То је довело до повећаног тржишног и правног ризика учесника у трговању са финансијским дериватима, будући да је било тешко унапред предвидети услове појединачног посла са дериватима.² Данас се ISDA оквирни уговор (енгл. *Master Agreement*) користи готово по правилу у прекограничној трговини финансијским дериватима, док су концепт и одредбе ISDA оквирног уговора све заступљенији и у пословној пракси домаћих банака када су у питању трансакције са финансијским дериватима.

1 Соња Рудић, *Улога деривата у управљању валутним ризицима на финансијском тржишту Србије*, Београд, 2016, 99–101; Драгослав Вуковић, „Трговински репозиторијум – нова инфраструктура тржишта ОТП деривата“, *Банкарство*, бр. 4/2012, 36–39.

2 Bhushan Kumar Jomadar, *The ISDA Master Agreement – The Rise and Fall of a Major Financial Instrument*, 2007, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326520, 12. 4. 2020, 1–3.

1. International Swaps and Derivatives Association (ISDA)

ISDA, односно *International Swaps and Derivatives Association*, као међународно удружење учесника на ОТП тржишту финансијских деривата настало је 1985. године и до сада броји преко 900 чланова из 73 земље света.³ Циљеви и мисија ISDA-е су, пре свега, удруживање учесника на тржишту финансијских деривата ради стварања уједначене и сигурне праксе у трговању финансијским дериватима на ОТП тржишту, постављање стандарда у трговању финансијским дериватима на ОТП тржишту и едукација учесника у погледу правних и финансијских последица трансакција са дериватима. Главни производи ISDA-е, као једног међународног удружења, јесу стандардизовани модели уговорне документације за трговину са дериватима, који у исто време дају поуздане оквире у којима учесници у пословима са дериватима треба да се крећу и омогућују им да уговорну документацију прилагођавају појединачним потребама сваког посла са дериватима.⁴ ISDA је тренутно јединствена на тржишту финансијских деривата и њени чланови су већином банке, инвестициона друштва и саветници, као и различити фондови. Постоје и друге организације које се баве уједначавањем тржишних услова трговине различитим врстама робе на међународном нивоу, као што су *North American Energy Standards Board Base Contract for Sale and Purchase of Natural Gas (NAESB)*, *Edison Electric Institute Master Power Purchase and Sale Agreement (EEI)* и слично.⁵

2. Основне одредбе оквирног уговора (енгл. *Master Agreement*)

ISDA оквирни уговор је до сада објављен у пет верзија, од којих су најпознатије и најзаступљеније верзије из 1992. и 2002. године. ISDA оквирним уговором дефинишу се основни општи услови трговања са финансијским дериватима који представљају правни оквир будућих послова са финансијским дериватима које ће стране закључити за време трајања оквирног уговора. Од одредаба стандардизованих општих услова у ISDA оквирном уговору одступа се помоћу прилога (енгл. *Schedules*), који чине саставни део ISDA оквирног уговора и омогућавају искључење одређених општих правила оквирног уговора, односно прилагођавање услова оквирног уговора појединошћима правног посла. Као доказ о обављању појединачног посла, стране потписују потврду

3 ISDA, About ISDA, доступно на адреси: <https://www.isda.org/about-isda/>, 20. 4. 2020.

4 Paul E. Vrana, Craig R. Enochs, Fundi A. Mwamba, How to Use the ISDA Master Agreement, 2002, доступно на адреси: <https://utcle.org/elibrary>, 12. 4. 2020, 5.

5 Craig R. Enochs, Jim Pappenfus, Ali Bruner, A Comparison of Terms Across Master Trading Agreements, 2019, доступно на адреси: <https://utcle.org/elibrary>, 12. 4. 2020, 2.

(енгл. *Confirmation*) у којој су садржани битни елементи обављеног посла након трговања.⁶

Поред горе наведених делова ISDA оквирног уговора, стране могу да закључе и Анекс о кредитној подршци (енгл. *Credit Support Annex*) којим се уређују средства обезбеђења за извршење послова са дериватима по ISDA оквирном уговору. Циљ Анекса о кредитној подршци је, пре свега, умањење изложености према сауговорачу и контрола кредитног ризика. Анекс о кредитној подршци није обавезан део ISDA оквирног уговора и врло често изостаје када је једна од уговорних страна држава или централна банка.⁷

Поред модела уговора који су излазили у едицијама, ISDA је издала и бројна објашњења дефиниција и појмова из оквирног уговора и пратеће документације, као и званичне интерпретације уговорних услова.⁸

ISDA оквирни уговор је конципиран по узору на англосаксонске моделе финансијских уговора и састоји се из следећих главних делова:⁹

- правила о тумачењу уговора;
- опште обавезе уговорних страна, укључујући и одредбе о нетирању потраживања и обавеза приликом редовног измирења обавеза;
- изјаве уговорних страна у погледу њихове подобности да буду уговорне стране оквирног уговора и изјаве о одсуству појединих догађаја који би, да постоје, представљали случајеве неиспуњења обавеза (енгл. *Events of Default*), односно нескривљене раскидне услове (енгл. *Termination Events*);
- одредбе о сарадњи уговорних страна приликом спровођења оквирног уговора и појединачних послова са финансијским дериватима;
- навођење случајева неиспуњења обавеза (енгл. *Events of Default*), односно раскидних услова (енгл. *Termination Events*);
- одредбе о раскиду уговора (енгл. *Early Termination*), уз могућност аутоматског раскида (енгл. *Automatic Early Termination*) и

6 C. Рудић, 163–164; P. E. Vrana, C. R. Enochs, F. A. Mwamba, *How to Use the ISDA Master Agreement*, 7.

7 C. Рудић, 164–165.

8 B. K. Jomadar, *The ISDA Master Agreement – The Rise and Fall of a Major Financial Instrument*, 6.

9 Основни преглед одредаба ISDA оквирног уговора дат је пратећи оквирне уговоре из 1992. и 2002. године, који су доступни на адреси (само за регистроване кориснике ISDA-e): www.isda.org, 10. 4. 2020.

нетирању потраживања и обавеза након превременог доспећа обавеза (енгл. *Close-Out Netting*), заједно са методама рачунања вредности обавеза уговорних страна спровођењем поступка нетирања;

- одредбе о преносу права и обавеза из оквирног уговора;
- остале одредбе о валути плаћања, накнади штете, салваторна клаузула, меродавно право, одредба о избраном суду, достављању обавештења, трошковима и слично.

Издвојили бисмо одређене појединости ISDA оквирног уговора које се ретко срећу у уобичајеним финансијским уговорима. Поред уобичајених случајева неиспуњења обавеза (енгл. *Events of Default*), као случајева који доводе до раскида уговора кривицом једне уговорне стране (као што су неиспуњење новчане или неновчане обавезе, повреда друге уговорне обавезе, давање нетачних изјава, отварање стечаја, унакрсне повреде обавеза и слично), ISDA оквирни уговор познаје и тзв. нескривљене раскидне услове (енгл. *Termination Events*) који се не могу стриктно приписати кривици ниједне уговорне стране. У случају нескривљених раскидних услова (који могу бити незаконитост, виша сила (уведена у 2002 ISDA оквирни уговор), порески догађај и слично), њима могу бити погођене обе или само једна уговорна страна, што производи даље последице на обрачун дугованих износа у поступку нетирања.¹⁰

Теоријске су дилеме да ли су послови који настану у оквиру ISDA оквирног уговора појединачни уговори или је у питању јединствен уговорни однос између страна.¹¹ Међутим, неспорно је да је кључна идеја оквирног уговора да омогући нетирање, тј. међусобно пребијање права и обавеза уговорних страна по основу појединачних послова трговања финансијским дериватима. Нетирање као концепт, пре свега, има за сврху бољу дисперзију ризика (кредитног ризика и ризика ликвидности) будући да не долази до међусобног готовинског измирења обавеза, већ је исход операције нетирања обрачун нето износа дефинитивног дуга

10 Slaughter and May, 2002 ISDA Master Agreement – Guide to Principal Changes, 2003, доступно на адреси: http://www.slaughterandmay.com/media/38944/2002_isda_master_agreement_guide_to_principal_changes.pdf, 11. 4. 2020, 3–7; ISDA, Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: the ISDA Master Agreement, доступно на адреси: <https://www.isda.org/a/23iME/Legal-Guidelines-for-Smart-Derivatives-Contracts-ISDA-Master-Agreement.pdf>, 5. 4. 2020, 7–11; ISDA, Market Review of OTC Derivative Bilateral Collateralization Practice, 2010, доступно на адреси: https://web.archive.org/web/20130512183553/http://www.isda.org/c_and_a/pdf/Collateral-Market_Review.pdf, 10. 4. 2020, 9–10.

11 С. Рудић, 164; ISDA, Legal Guidelines for Smart Derivatives Contracts: the ISDA Master Agreement, 17.

једне стране према другој.¹² На крају, од 2002. године ISDA оквирни уговор је у потпуности прилагођен модерним средствима комуникације и електронској размени обавештења у вези са закључењем и спровођењем самог уговора, што је још једна његова позитивна карактеристика.¹³

II Закључење ISDA оквирног уговора о трговању финансијским дериватима

Не постоје препреке да Република Србија, као суверена држава, буде потписник и преузме права и обавезе према ISDA оквирном уговору. Међутим, управо будући да је у питању суверена држава као уговорна страна, њено приступање овом уговору (као и иначе финансијским уговорима) има одређене специфичности. Те специфичности се огледају како у самом поступку закључења уговора, у смислу потребних овлашћења и одобрења да би се права и обавезе из уговора преузеле, специфичности су присутне и током његовог спровођења будући да је у питању ентитет који умногоме одступа од класичног привредног субјекта.

1. Потписник у име и за рачун Републике Србије

Републику Србију по правилу заступа Влада као орган извршне власти.¹⁴ Међутим, у пословању Република Србија обично иступа преко ресорних министарстава централне власти, која не поседују издвојену правну способност. У том смислу, министарство задужено за управљање финансијском имовином и јавним дугом у Републици Србији је Министарство финансија, у чију надлежност јасно спадају и послови са ОТЦ дериватима у које држава улази ради умањења или елиминисања одређених ризика (као што су кредитни, каматни, валутни и други ризици).¹⁵

Међутим, јасно овлашћење да потпише ISDA оквирни уговор није поверено Министарству финансија (тј. министру финансија) законом који уређује јавни дуг, као што је то рецимо случај са јасним законским

12 Татјана Јованић, „Правна природа споразума о нетирању и предуслови његове извршивости“, *Банкарство*, бр. 3–4/2008, 39–40.

13 Slaughter and May, 2002 ISDA Master Agreement – Guide to Principal Changes, 15.

14 Закон о влади, *Службени гласник РС*, бр. 55/2005, 71/2005 – испр., 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012 – одлука УС, 72/2012, 7/2014 – одлука УС, 44/2014 и 30/2018 – др. закон, чл. 4.

15 Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/2015 – др. закон и 62/2017, чл. 3.

овлашћењима министра финансија када су у питању уговори о кредиту које закључује Република Србија.¹⁶ Очигледан превид законодавца исправљен је донекле доношењем подзаконског акта – уредбе крајем 2019. године којом се преговарање и закључивање ISDA оквирног уговора јасно ставља у надлежност министра финансија испред Министарства финансија. Истим актом поверено му је и овлашћење да ову своју надлежност даље делегира.¹⁷

2. Остале радње које претходе закључењу уговора по Уредби о дериватима

У складу са Уредбом о дериватима, пре почетка преговора за улазак у ISDA оквирни уговор, Управа за јавни дуг врши процену кредитног ризика уласка у посао са дериватима са новом уговорном страном. Процена се врши у складу са оценама признатих рејтинг агенција, а ако се уз оквирни уговор не закључује и анекс о кредитној подршци, постављају се ограничења за кредитни лимит по трансакцији да би се ограничила максимална изложеност Републике Србије.¹⁸ Комуникација са уговорном страном у погледу прикупљања понуда и нуђења услова за улазак у посао са дериватима у име Републике Србије обавља се преко Управе за јавни дуг. Управа за јавни дуг дефинише услове конкретног посла, врши процену тржишта и проверу ликвидности како би се омогућило спровођење трансакције са дериватима.¹⁹ На основу понуда које је прикупила Управа за јавни дуг, министар финансија закључује посао са финансијским дериватом са уговорном страном која је дала најбољу понуду (односно која има најбољи кредитни рејтинг, узимајући у обзир и квалитет, свеобухватну понуду и сарадњу са заинтересованом страном). Према Уредби о дериватима, посао се може закључити и путем електронске поште или *Bloomberg* терминала, односно на начин како је предвиђено оквирним уговором.²⁰

До доношења Уредбе о дериватима постављало се питање могуће иницијативе органа државне власти приликом закључења послова са дериватима. Наиме, било је недоречено да ли је потребна извесна активност Народне скупштине или Владе у форми претходног одобрења

16 Закон о јавном дугу, *Службени гласник РС*, бр. 61/2005, 107/2009, 78/2011, 68/2015, 95/2018 и 91/2019, чл. 5.

17 Уредба о обављању послова са финансијским дериватима у циљу управљања јавним дугом Републике Србије – Уредба о дериватима, *Службени гласник РС*, бр. 94/2019, чл. 6.

18 Уредба о дериватима, чл. 20.

19 Уредба о дериватима, чл. 10–11.

20 Уредба о дериватима, чл. 12.

Министарству финансија (и министру финансија) да иступа у име Републике Србије приликом ступања у ISDA оквирни уговор. Сматрамо да је доношењем Уредбе о дериватима ова дилема решена и да је овлашћење дато Министарству финансија Законом о министарствима овим путем додатно појашњено.

3. Буџетски захтеви

Да би Република Србија могла да спроводи било која плаћања, укључујући и плаћања по основу ISDA оквирног уговора, буџет за текућу годину у којој се планира посао са дериватом мора да предвиђа тај посао кроз одговарајућу апропријацију.²¹ Одобравањем апропријације за појединачни посао са финансијским дериватима у који је планирано да држава уђе током године од стране Народне скупштине, добија се још један вид потврде овлашћења држави да овакав уговор закључи. То је нарочито од значаја имајући у виду променљиву природу финансијских деривата, те је ради правне сигурности боље да могућа обавеза државе буде прихваћена од стране више грана државне власти (па тако и парламентарне, поред извршне власти).

Додатни захтеви предвиђени Законом о буџетском систему одnose се на писану форму уговора. Наиме, Закон о буџетском систему прописује обавезну писану форму уговора којим буџетски корисници преузимају одређене обавезе, уз остављање могућности да законом буде предвиђено другачије.²² У случају послова са финансијским дериватима, према Уредби о дериватима уговор се може закључити и путем електронске поште или *Bloomberg* терминала, односно на начин како је предвиђено оквирним уговором, што је супстанцијално одступање од традиционалне писане форме у смислу у којем је види Закон о буџетском систему. Исти закон оставља могућност другачијег регулисања, али само путем закона, а не и правног акта ниже снаге. Имајући то у виду, до следеће измене Закона о буџетском систему којом овај пропуст може бити решен, остаје донекле ограничен домашај модерног и практичног решења у погледу форме оквирног уговора коју предвиђа Уредба о дериватима.

Закон о буџетском систему је у још једном делу неконзистентан са Уредбом о дериватима. Наиме, док Уредба о дериватима даје овлашћење Управи за јавни дуг да чува одговарајуће доказе о обављеним посло-

21 Закон о буџетском систему, *Службени гласник РС*, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019 и 72/2019, чл. 50.

22 Закон о буџетском систему, чл. 56.

вима и објављује статус послова са финансијским дериватима,²³ Закон о буџетском систему не прави изузетак у погледу оквирних уговора о трговању са дериватима када прописује обавезу свих буџетских корисника да Управу за трезор обавештавају о намери преузимања обавезе, о преузимању обавезе након потписивања уговора и о свакој промени уговора, као и да преко Управе за трезор подносе захтев за плаћање на начин предвиђен Законом о буџетском систему.²⁴ Опет до следећих измена Закона о буџетском систему, којима би се могли предвидети одређени изузеци од ових одредаба када су у питању стандардизовани оквирни уговори о трговини са дериватима, остаје нејасно како се процедура предвиђена Уредбом о дериватима поклапа са Законом о буџетском систему и у којој мери кореспондирају, а у којој само стварају додатни, беспотребни административни притисак.

4. Јавне набавке

И поред релативно скорих измена Закона о јавним набавкама крајем 2019. године, остала је недоречена примена овог закона када су у питању ISDA оквирни уговори. Наиме, иако постоје разумне индиције да се послови са финансијским дериватима могу подвести под неки од изузетака од примене процедуре јавних набавки, имајући у виду ништавост као могућу санкцију, уколико се испостави и неко докаже да су се прописи о јавним набавкама имали применити, било би добро да се овај изузетак учини недвосмислено јасним у будућим изменама закона. До тада нам преостаје да тврдимо да је неки од следећих изузетака довољан да оправда искључење примене процедуре јавних набавки на послове са финансијским дериватима по основу ISDA оквирног уговора:

- изузетак у погледу финансијских услуга у вези са издавањем, продајом, куповином или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената у смислу закона којим се уређује тржиште капитала;
- изузетак у погледу зајмова и кредита, без обзира на то да ли су у вези са продајом или преносом хартија од вредности или других финансијских инструмената.²⁵

Јасно је да је први изузетак ближи пословима о којима говоримо, међутим до забуне може доћи јер поменути изузетак упућује на финансијске инструменте у смислу закона којим се уређује тржиште

23 Уредба о дериватима, чл. 13–14.

24 Закон о буџетском систему, чл. 56.

25 Закон о јавним набавкама, *Службени гласник РС*, бр. 91/2019, чл. 12 ст. 1 тач. 6–7.

капитала, док се Закон о тржишту капитала не примењује на трговину изведеним финансијским инструментима (тј. финансијским дериватима којима се тргује на ОТЦ тржишту),²⁶ из ког разлога би било препоручљиво додатно појаснити наведени изузетак.

5. Прописи о девизном пословању

Пре доношења Уредбе о дериватима, веома је упитна била примена девизних прописа на послове са финансијским дериватима када је уговорна страна Република Србија, а њен сауговорач нерезидент. Бројна ограничења која поставља Одлука о дериватима²⁷ која се односе, пре свега, на врсте деривата са којима Република Србија може трговати, форму уговора којим се може трговати, валуту трговања и слично, дефинисана су или отклоњена доношењем Уредбе о дериватима, док у погледу девизних ограничења преостају само она општа која се односе на све врсте прекограничних послова (нпр. општа ограничења у погледу пребијања, преноса потраживања и дуговања и слично).

III Врсте финансијских деривата подобних да буду предмет ISDA оквирног уговора када је Република Србија уговорна страна

Најчешћи деривати који се срећу у привредним пословима данашњице односе се на заштиту од ризика, и то пре свега валутног ризика и каматног ризика, а најчешће могу бити у облику свопа (енгл. *swap*) или форварда (енгл. *forward*) и њима се доминантно тргује управо на ОТЦ тржишту.²⁸ Исто је и када је у питању Република Србија као уговорна страна.

У том погледу, Уредба о дериватима је препознала и дефинисала најчешће финансијске деривате којима Република Србија тргује на ОТЦ тржишту, чак проширивши ту листу тако да обухвати све очекиване случајеве трговања и то су: каматни своп (енгл. *interest rate swap*), унакрсни валутни своп (енгл. *cross currency swap*), основни своп (енгл. *basic swap*), валутни своп (енгл. *FX swap*), опције (енгл. *options*), форвард (енгл. *forward*) и фјучерс (енгл. *futures*).²⁹ Уредба о дериватима прописује да

26 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016 и 9/2020, чл. 5.

27 Одлука о обављању послова са финансијским дериватима – Одлука о дериватима, *Службени гласник РС*, бр. 76/2018.

28 С. Рудић, 101–102; Милан Еремић, „Развој и актуелна структура глобалног тржишта деривата“, *Финансије*, бр. 1–6/2004, 41.

29 Уредба о дериватима, чл. 2.

се послови са финансијским дериватима могу закључивати искључиво ради заштите од ризика који имају утицај на износ и структуру јавног дуга и трошкове финансирања обавеза по основу јавног дуга.³⁰

Дакле, може се закључити да Уредба о дериватима препознаје широк спектар послова у које Република Србија може ући поводом трговине финансијским дериватима на ОТЦ тржишту. Међутим, сврха тих послова може бити искључиво заштита од ризика (енгл. *hedging*) и то усмерена на сервисирање јавног дуга и повезаних обавеза.

IV Сауговарачи Републике Србије у ISDA оквирним уговорима

Уредба о дериватима предвиђа прагове кредитног рејтинга могућих сауговарача Републике Србије приликом уласка у послове са финансијским дериватима. Ти прагови су одређени објективно и заснивају се на оценама познатих рејтинг агенција, при чему је минимум рејтинг БББ–/Баа3. У случају више различитих кредитних рејтинга, узима се у обзир први највиши рејтинг могуће уговорне стране. Уколико је могућа уговорна страна чланица групације, примењује се рејтинг њеног матичног друштва (са истим минималним рејтингом као и у погледу појединачног сауговорника који није чланица групе). Поред рејтинга саме уговорне стране, предвиђен је и минимални дугорочни рејтинг земље из које сауговорник потиче и постављен је на истом нивоу као и за самог сауговорника.³¹ Само изузетно Република Србија ће моћи да закључи посао трговине дериватима са уговорном страном чији је рејтинг испод минималне прихватљиве границе ако је потребно умањити ризик повезан са већ закљученим пословима са том истом уговорном страном, а по прибављању одобрења министра финансија (или од њега овлашћеног лица).³² Ако током трајања уговора другој уговорној страни рејтинг опадне испод минималног, постојећи послови могу остати на снази до њиховог доспећа уз претходно одобрење министра финансија (или лица од њега овлашћеног).³³ Дакле, неспорно је да је акценат уредбе био да регулише поузданост и репутацију сауговарача како би се обезбедила што боља контрола дисперзије ризика и контролисала изложеност Републике Србије у пословима са финансијским дериватима.

Уредба о дериватима не поставља никаква ограничења у погледу резидентности сауговарача, па треба сматрати да општа правила девиз-

30 Уредба о дериватима, чл. 3.

31 Уредба о дериватима, чл. 7.

32 Уредба о дериватима, чл. 8.

33 Уредба о дериватима, чл. 9.

ног пословања и ограничења која нису у супротности са посебним прописима када је у питању Република Србија (тј. Уредба о дериватима) остају примењива и у овом случају.³⁴ У том погледу не видимо препреке да се послови са дериватима закључују са нерезидентима (нпр. страним банкама и међународним финансијским институцијама, што ће у пракси најчешће и бити случај).

V Специфичности извршења ISDA оквирних уговора када је уговорна страна Република Србија – извршивост одредби о нетирању

Похвално је доношење посебног акта у виду Уредбе о дериватима којим се трговање финансијским дериватима на ОТЦ тржишту када је уговорна страна Република Србија ближе и издвојено регулише. Међутим, акценат овог акта као да је био на самој процедури закључивања уговора, док је детаљна разрада извршивости уговора изостала у кључним сегментима. Поред тога, остаје нејасно зашто је одабрано да се Уредба о дериватима јасно бави давањем средстава финансијског обезбеђења, управљањем и критеријумима за размену средстава обезбеђења, али пропушта да се бави поступком нетирања потраживања и дуговања Републике Србије која произлазе из оквирног уговора.³⁵ Разумемо да су у питању два могућа објашњења. Једно је да је поступак нетирања, чак и када је у питању Република Србија као уговорна страна, регулисан на јединствен начин у Закону о финансијском обезбеђењу,³⁶ а друго да се рестрикције пребијања предвиђене Законом о буџетском систему³⁷ примењују и у случају нетирања као посебног института везаног управо за измирење обавеза по основу стандардизованих оквирних уговора.

Наиме, Закон о финансијском обезбеђењу, који се превасходно бави успостављањем и извршењем финансијских обезбеђења, одређује сходну примену својих правила о нетингу и на друге финансијске уговоре. При том, финансијским уговором Закон о финансијском обезбеђењу сматра оквирни уговор или други уговор закључен на начин и у форми који су уобичајени у пословној пракси, чије су уговорне стране субјекти подобни у смислу Закона о финансијском обезбеђењу (Република Србија јесте подобна) и по основу кога за дужника настаје

34 Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018, чл. 16.

35 Уредба о дериватима, чл. 15–19.

36 Закон о финансијском обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 44/2018, чл. 20.

37 Закон о буџетском систему, чл. 49.

финансијска обавеза, а за повериоца право на новчано намирење, односно пренос новчаних средстава или финансијских инструмената.³⁸ У случају када је финансијска обавеза која проистиче из ISDA оквирног уговора обезбеђена финансијским обезбеђењем, примена овог прописа на Републику Србију као уговорну страну оквирног уговора о трговању финансијским дериватима је неспорна. Међутим, због дефинисања појма финансијске обавезе у самом закону, спорна је примена правила о нетирању када је у питању необезбеђени оквирни уговор.³⁹

С друге стране, поставља се питање домаћаја правила о наплати јавних прихода и примања по принципу готовинске основе у смислу Закона о буџетском систему⁴⁰ на институт нетирања како је предвиђен ISDA оквирним уговором. Наиме, сматрамо да наплата по принципу готовинске основе искључује примену правила о пребијању, па самим тим и нетирању. Међутим, исти члан Закона о буџетском систему оставља могућност за одступања од овог правила и то актом Владе. Остаје недоречено зашто самом Уредбом о дериватима ово питање није до краја решено и да ли је можда законодавац сматрао ово питање затвореним прописивањем посебних правила о нетирању у Закону о финансијским обезбеђењима. Имајући у виду горе наведене недоследности регулисања овог питања у Закону о финансијском обезбеђењу, сматрамо да би било прегледније и јасније ако би ова проблематика била неспорно разјашњена у некој од наредних измена Уредбе о дериватима, а идеално кроз измену Закона о финансијском обезбеђењу и/или Закона о буџетском систему, посебно имајући у виду значај ових послова за Републику Србију, а истовремено ризик којем је Република Србија изложена приликом уласка у сваки појединачни посао са финансијским дериватима.

VI Закључак

Иако су послови са финансијским дериватима по много чему специфични, што пре свега објашњава тежња за унификованом регулативом ових послова на ширем, глобалном нивоу, приметно је да су правила другачија и донекле још додатно комплекснија када је уговорна страна суверена држава, као што је Република Србија. Имајући у виду да је регулатива сваке земље када су у питању јавни дуг и буџетски систем осетљива и рестриктивна, не изненађују одступања од појединих општих правила пословања под окриљем ISDA оквирног уговора када је уговорна страна Република Србија.

38 Закон о финансијском обезбеђењу, чл. 20.

39 Закон о финансијском обезбеђењу, чл. 5.

40 Закон о буџетском систему, чл. 49.

Доношење посебне уредбе, којом се послови са дериватима када у њима учествује Република Србија регулишу одвојено од истих полова када у њима учествују традиционални привредни субјекти, је корак унапред. Међутим, одређени пропусти и недоследности, посебно када су у питању најважнији механизми функционисања ISDA оквирног уговора, и даље су присутни. Иако уставна и законска потпора за доношење ове посебне уредбе није спорна, идеално би било регулисати ову материју кроз посебан закон, како би се тиме дозволила одступања и од појединих законских решења, као што су прописи о јавном дугу, буџетском систему, јавним набавкама, финансијским обезбеђењима и слично, те би се ова материја на недвосмислен начин заокружила у једном изолованом систему. Сматрамо да је то, пре свега, од општег значаја за правилан и контролисан развој финансијског система у нашој земљи, имајући у виду кредитну активност Републике Србије, потребу за заштитом од ризика на финансијском тржишту и још увек присутну неизвесност трговања финансијским дериватима на ОТЦ тржишту.

Коришћена литература

- Vrana Paul E., Enochs Craig R., Mwamba Fundi A., How to Use the ISDA Master Agreement, 2002, доступно на адреси: <https://utcle.org/elibrary>, 12. 4. 2020.
- Вуковић Драгослав, „Трговински репозиторијум – нова инфраструктура тржишта ОТЦ деривата“, *Банкарство*, бр. 4/2012.
- Enochs Craig R., Pappenfus Jim, Bruner Ali, A Comparison of Terms Across Master Trading Agreements, 2019, доступно на адреси: <https://utcle.org/elibrary>, 12. 4. 2020.
- Еремић Милан, „Развој и актуелна структура глобалног тржишта деривата“, *Финансије*, бр. 1–6/2004.
- Јованић Татјана, „Правна природа споразума о нетирању и предуслови његове извршивости“, *Банкарство*, бр. 3–4/2008.
- Jomadhar Bhushan Kumar, The ISDA Master Agreement – The Rise and Fall of a Major Financial Instrument, 2007, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326520, 12. 4. 2020.
- Рудић Соња, *Улога деривата у управљању валутним ризицима на финансијском тржишту Србије*, Београд, 2016.

Marija VIĆIĆ

**Attorney at law in cooperation with Karanović & Partners,
PhD candidate at the University of Belgrade Faculty of Law**

THE REPUBLIC OF SERBIA AS A PARTY TO ISDA MASTER AGREEMENT ON FINANCIAL DERIVATIVE TRANSACTIONS

Summary

This article summarizes Serbian legislative framework on regulation of financial derivative transactions on OTC market when a party to the transaction is the Republic of Serbia. Main focus of the article is the analysis of capacity and due authorizations of the Republic of Serbia as a sovereign state to enter into ISDA Master Agreement taking into account practical use and reach of that model agreement in commercial transactions. First part of the article explains background and history of ISDA Master Agreement and its general functioning and main principles. Second part of the article focuses on up to date Serbian legislation on financial derivative transactions on OTC market with a state as a party. Financial derivative transactions with the Republic of Serbia are regulated by the special bylaw rendered in mere end of 2019, however there are still numerous linked legislations which should be observed when the Republic of Serbia enters into financial derivative transaction under ISDA Master Agreement. We focused on budgetary regulations, public debt general rules, public procurement, foreign exchange operations and financial collaterals legislation in this article.

Key words: ISDA Master Agreement. – The Republic of Serbia. – Financial Derivatives. – OTC Market.

Датум пријема рада: 20. 4. 2020.

Датум прихватања рада: 16. 5. 2020.

ПРИКАЗИ

Бисера НЕДЕЉКОВИЋ*

студент мастер студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

Katia Fach Gómez

***Key Duties of International Investment Arbitrators –
A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas***
Springer, 2019.

Књига „Кључне дужности арбитра у међународној инвестиционој арбитражи – транснационална студија правних и етичких дилема“ ауторке Катје Фач Гомез представља једну од првих студија која се детаљније бави дужностима арбитра у инвестиционим арбитражама. Основни циљ је да се стручној и научној јавности представи значај увођења не само правне, већ и етичке димензије у домен инвестиционих арбитража, те да се детаљније уреде дужности, али и одговорност за кршење дужности арбитра у инвестиционим арбитражама. Ради бољег сагледавања уређења дужности, ауторка често прави паралелу са уређењем овог питања у домену трговинских арбитража.¹ Посебна

* Електронска адреса аутора: barbulovicbisa@gmail.com.

1 Поједини аутори истичу да извођење разлика није тако једноставно, будући да ни инвестиционе арбитраже нису „хомогена класа“. Вид. Марко Јовановић, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 348. Ипак, разлике су и даље значајне упркос томе што постоји приближавање ових двају врста арбитража поводом регулисања одређених питања. За више детаља вид. Мирослав Пауновић, „Основне особености инвести-

вредност књиге се огледа у томе што нуди одговоре на бројна питања и предлаже начине на које проблеми у погледу дужности могу да се превазиђу у будућности кроз реформисање института дужности.

Књига је подељена на седам поглавља. **Прво поглавље** је уводног карактера, у њему ауторка разматра значајне догађаје који су водили ка успостављању ефикаснијих механизма решавања међународних инвестиционих спорова. Тренутно стање није задовољавајуће будући да је решавање инвестиционих спорова путем постојећих механизма решавања показало значајне слабости. Оно што се посебно истиче као недостатак јесте недостатак демократичности, те нарочито случај да јавни интереси бивају потиснути. Након спознаје да је неопходна реформа постојећег начина решавања инвестиционих спорова, уследила је серија докумената и извештаја који су се бавили питањима дужности и у којима су истакнуте главне слабости у вези са постојећим начином уређења дужности арбитра. У овом тренутку, уређење дужности не само да карактерише фрагментарност прописа, већ често и изостанак довољно детаљних правила. Поред тога, чини се да је питање дужности, нарочито њихов етички аспект, у великој мери било запостављено, те је често измицало пажњи писаца конвенција и правила институционалних арбитража (на првом месту правила ICSID – *International Center for Settlement of Investment Disputes* (Међународни центар за решавање инвестиционих спорова)). У теорији је, уистину, било разматрања дужности, али су она била или сувише општа или је предмет разматрања била само конкретна дужност, а ретко систематично излагање дужности. Стога је ауторка одлучила да у својој књизи детаљније размотри дужности које нису биле предмет детаљнијег разматрања, као што је то случај са дужностима независности и непристрасности, али је пажња посвећена и дужностима транспарентности (објављивања), интегритета, пажње и другим дужностима од значаја. Након уводних разматрања, излагање се усмерава на анализу плуралитета извора којима се уређују дужности арбитра. Један од приоритета у будућности је управо уклањање постојећег несклада између различитих извора. Нарочито се инсистира на томе да би у регулативи требало посветити више пажње санкцијама уколико арбитраи занемарују своје дужности, било тако што ће се успоставити међународна институција која би се тиме бавила, било препуштањем арбитражним институцијама да уреде питање одговорности путем саморегулације.

Друго поглавље је посвећено разматрању дужности објављивања и подељено је на осам подналова. Не само да је истакнут значај ове

ционих арбитража“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 173–189; Марија Крвавац, „Решавање спорова пред ICSID арбитражом“, *Право и њивреда*, бр. 10–12/2018, 55–69; М. Јовановић, 345–364.

дужности у најранијој фази поступка, због чега и не чуди да се ова дужност уско везује за дужност независности и непристрасности, већ је њен значај несумњив и у вези са самом организацијом арбитраже. Ауторка критикује *интерпретацију дужности* у оквиру ICSID-а наводећи да се ова дужност каткад превише благонаклоно интерпретира, те да арбитра услед тога измичу санкционисању. Поред интерпретације, проблем у вези са дужношћу објављивања је *недовољно јасан материјални домен примене* ове дужности, што се умногоме може приписати чињеници да арбитражне институције често не нуде образац ове изјаве, што је несумњиво имало утицаја на форму и садржину изјаве. Није увек извесно о којим чињеницама је арбитар дужан да да изјаву – да ли је реч о обелодањивању сваког односа са странкама или само оног који би могао да угрози непристрасност, односно да ли у обзир долазе и околности које би хипотетички (потенцијално) могле да доведу до проблема. Предлози иду ка томе да правила буду мање оријентисана ка арбитрама (*Arbitrator-centred*), те да се стандард објективизује и да се узму у обзир очекивања различитих актера у поступку, а не искључиво арбитра или странака. Нарочито су проблематични случајеви када се арбитра изговарају да одређене информације нису обелоданили јер је реч о информацијама које су познате јавности, да се могу подвести под „ноторне“, односно да су биле или морале бити познате странкама у спору. Ово питање је било спорно у бројним предметима у којима се преиспитивала дужност арбитра да обелодане одређене информације. Питање информација које су познате јавности је уско повезано са питањем релевантности чињеница које би требало да се обелодане. Читав поднаслов је посвећен *биографији* арбитра, која може бити веома корисна за унапређење нивоа транспарентности, али само под условом да пружа довољно информација, да је приступ ефикасан и да је реч о информацијама које су поуздане и редовно ажуриране. Следеће важно питање јесте *шренушак* у којем се приступа обелодањивању информација од значаја. Када се има у виду значај и повезаност обелодањивања са дужностима независности и непристрасности, онда је чудно да се према ICSID правилима не морају обелоданити информације пре него што лице ступи на дужност, док се супротна решења могу срести у области трговинских арбитража. *Дужности истраживања* у контексту обелодањивања информација постаје све актуелније питање у вези са дужностима арбитра. Инсистира се на томе да су арбитра не само дужни да објаве одређене информације, већ и да истраже које чињенице и информације су таквог значаја да би требало да буду обелодањене. Дакле, ради се о јачању дужности информисања, те се истиче да су арбитра дужни да „пажљиво“, односно „исцрпно“ истраже које чињенице завређују да буду објављене. На самом крају овог поглавља, посебно се истиче улога арбитражних институција у dome-

ну дужности објављивања, те се од њих очекује да заузму централну улогу у едукацији арбитра у погледу садржине објављивања (примера ради, кроз организовање радионица). Друга важна улога институција је санкционисање оних који не поступају у складу са дужностима, што је дубоко проблематично у пракси будући да се санкције ретко изричу или су врло благе.

Треће поглавље се детаљније бави односом дужности објављивања и сукобом интереса. У овом поглављу је пажња усмерена на анализу решења Смерница о сукобу интереса у међународним арбитражама ИВА (*International Bar Association*). Од самог почетка је била јасна интенција да се смернице примењују и на инвестиционе арбитраже. У последњих неколико година су у бројним случајевима у којима су се преиспитивале одлуке ICSID-а ова правила послужила као основ одлуке, премда није било експлицитних позивања на правила изложена у њима. То довољно говори о њиховом значају и утицају, упркос томе што се стално истиче њихов необавезујући карактер (што је уосталом јасно истакнуто и у самим Смерницама ИВА). Треће поглавље је посвећено разматрању три посебна питања у вези са сукобом интереса у контексту међународне инвестиционе арбитраже. То су: *вишеструко (ионовљено) именоване* арбитра од стране истог лица или са њим повезаних лица, тзв. *Issue conflict* и *Multiple hatting*.

Када је реч о првом проблему, *вишеструком именовану арбитра*, присутна је дилема да ли појам треба да обухвати само више именоване од стране једне странке (и са њом повезаних лица) или да се прошири на одређени тип странке (држава или инвеститор). По некима домен примене треба проширити и случајеве када је одређени арбитар ангажован у споровима које је карактерисало слично чињенично стање. Ово с обзиром на то да је учестала појава да арбитрари користе информације из претходних случајева, те да постоји тенденција примене права на исти начин у будућим случајевима, упркос томе што би чињенична подлога захтевала другачије решавање.

Други проблем, тзв. *Issue Conflict* се односи на појаву када арбитар већ има формирано мишљење у погледу одређеног проблема, односно када је арбитар пристрасан и гаји одређене предрасуде према одређеном чињеничном или правном питању. Дакле, арбитар се придржава ставова које је формирао кроз своје искуство у функцији арбитра, адвоката, приликом писања научних чланака и томе слично. Начин превазилажења тог проблема кроз обелодањивање информација је врло сложено питање, те није до краја јасно до које мере спада у домен објављивања информација нити да ли би арбитар требало да обелодани да је претходно објавио одређени чланак који се односи на то

питање, да је јавно иступао или јавно заузео став у погледу одређеног правног питања. Ту се поставља питање да ли иступање арбитра у јавности давањем изјава, објављивањем чланака и на друге начине има потенцијал да (значајно) компромитује независност и непристрасност арбитра.

Трећи проблем се односи на појаву која је окарактерисана као једна од кључних слабости у систему решавања инвестиционих арбитража. Реч је о појави када једно лице фигурира у више случајева, симултано или консекутивно, као арбитар или адвокат (*Double hatting*), али је овде пажња посебно усмерена на појаву (*Multiple hatting*), која обухвата шири круг функција које лице може имати: стручни саветник, секретар, лобиста, а не само арбитар или адвокат. Иако се проширење критикује, будући да се превиђа да прикупљање практичног искуства представља додатну вредност и заправо чини та лица мање финансијски зависним када се нађу у улози арбитра или адвоката. У супротном, стручна лица би могла бити обесхрабрена да прихвате функцију, те би само „неуки и наивни“ били доступни за обављање функција у вези са решавањем инвестиционих спорова. Друго важно питање у овом контексту је појашњење термина апсолутне или релативне инкомпатибилности, те обављања екстерних функција од стране арбитра док су ангажовани у поступку. У том смислу треба узети у обзир доступност арбитра и потребу да се осигура да арбитра буду довољно посвећени обављању посла арбитра, те да спољне активности не треба у томе да их ремете. То је подвучено не само у теорији, већ је постало предмет пажње регулатора који наглашавају значај доступности арбитра у смислу њихове посвећености и фокусирања на обављање ове дужности. Ипак, у овом домену су и даље отворена бројна питања у погледу материјалног и персоналног домена примене правила о неспојивости функција. У књизи је изложен још један повезан проблем, а то је период између више ангажовања, односно време које треба да протекне пре него што лице које је било арбитар може бити ангажовано као адвокат и обрнуто (тзв. *Cooling off periods*).

Четврто поглавље се бави *дужношћу њажње и инџејриџејшом* арбитра, као изузетно комплексним питањима. Временом, како су спорови који се поверавају арбитражама постајали све сложенији, те захтевали све више времена и стручности, тако је настала дилема како се изборити са захтевима који се постављају пред арбитра –неопходност да дужности обавља лично (као последица наглашеног *intuitu personae* карактера и аутономије воље у погледу избора арбитра) и да поседује професионалне квалитете и знања која се од њега (оправдано) очекују.

Како ангажовање арбитра у одређеном спору може дуго да траје, очекивано је да арбитар потражи помоћ од неких лица како би био у стању да се ефективно посвети решавању спора. Међутим, ангажовање, примера ради, административног секретара није наишло на разумевање, већ се појавила сумња у погледу *овлашћења арбитра да поједине дужности делегира на група лица*, а да притом не прекрши своје дужности, односно да не изигра поверење странака. Ово питање није доследно решено ни у домену трговачких арбитража, те је нејасно које дужности спадају у административне и које се стога могу поверити административном секретару. У пракси, стварност је да је делегирање послова честа појава и да су административни секретари важна карика у организационом и административном домену док се, са друге стране, не доводи у сумњу да поверавање не сме ићи до те мере да прелази у сферу доношења одлука уместо ангажованог арбитра. У циљу сужавања простора за злоупотребе и прекорачења овлашћења арбитра у домену делегирања послова, потребно је детаљније регулисати њихове улоге, нарочито кроз споразуме који претходе ангажовању арбитра у којима би се прецизирала овлашћења арбитра да делегира дужности, односно ближе одредила конкретна задужења административног секретара. Дакле, транспарентност је од великог значаја и у овом домену. Уобичајено је да се, углавном на иницијативу председника арбитражног већа, ангажује и асистент, који је по правилу лице са којим је арбитар већ имао професионалну сарадњу.

Следећа важна тема обрађена у овом поглављу је *доспирљивост и посвећеност арбитра*. Док неки текстови из области трговинске арбитраже остављају арбитрама више простора за флексибилност, те захтевају од њих да се посвете у разумној мери, други арбитрама остављају мање простора за дискрецију када је реч о доступности, те захтевају од њих да обелодане потенцијална ограничења у погледу времена током наредних неколико месеци. Дакле, циљ је да открију да ли су, примера ради, ангажовани у неколико арбитража, у ком својству (будући да различита својства изискују различит степен ангажовања) итд. Један од главних циљева је спречавање пролонгирања поступка и непотребних одлагања, нарочито с обзиром на то да је једна од главних одлика решавања спорова путем арбитраже управо експедитивност. Са друге стране, када је реч о *инвестиционим арбитражама*, важно је разликовати доступност у тренутку прихватања именована и доступност током трајања поступка. Када је реч о првом проблему, у материји инвестиционих арбитража њему није посвећена већа пажња. Исти случај је и са доступношћу током трајања поступка, док су неке друге организације направиле значајан корак напред (нпр. *NAFTA*, *TTIP*,

JEFTA...)). Међутим, постоје назнаке да би ова питања могла да буду решена у будућности, будући да је на јавним расправама посвећеним изменама ICSID регулативе истакнут њихов значај, те су упућени предлози у погледу даљег правца развоја регулативе у односу на ова питања.

Примерено понашање арбитра је одувек окупирано пажњу не само теорије, већ и праксе. Без сумње, постоје заједничке особине које су прокламоване различитим документима, те постоји сагласност око тога да арбитар треба да се понаша примерено, да не гаји предрасуде у погледу расе, пола, вере, година... Стрпљиво, достојанствено и примерено понашање према свим учесницима у спору и свим лицима ангажованим у било ком својству је препознато као неопходно. Упркос томе што је примерено понашање чак постало неизбежан део свих важнијих текстова у области трговинске и инвестиционе арбитраже, чини се да се на њега није гледало као на нарочито важан сегмент, те нема много случајева у којима су странке тражиле разрешење услед непримереног понашања арбитра, али и у оним случајевима када је покренуто питање понашања, утисак је да се благонаклоно гледало на преступе појединих арбитра.

Пето поглавље је посвећено разматрању *јоверљивости*, поводом којег постоје значајне разлике не само у погледу разумевања овог појма, већ и у регулисања поверљивости у праву трговинских и инвестиционих арбитража. У *трговинским арбитражама* ова област није хомогено уређења, те се у различитим законодавствима ово питање различито тумачи и у судској пракси, што се у великој мери дугује чињеници да није извесно да ли дужност поверљивости настаје на основу постојања арбитражног споразума или је неопходно да она међу странкама буде додатно уређена. Када се поверљивост посматра у ужем смислу, као дужност арбитра, ситуација је далеко јаснија, те је неспорно да је он дужан да чува поверљивост и да је везан дужношћу професионалне тајне и то како током трајања поступка, тако и након његовог завршетка. Такође, не само да арбитар не сме да користи информације до којих је дошао у својству арбитра, већ их не сме откривати другим лицима у циљу стицања користи за себе или друге. По природи ствари, ограничен је домен примене ове дужности, те повреда неће постојати у случају када арбитар обелодани неправилности и повреде прописа до којих је дошло током трајања поступка. Када је реч о *инвестиционим арбитражама*, чини се да је дужност поверљивости једна од ретких која је прецизније дефинисана и уређена у праву инвестиционих арбитража него што је то случај са трговинским арбитражама. ICSID правила садрже широку формулацију ове дужности, те предвиђају дужност арбитра да потпише изјаву у одређеној форми, те се арбитар обавезује да чува као поверљиве податке информације које сазна током трајања поступка. Заједничко

свим текстовима који се баве овим питањем јесте и то што се ова дужност односи и на неоткривање ставова учесника у спору или одлука пре него што буду званично објављене.

У **шестом поглављу** се укратко разматрају друге дужности. У одређеном смислу, ово поглавље има резидуални карактер (чиме се не прејудуцира значај дужности изложених у њему) у односу на претходна поглавља, те углавном садржи кратка излагања. Ауторка је ограничила истраживање на дужност контроле арбитражних трошкова и дужност континуираног усавршавања, као дужности које до сада нису уживале пажњу као неке друге дужности. Обе дужности су од великог значаја, те се у овом поглављу поред анализе тренутног стања, које се не може оценити као задовољавајуће, предлаже како би у будућности требало уредити ове две дужности. Континуирано усавршавање постаје неопходно у садашњим условима, будући да су пословни односи све комплекснији, те самим тим и спорови који одатле произлазе су таквог карактера да захтевају све већи степен професионалног знања, вештина и способности. Осим тога, поседовање таквих знања и вештина јасно издваја арбитраже који их поседују, те су они на неки начин „конкурентнији“.

Најзад, у последњем – **седмом поглављу** је пружен кратак преглед истраживања и тренутног стања дужности у области инвестиционих арбитража. Уочене су бројне слабости, као и простор за побољшање регулативе која уређује дужности. Истакнут је значај дужности које до сада нису биле предмет пажње регулатора, те су понуђена решења којима би регулатива у области инвестиционих арбитража била не само комплетнија, конзистентнија, већ би се посебно инсистирало и на успостављању одговорности арбитра.

Књига обилује не само научним изворима, већ и анализом судске праксе. Књига је од значаја и за српско право будући да су инвестиционе арбитраже, иако новији феномен од трговинских арбитража, добиле значајан простор када је реч о потреби да се заштите инвеститори из једне чланице уговорнице у држави у којој се остварује инвестициони подухват (држава пријема). Како је Србија последњих година једна од држава која тежи привлачењу инвестиција,² уређивање решавања инвестиционих спорова и дужности арбитра је важно питање. Стога, ова књига представља ваљану основу за продубљивање знања из области инвестиционе арбитраже, нарочито стога што садржи богату литературу и судску праксу. Посебан квалитет књиге се огледа у томе што је не одликује само снажна теоријска, већ и практична димензија.

2 У овом приказу неће бити речи о целисходности и примерености начина на које се инвестиције „привлаче“ у Србију, нити о позитивним и негативним ефектима те појаве.

Коришћена литература

Крвавац Марија, „Решавање спорова пред ICSID арбитражом“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2018.

Јовановић Марко, „О неким разликама између трговинске и инвестиционе арбитраже“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.

Пауновић Мирослав, „Основне особености инвестиционих арбитража“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.

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

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“

У ОВОМ БРОЈУ ИЗДВАЈАМО:

Љубиша Дабић, Марко Радовић

Судска пресуда као основ престанка друштва капитала

Зоран Р. Томић

Множина воља код настанка управног акта

Дијана Марковић-Бајаловић

Адекватност управносудске заштите у материји повреда конкуренције

Драган Вујисић, Борко Михајловић

Подизање нивоа заштите потрошача кроз вансудско решавање спорова

Владимир Козар, Немања Алексић

Последице отварања стечајног поступка у српском процесном праву

Владимир Чоловић

Вишеструко заступање у осигурању (са посебним освртом на овлашћења заступника и његов статус према посреднику – брокеру)

Сања Данковић Степановић

Одлука професионалног удружења као облик рестриктивног споразума

Ранко Совиљ

Тржиште зелених хартија од вредности – стање и перспективе

Сања Стојковић Златановић

Право запослених на партиципацију у (радним) кооперативама – пример Европског задружног друштва

Јована Величковић

Оспоравање пуноважности одлука одбора директора у судском поступку

Маша Мишковић

Уговорна одговорност складиштара

Петар Мишковић

„Клиничка слика“ и „лечење“ корона вируса приликом куповине удела

Стефан Јовановић

Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси