



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
3

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 Тирић.

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
3

2020

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

Мирко ВАСИЉЕВИЋ	
Привредна друштва и привредно судство	7
Александар ЋИРИЋ	
(Не)ефикасност судства у материји привредних спорова	55
Тайјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ	
Хармонизација прекограничних кретања привредних друштава у праву ЕУ	81
Никола БОДИРОГА	
О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку.	117
Јелена ЂЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ	
Еволуција судске праксе у погледу тумачења стандарда посредне одговорности у жиговном праву САД	141
Јелена ЛЕПЕТИЋ	
Оспорена потраживања и медијација у српском стечајном праву – <i>de lege lata</i> и <i>de lege ferenda</i>	156
Марко ЈОВАНОВИЋ	
Сингапурска конвенција као нови елемент правног оквира за међународну трговинску медијацију.	177

Свeйислав ЈАНКОВИЋ

Правни положај возача у *Uber* систему превоза путника 201

Свeјeлaнa ИВАНОВИЋ

Коришћење туђег ауторског дјела – између слободе изражавања и повреде ауторског и сродних права 220

Мирјана ГЛИНТИЋ

Основне карактеристике осигурања живота корисника кредита 237

СТРУЧНИ РАДОВИ

Илија БАБИЋ

Право прече куповине удела члана друштва с ограниченом одговорношћу 254

Ранка РАЧИЋ

(Не)дозвољеност уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у праву Босне и Херцеговине 270

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милица ГОРАВИЦА

Сузбијање непоштене продаје производа осигурања према Директиви о дистрибуцији осигурања 289

Андреа ЂУРОВИЋ

Паметни уговори као иновација у праву осигурања 305

Димитрије ЈОВАНОВИЋ

Уговорна одговорност пројектанта 318

ПРИКАЗИ

Александра АНДРЕЈИЋ

Борис Беговић, Александра Јовановић, Бранко Радуловић, *Економска анализа љрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019. 335

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

Mirko VASILJEVIĆ	
Commercial Companies and Commercial Courts	7
Aleksandar ĆIRIĆ	
(In)Efficiency of the Judiciary in the Matter of Commercial Disputes	55
Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ	
Harmonization of EU Law on Cross-Border Movement of Companies	81
Nikola BODIROGA	
On Initiative of Supreme Court of Cassation for Amendments to the Civil Procedure Code	117
Jelena ĆERANIĆ PERIŠIĆ	
Evolution of Case Law Regarding the Interpretation of the Secondary Liability Standard in U.S. Trademark Law	141
Jelena LEPETIĆ	
Disputed Claims and Mediation in Serbian Insolvency Law – <i>De Lege Lata</i> and <i>De Lege Ferenda</i>	156
Marko JOVANOVIĆ	
The Singapore Convention as a New Element of the Legal Framework Applicable to International Commercial Mediation	177

<i>Svetislav</i> JANKOVIĆ	
The Legal Position of Driver in the <i>Uber</i> Transport of Passengers	201
<i>Svjetlana</i> IVANOVIĆ	
Use of Copyrighted Works – Between Freedom of Expression and Infringement of Copyright and Related Rights.	220
<i>Mirjana</i> GLINTIĆ	
Main Characteristics of Credit Life Insurance	237
PROFESSIONAL PAPERS	
<i>Ilija</i> BABIĆ	
Pre-Emption Right of Shareholder to Acquire Shares in the Limited Liability Company	254
<i>Ranka</i> RAČIĆ	
(Im)Permissibility of Contracting the Fee for Loan Processing Costs in Bosnia and Herzegovina Law.	270
STUDENT PAPERS	
<i>Milica</i> GORAVICA	
Suppression of Unfair Sales of Insurance Products under the Insurance Distribution Directive.	289
<i>Andrea</i> ĐUROVIĆ	
Smart Contracts as an Innovation in Insurance Law.	305
<i>Dimitrije</i> JOVANOVIĆ	
Contractual Liability of a Project Engineer	318
BOOK REVIEWS	
<i>Aleksandra</i> ANDREJIĆ	
Boris Begović, Aleksandra Jovanović, Branko Radulović, <i>Ekonomska analiza prava</i> , Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.	335

НАУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.72.04:347.921.6(497.11) ; 347.918

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003007V

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**^{*}
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
председник Сталне арбитраже Привредне коморе Србије

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА И ПРИВРЕДНО СУДСТВО¹

Сажетак

Компанијској правна регулатива привредних друштва, као сфера материјалној права, сама по себи није и не може бити зашворен систем. Практичан правни животи бројних материјалноправних институција компанијској права могуће је само у комплетном правном окружењу и у финој сарадњи материјалноправне и процесноправне регулативе. У овом тренутку српску правну сцену одликује евидентан раскорак између тежњи закона који уређује сферу материјалној права привредних друштва (Закон о привредним друштвима) да прати трендове истовремене регулативе водећих европских земаља и хармонизоване регулативе из ове сфере на нивоу ЕУ и закона који уређују послове извршења ових институција у пракси, како парничне, тако и ванпарничне; како судске, тако и арбитражне. Ово, наравно, не значи да је у сваком погледу и регулатива материјалноправних институција, посебно институција који имају и своју процесну страну, сасвим прихватљива и узорна.

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

¹ Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2020. годину.

У овом раду аутор критички размајра, пре свега, недостигајке српске комјанијске реулајиве која уређује инстјијуте материјалној йрава, а који имају и одговарајуће йроцесне асјекте: арбјйрабилностј унутрашњих комјанијскојравних сјорова (чланови друштва – чланови, чланови – уйрава, чланови йривредној друштва – друштво) и уређених йосебних комјанијскојравних йужби (арбјйрабилностј дериватјивне йужбе, арбјйрабилностј индивидуалне йужбе, арбјйрабилностј йужбе класе акција); недостигајке уређења материјалнојравној режима дериватјивне йужбе који узрокују њено рејко йрисусјтво у судској йракси; недостигајке уређења йравној режима индивидуалне йужбе (йосебно на йлану йротјезања и у зону йосредне – рефлексне шјетје), као и недостигајке уређења йравној режима йужбе класе акција, као вршје колективне йужбе (йосебно њеној дејства на неучеснике йосјуйка) и рејрезентјатјивне йужбе. Аутор закључује да је йотјребно у материјалној реулајиви ојклонитји сваки основ мојућеј йумачења да инјтерни комјанијскојравни сјорови нису арбјйрабилни (мојућностј ујоварања арбјйражној решавања), као и да је йотјребно извршитји озбјљне йромене йосјојеђе йроцесне реулајиве како би йроцесни асјектји комјанијскојравних йужби били несјорни (йријовор литјисјенденције и йријовор *res iudicata* – йотјреба йосјојања само објективној идентјитјетја йредметја сјора, йрошкови йосјуйка код дериватјивне йужбе, дејсјво йужбе класе акција и на неучеснике йосјуйка, йрактјични асјектји рејрезентјатјивне йужбе и слично). Најзад, аутор се залаже и да се за бројне ванјарничне йосјуйке, за које је ујврђена само надлежностј йривредној суда, ујврди и мојућностј алјтернатјивне надлежностји јавних бележника, који и иначе врше бројне ванјарничне йосјуйке (овим би се делом комјензирало скоро йотјуно неойравдано искључење јавних бележника из сфере комјанијској йрава у српском јавнобележничком йраву).

Кључне речи: Привредна друштва. – Дериватјивне йужбе. – Индивидуалне йужбе. – Колективне йужбе. – Привредни суд и арбјйраже. – Комјанијско йраво. – Арбјйрабилностј.

I Уводне одреднице

Учешје судија специјализованих привредних судова у компанијском праву (компанијскоправне тужбе, судско разрешење органа друштва, судско искључење члана друштва, привремени заступник друштва, остваривање права мањинских и несагласних чланова друштва, имовинска одговорност чланова управе друштва, спорови међу члановима друштва и спорови чланова друштва са друштвом, спорови чла-

нова друштва и управе друштва, спорови управе друштва и друштва, ништавост оснивачког акта и друштва, ништавост одлука скупштине друштва и евентуално одлука других органа друштва, реорганизација, ликвидација, банкротство и слично) предмет је озбиљне расправе. Ове расправе трају како међу правницима, тако и међу економистима. У фокусу пажње је сврсисходност укључивања суда у бројним питањима компанијскоправног живота. Оспорава се, између осталог, и постојање довољне и потребне специјализованости судија за компанијскоправна питања (укључујући и питања ликвидације, реорганизације и банкротства) која немају казнену природу (признаје се чак да је то случај и у колеџи компанијског права – Великој Британији, али се одаје признање судијама америчке државе Делавер (*Delaware*), који имају пажње вредну праксу засновану на пословним потребама и потребама правне сигурности).²

Српско компанијско право, чини се, општој теми одређења правог обима потребе учешћа суда у компанијскоправном животу додаје и питање арбитрабилности компанијскоправних парничних поступака, с обзиром на то да утврђује изричито само надлежност суда. Како је арбитрабилност компанијскоправних парничних поступака (могућност уговарања арбитражног решавања) опште прихваћена у упоредном праву, а како је непостојање арбитрабилности основ за поништај домаће арбитражне одлуке или признање и поништај иностране арбитражне одлуке, то је потребно јасно утврђење могућности уговарања оваквог решавања унутрашњих компанијскоправних спорова. Српско материјално компанијско право такође утврђује искључиву судску надлежност за бројне ванпарничне поступке, а чини се да нема посебног разлога да се не утврди и паралелна алтернативна надлежност јавних бележника, који и иначе обављају бројне ванпарничне поступке као изворне или судски поверене. Коначно, српско парнично и ванпарнично право изгледа да није свесно потребе да следи бројне материјалноправне институте компанијског права и да у домену своје надлежности уреди њихов процесни изглед (парнични или ванпарнични), како би се омогућио и њихов стваран правни живот.

2 Вид.: Brian R. Cheffins, *Company Law – theory, structure and operation*, Oxford, 2004, 308–363; John Charlesworth, *Charlesworth's Business Law*, London, 1991, 396–430; John Birds, Eilís Ferran, Charlotte Villiers, *Boyle & Birds' Company Law*, London, 1995, 491–512; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 410–426; Robert P. Austin, Ian M. Ramsay, Harold A. J. Ford, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007, 667–693; Robert Thompson, Randall Thomas, „The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 257–269.

II Привредна друштва и привредни суд и/или арбитраже

Арбитрабилност (подобност за решавање спорова путем арбитраже)³ у области интеркомпанијскоправних спорова варира од земље до земље,⁴ и чак у истој земљи може варирати у различитим временима, с обзиром на то да је реч о концепту који се мења временом.⁵ Тренду развоја наклоности ка арбитражи (институционалној или *ad hoc*)⁶ већ дуже времена доприноси свакако повећани број арбитражних спорова на међународном нивоу, како у домену комерцијалних арбитража, тако и у домену инвестиционих арбитража, што је узроковало да и национални нивои држава постану више пријатељски расположени према арбитражи. Ипак, присутност овог тренда не значи и униформност гледања на потребе ширења домена објективне арбитрабилности. У овом погледу, чини се, могућа је идентификација неколико праваца – система.

Први систем, систем САД, одликује скоро универзална арбитрабилност (посебно постојање претпоставке арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова; ипак, амерички судови су први пут при-

- 3 Вид.: Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 213–328, 373–461; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 197–407, 563–1232; Alan Redfern, Martin Hunter, *International Commercial Arbitration*, London, 1992, 137; Tibor Varady, John J. Barceló, Arthur T. von Mehren, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul – Minn, 1999, 220–266; Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, 92–108; Toni Deskoski, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016, 161–177; Miodrag Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000, 231–323; Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013, 73–142; Gašo Knežević, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999, 32–50; Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009, 45–68; Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998, 41–219; Aleksandar Jakšić, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 2003, 193–298.
- 4 Питање арбитрабилности је углавном под контролом националних судова и закона, јер је упитно да ли међународни или транснационални појам арбитрабилности уопште и постоји. Ипак, иако национални концепт, арбитрабилност има међународни развој. Вид. Loukas A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 1, 6.
- 5 Г. Борн прави у овом погледу поделу на земље „*pro-arbitration presumptions*“ (САД, Енглеска, Швајцарска, Немачка, Италија, Канада), земље „*restrictive presumption*“ и земље „*no pro-arbitration*“ или „*restrictive presumption*“. G. Born, 167–179. Ленеуз покушаја дефинисања самог појма „арбитрабилности“ вид. код L. A. Mistelis, 4–6.
- 6 О развоју и ширењу домена арбитрабилности вид. нарочито: G. Born, 766–788; P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, 347–373; Editorial, „Arbitrability special issue“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996, iii-ix.

знали надлежност арбитраже за одлучивање о деривативној тужби тек 1994. године)⁷ и ерозија тзв. „*domaine réservé*“ државних судова⁸ (арбитрабилност и код домаћих, а посебно код међународних арбитража постаје све више правило, а не изузетак, чиме се јавни поредак као империјум државе све више сужава – *the principle of favour arbitris*).⁹ Блиске овом систему су и арбитражне праксе низа других земаља које објективну арбитрабилност, укључујући и интеркомпанијскоправне спорове,¹⁰ решавају генералном формулом (ретко лимитативно или

7 Mark Berger, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review*, Vol. 56, Nr. 3/2004, 800–805; Jeffrey A. Sanborn, „The Rise of Shareholder Derivative Arbitration in Public Corporations: In Re Salomon Inc. Shareholders’ Derivative Litigation“, *Wake Forest Law Review*, Vol. 31, Nr. 1/1996, 337–338.

8 Својим одлукама Врховни суд САД-а је драстично смањио обим јавног поретка као препреке арбитрабилности, чиме је знатно проширено поље арбитрабилних спорова (обухватајући чак и *non-core* стечајне поступке), што је „арбитражу померило од трговачког суда ка грађанском суду опште надлежности“. Вид. M. Berger, 753–805.

9 У САД се сматра да је дуготрајна судска ненаклоност арбитражи почела да се окончава доношењем Федералног арбитражног закона из 1925. године (*Federal Arbitration Act 1925*). Вид. Joseph T. McLaughlin, „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996, 113–136; T. Varady, J. J. Barceló, A. T. von Mehren, 220–266; Alexander Brabant, Maxime Desplats, Séréna Salem, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015, 144–150.

10 Тако у француском праву и пракси објективна арбитрабилност корпоративних спорова обухвата: спорове произашле из уговора чланова (акционара) друштва, спорове из продаје удела или акција друштва нејавним путем (чак и ако продаја није предузета у вези са професионалном делатношћу), спорове из поништаја одлука скупштине друштва, спорове о одговорности чланова органа друштва по основу тужби друштва или чланова друштва деривативним тужбама за друштво (Апелациони суд у Паризу одбио је захтев за поништај арбитражне одлуке сматрајући спор арбитрабилним на основу арбитражне клаузуле у статуту друштва (одлука п. 13/09282 од 7. 10. 2014. године)), спорове из именованја *ad hoc* управника – заступника друштва у случају блокаде рада органа друштва ради сазивања скупштине друштва или гласања уместо несасгласних мањинских чланова друштва, ништавост компаније, престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка. Вид. A. Brabant, M. Desplats, S. Salem, 148–150.

У Енглеској (и Велсу), основни принцип Арбитражног закона из 1996. године (*Arbitration Act 1996*) је слобода уговорних страна да, уз ограничење јавног поретка, уговоре што год желе, укључујући пожељни форум решавања спора (чл. 1). У складу с овим принципом, корпоративни спорови се сматрају арбитрабилним у складу са закљученим арбитражним уговором који има релативно дејство (само према уговорним странама, а не и према трећим лицима). Одговарајући први прецедент на ком је заснован овај став је *Fulham Football Club (1987) Ltd. V. Richards*. Енглеска законодавна комисија је 1996. године предложила да арбитражна клаузула буде саставни део оснивачког акта компаније, али се даље од тог предлога није отишло, јер су две ствари фигурирале као нејасне: питање заступања акционара у арбитражном процесу и како права акционара који нису укључени у процес могу бити погођена исходом арбитраже. Вид. James Carter, Sophie Payton, „Arbitration

набрајањем појединачних случајева) могућности уговарања арбитраже „за решавање спорова који се тичу права којима странке могу слободно располагати“¹¹ (*argumentum a contrario*, права којима се не може слободно располагати, попут личних – грађанских права, као део јавног поретка – империјум државе, нису арбитрабилна). Иако је реч о формули која није прецизније дефинисана, ипак нема спора да се ради о имовинским правима, којима се као таквима може слободно располагати, па и у смислу уговарања надлежности арбитраже (институционалне или *ad hoc*, домаће или и стране – *ово је домен националних закона*) за решавање спорова (доминантност приватног интереса).¹²

and Company Law in England and Wales“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015, 138–143. Интересантно је да је број корпоративних спорова (*class actions, derivative actions, disputes concerning takeover bids, disqualification of directors and others*) у Великој Британији значајно мањи у односу на САД. Вид. John Armour, Bernard Black, Brian R. Cheffins, Richard Nolan, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, Nr. 4/2009, 687–722.

- 11 Вид. Француска: Грађански законик из 1804. године (*Code civil*), чл. 2059–2060; Швајцарска: Федерални закон о међународном приватном праву из 1987. године (*Loi fédérale suisse sur le droit international privé*), чл. 177 ст. 1: „*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*“; Шпанија: Закон о арбитражи из 2003. године (*Ley de Arbitraje (Arbitration Act)*), чл. 2; Немачка: Закон о арбитражи (*Zivilprozessordnung, Buch 10, Schiedsrichterliches Verfahren (Code of Civil Procedure, 10th Book, Arbitration proceedings)*), чл. 1030 ст. 1 („*any claim involving economic interest*“); Аустрија: Закон о грађанском судском поступку из 1895. (*Zivilprozessordnung, Vierter Abschnitt – Schiedsverfahren (Austrian Code of Civil Procedure, Fourth chapter – Arbitration Procedure)*), чл. 582; Хрватска: Закон о арбитражи, *Narodne novine*, бр. 88/2001, чл. 3 ст. 1; Словенија: Закон о арбитражи, *Uradni list RS*, бр. 45/08, чл. 4 ст. 1.
- 12 Аустријска теорија истиче да су интеркомпанијскоправни спорови увек имовинског карактера и као такви су арбитрабилни, додајући да се арбитражне клаузуле врло често укључују у оснивачке акте привредних друштава. Вид.: Ewald Oberhammer, Stefan Weber, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremsehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerol Zeiler), Volume 2010, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010, 25–41; исто и у Немачкој: Hilmar Raeschke-Kessler, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l'arbitrage*, Vol. 14, Nr. 3/1996, 355. Ипак, проширивање домена арбитрабилности у аустријским правним изворима на „све новчане захтеве“, како је то објашњено у пратећим материјалима, не може се схватити као обухват свих интеркорпорацијских спорова, те отуда одређене контроверзе остају, посебно око арбитрабилности поништаја/побијања одлука скупштине друштва. Вид.: Nikolaus Pitkowitz, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, the Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremsehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerol Zeiler), Volume 2014, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010, 33–34.

Други систем представљају арбитражна права земаља (попут Русије) које у домену интеркомпанијскоправних спорова изричито постављају принцип арбитрабилности ових спорова, с тим да као изузетак формулишу листу неарбитрабилних спорова (као што су, на пример: стечајни спорови, спорови о законитости управних аката регулаторних тела, спорови о питањима од јавног значаја, спорови поводом сазивања скупштине акционара, оспоравање аката нотара у компанијском праву, спорови из откупа акција од стране саме компаније, спорови поводом стицања преко 30% акција јавних акционарских друштава, спорови акционара код компанија од стратешког значаја), уз претходну деобу ових спорова на три категорије: прво, спорови који укључују јавни елемент (спорови у вези са регистрацијом привредног друштва, спорови око искључења акционара) – ови спорови нису арбитрабилни; друго, спорови који укључују само уговорне стране (на пример, куповина акција) – ови спорови су арбитрабилни, али само код институционалних арбитража; треће, спорови који укључују велики број учесника (на пример, оспоравање одлука скупштине акционара) – ови спорови су арбитрабилни под одређеним условима (дужност информисања свих учесника у поступку, давање права акционарима да буду учесници или умешачи у поступку и слично).¹³

Најзад, чини се да посебан, у свему неузоран, систем представља српско компанијско и арбитражно право. Наиме, српски специјални арбитражни закон упоредноправно доминантној формули уређења арбитрабилности на општем плану, тиме у принципу и уређења арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова, додаје и одређење „осим спорова за које је одређена *искључива* (курзив аутор) надлежност суда.“¹⁴ Са становишта овог закона, то и не представља посебан проблем, јер таква искључива надлежност постоји и у другим земљама, али проблем настаје што српски компанијскоправни закон (додуше, у контексту уређења месне надлежности, али у заједници са законом који уређује надлежност судова и стварну надлежност), за разлику од таквих закона већине других земаља, прихвата ову формулу као такву за све компанијскоправне спорове. Наиме, наслањајући се на ову формулу, матични компанијскоправни закон Србије прописује: „У парничним и ванпарничним поступцима покренутим у случајевима предвиђеним овим законом, као и у споровима који произлазе из овог закона, *надлежан је суд* (курзив аутор), одређен законом којим се уређује надлежност

13 Global legal insights, International Arbitration Laws and Regulations 2020, доступно на адреси: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration/global-legal-insights---international-arbitration-3rd-ed./russia>, 25. 3. 2018.

14 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 5 ст. 1.

судова,¹⁵ према седишту привредног друштва или предузетника, односно према месту пословања огранка страног правног лица, осим ако је овим законом предвиђена месна надлежност другог суда.¹⁶

Отворено правно питање у окружењу овакве правне инфраструктуре је које је право значење оваквог одређења појма „надлежности судова“ (одређених законом којим се она одређује) за све компанијскоправне спорове? Да ли је ова „стварна надлежност“ из компанијског закона и закона који уређује судове „искључива надлежност“ из специјализованог арбитражног закона? Ако је *ratio legis* прописивања овакве надлежности привредног судства за све интеркомпанијскоправне спорове који произлазе из закона који уређује све форме привредних друштава било искључење могућности уговарања надлежности домаће арбитраже, у складу с правилима арбитражног решавања спорова, мотивисан разлогима јавног поретка,¹⁷ онда би то значило да приватноправни субјекти који настају вољом приватноправних власника капитала не могу својом вољом одредити форум решавања потенцијалног спора из приватноправног уговора. Овакав став водио би изједначавању појма јавног поретка са институтом императивних норми,¹⁸ што је као анахрона концепција одавно напуштен систем одређења овог појма.¹⁹ Отуда нам

15 Закон о уређењу судова за све спорове из Закона о привредним друштвима и спорове поводом примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и за спорове о примени прописа о приватизацији и хартијама од вредности и прописа о престанку привредних субјеката прописује *стварну надлежност* привредног и привредног апелационог суда. Вид. Закон о уређењу судова, *Службени тласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16 и 108/16, чл. 25 и 26.

16 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени тласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/2019, чл. 7.

17 О лимитираном значају јавног поретка за арбитрабилност, али и даље присутној забринутости да ли арбитражи као приватни пресудитељи могу бити погодни да открију право значење јавног поретка (јавне политике), као што су то националне судије, са сугестијом да то могу подједнако чинити и особе у служби државе, као и особе у служби страна у спору, вид. Stavros L. Brekoulakis, „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 20–32.

18 У погледу ексклузивне надлежности државних судова, еволуција у прилог арбитрабилности, која иде чак и до претпоставке арбитрабилности (као у САД), може се видети на примеру Шпаније, која важи за земљу са либералним прилазом арбитрабилности интеркомпанијскоправних спорова. „Чак и ако је неко питање подвргнуто императивним нормама, оно може бити предмет арбитраже са обавезом арбитра да поштују ова правила.“ Тако Maria del Pilar Perales Viscasillas, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 282.

19 Mirko Vasiljević, „Arbitrability *ratione materiae* in company law“, *Правни живоић*, бр. 11/2017, 52–56.

се чини, ипак, да је *ratio legis* овакве норме српског компанијскоправног законодавца (у заједници са законом који уређује судове) не у искључењу могућности уговарања арбитражног уговора и тиме ставу о неарбитрабилности компанијскоправних спорова,²⁰ већ у потреби утврђивања стварне надлежности овог судства (као и посредно месне надлежности) за све спорове „покривене“ овим законом, без обзира на то да ли су странке привредни субјекти или не (члан привредног друштва као физичко лице) у циљу атракције надлежности код специјализованог судства, имајући у виду њихову истоветну природу, независно од природе странке (у противном, за спорове исте природе и са истим основом били би стварно надлежни различити судови, и специјализовани за привредне спорове и неспецијализовани судови опште надлежности). У поводу предметне арбитражне одлуке, у складу с општим правилима арбитражног права, остаје могућност прописане судске контроле такве одлуке у следству института поништаја или признања и извршења иностране арбитражне одлуке.

Интерпретација компанијскоправног закона (и закона који уређује надлежност судова) на овај начин ипак не би отклонила потребу, ради чињења овог питања са становишта норме и њене функције неспорним,²¹ да то тако јасно уреди прва промена предметних закона, како би аутономија воље приватноправних субјеката имала свој изражај и у избору форума решавања спора (уз лимитативно рестриктивно искључење арбитрабилности спорова који су у фокусу јавног поретка). У противном, став или тумачење норме да је неарбитрабилност интеркомпанијскоправних спорова правило у српском праву (још и без изузетка) био би само сигуран пут за анахронизам и изолационизам, а са становишта интереса инвеститора и економије земље, због познатих предности арбитражног решавања привредних спорова у односу

20 „Сама чињеница да закон предвиђа да се одређена категорија спорова мора решавати пред судом не елиминира *eo ipso* предмет спора као неарбитрабилан. Потребно је да значај заштитног добра одобрава задржавање судског монопола, односно да је само суд у стању својом пресудом да креира жељено правно стање.“ Тако А. Јакшић, 243.

21 Отклањање било којих дилема око (не)арбитрабилности изузетно је важно за правну сигурност учесника арбитражног спора, с обзиром на то да је то битни елемент арбитражног уговора (пуноважност предмета арбитражног спора), те тиме значајан за његову пуноважност, за заснивање надлежности арбитраже, а такође може бити основ поништаја арбитражне одлуке или одбијања признања и извршења иностране арбитражне одлуке. Вид. Piero Bernardini, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Supplement No. 48, Kluwer Law International, 2007, 5–7; S. L. Brekoulakis, 38–43; Charalambos Pamboukis, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 120–142.

на судско решавање (посебно: флексибилност, мања конфликтност и формалност, поверљивост – посебно код затворених форми друштава са *intuitu personae* природом, афирмација аутономије воље приватних инвеститора и на овом плану – у условима глобализације светских токова капитала, отклањање могућег неповерења страног инвеститора у домаће судове, олакшано признање и извршење страних арбитражних одлука, економија времена), то би било и антиразвојно. Уместо тога, правило мора бити управо супротно: интеркомпанијскоправни спорови приватноправних субјеката су арбитрабилни,²² али уз прописане изузетке (попут: спорови из регистрације привредних друштава и ништавости оснивања друштва,²³ престанак привредних друштава стечајем,²⁴ спорови поводом управноправних аката регулаторних институција и организација, спорови из продаје акција иницијалним јавним понудама или на секундарним тржиштима акција непрофесионалним инвеститорима,²⁵ спорови јавних акционарских друштава – посебно са великим бројем акционара из процедуралних разлога, спорови инфраструктурног, стратешког и регулаторног сектора и слично).²⁶

Поимање искључиве надлежности националних судова (по правилу привредних за компанијскоправне спорове) као бране арбитрабилности иначе је доживело значајну еволуцију. Наиме, дуго се упућивање

- 22 Отворено је, разуме се, питање арбитражног уговора као правног основа сваког арбитражног спора, како са становишта арбитражног права, тако и са становишта компанијског права. О бројним правним питањима (материјалним и процесним – мултистраначка природа и слично) могућности постојања арбитражне клаузуле у уговорима о оснивању привредног друштва, уговору друштва и чланова управе друштва, посебно у статуту акционарског друштва, вид. Мирко Васиљевић, „Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018, 7–45.
- 23 У француском праву судска пракса и теорија су дуго одбијали да прихвате арбитрабилност спорова из ништавости оснивања привредног друштва, да би на крају француски Касациони суд прихватио арбитрабилност и ових спорова (Cass. Com., п. 98–16.289 од 9. 4. 2002. године).
- 24 У француском праву престанак (ликвидација) компаније и одлучивање о последицама престанка је арбитрабилно (Cass. Com., Bull. N72 од 30. 1. 1967. године), док је стечај у искључивој надлежности државних судова. Вид. А. Brabant, М. Desplats, S. Salem, 150.
- 25 Ова искључења постоје и у француском праву. А. Brabant, М. Desplats, S. Salem, 150.
- 26 У упоредној пракси има више разложних и разумних примера ускраћивања давања концесије уговореном арбитражном форуму и поред постојања арбитражне клаузуле, те прихватања надлежности националних судова у случају злоупотребе права већине и „угњетавања и лошег управљања правима мањинских акционара“ (*oppression and mismanagement of minority shareholders' rights*). Тако су судили судови Канаде, Индије, Сингапура. Вид. Lars Markert, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, Nr. 1/2015, 29–37.

националним компанијским законима, попут српског, на надлежне (при-вредне) судове као референтне за одлучивање о компанијскоправним споровима тумачило као искључивање арбитрабилности у таквим питањима.²⁷ Међутим, последњи трендови у овим питањима говоре о значајној еволуцији ка становишту да то не мора значити, само по себи, искључивање арбитрабилности таквих спорова,²⁸ јер се и бројне арбитражне институције називају „арбитражним судовима“, те би искључивање арбитрабилности таквих спорова морало бити учињено изричито. То би у првом реду требало да буду питања везана за права којима странке не могу слободно располагати због доминације јавног – државног интереса.²⁹ Управо такву еволуцију је доживело питање арбитрабилности правне ваљаности одлука скупштине друштва с ограниче-ном одговорношћу и акционарског друштва, на шта се дуго гледало као на неарбитрабилно питање због искључиве надлежности судова прописане у корпорацијским законима (као и због чињенице да судска одлука о поништају овакве одлуке има дејство *erga omnes* – на све чланове

27 Тако је, на пример, судио немачки Федерални Врховни суд (*Bundesgerichtshof* – BGH) педесетих година прошлог века. Вид. Н. Raeschke-Kessler, 355.

28 У швајцарском праву, у Федералном закону о међународном приватном праву (*Loi fédérale suisse sur le droit international privé*) искључива надлежност судова је лимит за арбитрабилност у домаћим арбитражама, али не и у међународним комерцијалним арбитражама (чл. 176–194). Ово изгледа следи и из Федералног закона о допуни Грађанског законика из 1911. године (*La Loi fédérale complétant le Code civil suisse*), чл. 706. У Хрватској се у том смислу јасно изјаснио матични арбитражни закон – домаћа арбитража. Само међународна арбитража се не може уговорити ако је прописана искључива надлежност суда, као и ако су стране у спору домаћи привредни субјекти – независно од тога да ли су њихови значајни или контролни власници инострани субјекти, али то није препрека за уговарање надлежности домаће арбитраже, за чије уговарање више није сметња „искључива надлежност судова“, ако то евентуално није на основу изричитог искључења посебним прописом. Вид. Alan Uzelac, „Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 2/2002, 69 и даље; Mihajlo Dika, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 1/1999, 25–42.

29 Вид. Закон о арбитражи, чл. 10 ст. 1 тач. 1, чл. 58 ст. 2 тач. 1, чл. 66 ст. 2 тач. 1; Унци-трал Модел закон о међународним трговачким арбитражама из 1985. (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985*), последње измене 2006. године, чл. 34 и 36; Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних ар-битражних одлука из 1958. године (*United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) (ратификација – *Службени листи СФРЈ*, Међународни уговори, бр. 11/81), чл. V ст. 1 тач. ц), ст. 2 тач. а) и б). Вид.: Domenic Di Pietro, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 84–98; Европска конвенција о међународним трговачким арбитражама из 1964. године (*European Convention on International Commercial Arbitration*) (ратификација – *Службени листи СФРЈ*, Међународни уговори, бр. 12/63), чл. 9.

друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не, као својеврсни изузетак од дејства судске одлуке само на учеснике поступка,³⁰ што арбитражна одлука ни у ком случају не би могла да има), док се данас на то питање гледа углавном као на арбитрабилно, јер му арбитрабилност није изричито искључена корпорацијским прописима.³¹

30 У Немачкој је правни основ за такво дејство судске одлуке (нејасно је да ли се односи и на дејство арбитражне одлуке – коришћен је израз „*judgments*“) Закон о акционарским друштвима (*Aktiengesetz (Stock Corporation Act)*); даље у фуснотама: GJSCA), чл. 248 ст. 1 тач. 1.

31 Ипак, гледање националних закона на ово питање није јединствено. У француском праву, спорови из поништаја одлука скупштине компаније су арбитрабилни. Daniel Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris, 1993, 124. С друге стране, против арбитрабилности спорова за поништај ових одлука изјаснило се 11. Грађанско одељење турског Апелационог суда, File No. 2011/13485, Decision No. 20/19915 од 5. 12. 2012. Вид. Ismail Esin, Ozgun Celebi, Sevgin Erker, Demet Kasarcioglu, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, 271.

У немачком праву, Федерални Врховни суд (*BGH*) се прво (у марту 1996. године), тумачећи предметну одредбу Закона о акционарским друштвима (GJSCA, чл. 248 ст. 1 тач. 1) изјаснио да се одредба односи само на државне судове и да су стога спорови за поништај одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу (*GmbH*), чији је оснивачки акт садржао арбитражну клаузулу, неарбитрабилни (*Arbitrability I*), сматрајући да закон не обезбеђује механизам за учешће свих чланова друштва и чланова органа друштва у именовању арбитра за јединствен арбитражни поступак, као што не обезбеђује механизам против покретања других арбитражних поступака других чланова друштва или, пак, покретање паралелног арбитражном поступку другог судског поступка (додајући овом и аргумент могућности дејства само судске одлуке *erga omnes*, а не и арбитражне одлуке). Ова одлука највишег суда била је подвргнута оштрој критици, уз давање конкретних предлога (модела арбитражне клаузуле за ове потребе) решавања наведених процедуралних сметњи за арбитрабилност поништаја одлука скупштине овог друштва. Коначно (у априлу 2009. године), немачки Федерални Врховни суд (*BGH*) одустао је од става израженог у предметној одлуци и заузео потпуно супротан став – одлуке скупштине друштва с ограниченом одговорношћу су арбитрабилне и имају, као и судске истоветне одлуке, *erga omnes* дејство на све чланове друштва и све чланове органа друштва, без обзира на то да ли су учествовали у арбитражном поступку, под условом да су испуњени одговарајући процедурални (пред)услови утврђени овом одлуком највишег суда (*Arbitrability II*). Интересантно је истаћи да је овакав став заузет иако немачки закон који уређује акционарска друштва (GJSCA, чл. 246), а који се у овом домену примењује и на друштва са ограниченом одговорношћу (*GmbH*), ово питање сврстава у искључиву надлежност државних судова. L. Markert, 37–38, 42–48; H. Raeschke Kessler, 356. Вид. и Татјана Јевремовић Петровић, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 231–232.

III Привредна друштва и индивидуална тужба

Индивидуалну тужбу може подићи сваки ортак, члан или акционар (нема разлога да то не могу и удружења акционара или инвеститора, али не као тужбу класе акција)³² којима је одлукама органа друштва или радњама лица која имају дужности према привредном друштву проузрокована (непосредно, директно – принцип директне штете: *direct harm approach*) нека *шијетиа њовредом дужности*. Примери из судске праксе за ову тужбу нарочито су: неисплата или утаја дивиденде, нетачно приказивање резултата пословања друштва како би се избегла исплата дивиденде, повреда права пречег уписа акција при повећању основног капитала друштва, принуда акционара да упишу акције (при повећању основног капитала под неповољнијим условима него остали акционари), онемогућавање остваривања права гласа и слично.

Основно питање код индивидуалне тужбе је, дакле, да ли чланови друштва (као и невољни повериоци – деликтна одговорност) имају право само на накнаду штете која им је непосредно проузрокована одлукама чланова органа привредног друштва (непосредна – директна штета) или имају право и на накнаду посредне – рефлексне штете која им је таквим одлукама проузрокована, поред права друштва на накнаду проузроковане му непосредне – директне штете тим одлукама и радњама (повреда тих лица дужности према друштву)? Чини се да је владајуће правило упоредног права и праксе да чланови привредног друштва имају *право на индивидуалну тужбу само њо основу шијетиа која им је непосредно нанета* штетном радњом лица са посебним дужностима према друштву (тзв. *нејосредна шијетиа* – основ: *ујовор о оснивању друштва*),³³ али не и њо основу штете која је таквим радњама тих лица непосредно нанета друштву (по основу које може подићи тужбу само друштво или чланови друштва деривативно), а *тјиме њосредно и њима (јринциј забране тјзв. рефлексне – њосредне шијетиа* – „*рикошет* *шијетиа*“).³⁴ Типичан пример

32 Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 307.

33 Вид. случај *Heron International Ltd v. Lord Grade* у ком је одбор директора у поступку понуде за преузимање прихватио понуду са нижом ценом и поред постојања понуде са вишом ценом, чиме је нанео штету акционарима који су депоновали своје акције за продају. Вид. Laurence C. B. Gower, Paul L. Davies, *Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 626; R. P. Austin, I. M. Ramsay, H. A. J. Ford, 667–673.

34 У енглеском праву постоје три правила: прво, ако је штета од стране лица која имају дужности према друштву нанета само компанији, онда накнаду штете може тражити само компанија (или чланови за рачун компаније – деривативно), али не и чланови по основу посредне – рефлексне штете коју и они имају по том основу; друго, ако је штета проузрокована компанији, али компанија не поднесе тужбу, члан друштва може поднети индивидуалну тужбу и ради накнаде рефлексне – посредне штете и, треће, ако је реч о дужностима и према компанији и према члановима

рефлексне штете за власнике друштва је пад вредности акција,³⁵ али све више у пракси и: изостанак очекиваног плаћања члановима друштва од стране друштва проузроковано због штете коју је друштво претрпело повредом дужности према друштву од стране лица са тим дужностима, изостанак раста цене акција по основу одговорности лица са посебним дужностима према друштву, или по правилу неосновано лишавање права пречег уписа акција (ипак, ако је по овом основу нанета штета корпорацији, могућа је и деривативна тужба).³⁶

Концепт српског компанијског закона о праву на индивидуалну тужбу (чланова друштва и евентуално поверилаца) и по основу повреде дужности лица са таквим дужностима према друштву (тима и штете нанете директно друштву – посредно и члановима друштва – *дозвољеност*

вима друштва, онда и један и други субјект могу поднети тужбе за накнаду њима проузроковане штете. Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007, 537–538; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 623–626; J. Charlesworth, 350–353; Charles Wild, Stuart Weinstein, *Smith & Keenan’s Company Law*, Longman, London, 2005, 287–293. У енглеској теорији се сматра да је Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act 2006*; даље у фуснотама: GBCA 2006) нешто изменио концепт заштите чланова друштва, што би требало да допринесе и ублажавању принципа забране накнаде рефлексне штете. Jansen B. J. de Jong, „Shareholders’ Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013, 97–118.

Право САД-а не негира право чланова друштва на накнаду штете проузроковане повредом дужности управе према друштву, али је потребно да је реч о непосредној штети члановима, а не рефлексној – посредној штети непосредне штете компанији. Разлог за овај став је избегавање двоструке накнаде и искључење индивидуалних тужби, јер би било немогуће израчунати штету коју чланови друштва појединачно посредно имају због повреде дужности према друштву (посебно уколико чланови друштва никад не продају своје капитал учешће у друштву). Вид. J. L. Suet Lin, 552–557. Немачки Закон о акционарским друштвима не дозвољава индивидуалну тужбу за накнаду штете акционарима која је последица штете настале на имовини друштва. GJSCA, чл. 117 ст. 1.

35 Чини се да је у овом смислу пракса аустралијских судова прихватљивија. У овом случају, штета је нанета и компанији, али и акционарима. Да не би било дупле накнаде по истом основу (и компанији по њеној тужби или по деривативној тужби акционара и акционарима по индивидуалној или колективној тужби), сматра се да је природа одговорности различита: *према компанији је уговорна одговорност за проузроковану штету, а према акционарима је деликтивна одговорност за штету* мерену према другим критеријумима. Ипак, ово питање и даље остаје контроверзно и са неуједначеном праксом. R. P. Austin, I. M. Ramsay, 673–674, 684–685.

36 Амерички правни институт у Пројект корпорацијског управљања укључио је осетљиву одредбу која овлашћује судове да *ипријирају деривативну тужбу као индивидуалну у случају зашворених друштва* ако установе да чинећи тако неће изложити тужену страну многобројним тужбама, оштећењу интереса поверилаца или се мешати у фер расподелу накнаде свим заинтересованим странама. R. Hamilton, 411–412.

накнаде „рефлексне штеће“),³⁷ без изричитог установљења директне дужности и одговорности тих лица према трећим лицима и тиме проузроковане им непосредне штете због повреде тих дужности,³⁸ у основи одступа и од енглеског права (не дозвољава индивидуалну тужбу по основу повреде дужности према друштву), и од америчког права (које дозвољава индивидуалну тужбу по основу повреде дужности према друштву, али је потребно да је реч о штети нанетој непосредно члановима), као и од немачког права (забрањује индивидуалну тужбу за штету нанету имовини друштва).³⁹ И француска теорија признаје да је, у прин-

37 Нажалост, захтеви акционара (не само директних, већ и индиректних) за накнаду индиректне (посредне, рефлексне) штете, у своје име и за свој рачун кад је штета нанета директно – непосредно компанији повредом дужности према компанији, широко су прихваћени и у пракси међународних инвестиционих арбитража, посебно у пракси Међународног центра за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (*International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*), с позивом на UNCITRAL арбитражна правила из 2010. године (*UNCITRAL Arbitration Rules*) и одговарајуће билатералне споразуме о заштити страних инвестиција које међусобно закључују државе (држава домаћин инвестиције и држава држављанства или седишта инвеститора – *Bilateral investment treaty (BIT)*). Иако, по правилу, национална права искључују право члана компаније на рефлексну – посредну штету, међународни арбитражни трибунали полазе од тога да је *BIT* међународни извор и тиме има јачу правну снагу од националних извора државе домаћина инвестиције. Наиме, за разлику од става израженог у пресуди Међународног суда правде (*International Court of Justice (ICJ)*) да одвојеност правног субјективитета компаније не даје право на накнаду штете и компанији и акционарима и поред чињенице да су обоје претрпели штету (*Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. – Belgium v. Spain, Judgment ICJ Reports, 1970, пар. 44*), ICSID арбитраже дају право акционарима (посебно већинским, али све више и мањинским) на накнаду рефлексне – посредне штете, и то по основу одговорности државе домаћина инвестиције и кад је непосредна штета нанета компанији, кад је у одговарајућем *BIT*-у улагање у акције укључено у појам стране „инвестиције“. Вид. ICSID, Case No. ARB/03/20, *Telefonica S.A. v. The Argentina Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 25. 5. 2006, пар. 75; ICSID, case No. ARB/03/17, *Suez Sociedad General de Barcelona S.A. and Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 16. 5. 2006, пар. 46. У овој одлуци Трибунал заузима став да иако је локална компанија повукла тужбени захтев против државе домаћина, то не спречава акционара да подигне сопствени захтев базиран на *BIT*-у и на истим чињеницама и истом основу. Против овакве праксе међународних арбитражних трибунала (уз прихватљивост само изузетно: 1) ако је имовина компаније експрописана или ако је локална компанија потпуно уништена; 2) ако је локална компанија лишена права на тужбу и 3) у случају негирања (порицања) правде), изјашњава се Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 425–443.

38 ЗОПД, чл. 78 у вези са чл. 61.

39 Овакво решење српског права о дозвољености посредне („рефлексне“) штете чланова друштва (коју претрпе због повреде лица са дужностима према друштву поред штете на коју има право друштво, јер је њему директно проузрокована и некад

ципу, тешко доказати индивидуалну штету која није и штета нанета самом друштву (принцип забране накнаде рефлексне – посредне штете акционарима)⁴⁰ и да су такви случајеви ретки у пракси (претпоставља, у принципу,

посредно члановима – „пробој правне личности“), односно недозвољености индивидуалне тужбе против чланова органа друштва (одговорност само правног лица – немогућност „пробоја правне личности“) за непосредно нанету штету (осим дискриминације појединачног акционара квалификованом кривицом по општим правилима уговорног права), може да буде практично тешко реализиво (тешкоће доказивања посредне штете члановима која није истовремено и штета нанета друштву) и извор бројних спорова са нејасним исходима. Искључење права на индивидуалну тужбу по основу посредне штете члановима друштва (пored штете нанете друштву) и установљење права на ову тужбу само по основу непосредно нанете штете члановима друштва је (али само по основу квалификоване кривице чланова органа друштва – пробој субјективитета друштва, а не по основу обичне непажње, када остаје само одговорност правног лица према члановима друштва – непробој правног субјективитета), упоредноправно посматрано, оправданије и, са становишта правне сигурности, пожељније решење. До тада, судска пракса остављаће простора за спорове чланова друштва по основу индивидуалне тужбе за посредну штету члановима друштва. „Основ и висина штете која је учињена члановима привредног друштва може се утврђивати само након утврђења основне и висине штете причињене самом друштву.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7572/2013 од 11. 4. 2014. године. Залагање за измене српског компанијског закона, у смислу искључења права чланова друштва на накнаду рефлексне штете уколико је друштво (или акционари деривативно) у могућности да подигне директну тужбу (немогућност доношења одлуке од стране надлежног органа друштва због блокаде одлучивања и слично) за накнаду штете друштву због повреде посебних дужности лица са таквим законским дужностима у српској теорији, заступа и Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2004, 187–204.

- 40 Захтеви акционара за рефлексну – посредну штету имају иначе, рекло би се, непремостиве практичне тешкоће: мултипликовани захтеви (ланац спорова), који могу водити контрадикторним арбитражним одлукама (пример: два трибунала, две различите одлуке, основ исти: трибунал „Lauder“ одбија тужбени захтев, док трибунал „СМЕ“ усваја тужбени захтев за 270 милиона долара – није било могуће истаћи приговор литиспенденције нити приговор пресуђене ствари, јер формално није постојао субјективни идентитет због различитости странака – тужилаца) и дуплим накнадама; подстицање тзв. „forum shopping-a“ и „treaty shopping-a“, као и одређивање квантума ове штете. Вид. UNCITRAL Arbitration in London, *Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3. 9. 2001, пар. 235 и UNCITRAL Arbitration in Stockholm, *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, Final Award, 14. 3. 2003, пар. 430–437, 620. О евентуалним механизмима да се спречи дупла накнада (узимање у обзир накнаде коју је већ досудио други трибунал или национални суд државе домаћина инвестиције; гаранција тужиоца за враћање дупле накнаде у случају потребе; у случају тужби индиректних акционара, тражење „разумне узрочне везе“ између капитал учешћа и настале штете локалној компанији – удаљеност изван које се захтеви не би прихватили) вид.: Hanno Wehland, *The Coordination of Multiple Proceeding in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013; Lucian Ilie, „Shareholders’ Claims in Investment Treaty Arbitration: No Piece of Cake!“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 3/2019, 21–26.

дискриминаторни однос према одређеном члану друштва – посебна штета нанета само одређеном акционару: *special injury rule*).⁴¹

Институт индивидуалне тужбе у компанијском праву ни у ком случају не дира у принцип уговорног права о *одговорности и правној лица* (непробој правног субјективитета) *према трећим лицима* (чланови друштва и невољни повериоци – деликти) за штете које им нанесе орган правног лица у вршењу својих послова (уз могућност регреса ако је то учињено квалификованом кривицом). Дакле, та одговорност остаје, али установљење директне одговорности чланова органа друштва према трећим лицима, у одређеним случајевима по основу индивидуалне тужбе компанијског права, представља одступање од овог правила (пробој правног субјективитета). Отуда, *иужени по индивидуалној тужби може да буде и друштво* (по правилима уговорног права),⁴² односно и *чланови органа друштва* (који су одговорни за штетну одлуку – „пробијање правне личности“) или и *група лица* која у складу са законом имају дужности према привредном друштву, чијом повредом вршења су проузроковали штету тужиоцу.⁴³ Индивидуалну тужбу може подићи или једно лице у своје име, или више лица која делују

41 P. L. Cannu, B. Dondero, 306; Frédéric Peltier, *La Corporate Governance*, Paris, 2004, 122–124.

42 За супротан став – да тужени код индивидуалне тужбе (реч је о одговорности према трећем лицу), као ни код деривативне не може бити само друштво (код које је, међутим, логично јер је реч о накнади штете самом друштву – подиже се за рачун друштва, те би и у случају позитивног исхода по тужби дошло до конфузије повериоца и дужника у истом лицу) вид. Јована Величковић, *Деривативна иужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 362–363.

43 ЗОПД, чл. 78. Овим конституисана одговорност лица са дужностима према друштву, не само према друштву, већ и према трећим лицима, јесте одступање од одредбе ЗОО (чл. 172) по којој *правно лице одговара према трећем лицу за штету* коју му је нанео његов орган у вршењу или у вези са вршењем његових функција уз могућност регреса. Овим се, *пored одговорности друштва* (према овом општем правилу – уговорна одговорност), уводи и *директна одговорност ових лица* (отворено је питање природе: уговорна или вануговорна – деликтна одговорност). У америчкој теорији износи се став да је одговорност корпорације према трећим лицима довољна у редовним случајевима (непостојање разлога за стечај), те да нема разлога и за паралелну одговорност директора и других лица са дужностима према корпорацији, али да таквој одговорности ових лица, првенствено према повериоцима, има места у стечају корпорације. R. Hamilton, 373–374. Ипак, чини се да је прихватање одговорности чланова органа привредних друштава (и лица са дужностима према друштву) према трећим лицима – акционарима и повериоцима (не само према друштву и не само друштва према трећим лицима) све више присутно. Вид. Швајцарски законик о облигацијама из 1911. (*Code des obligations*; даље у фуснотама: ШЗО), доступно на адреси: <https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1907/00/19070042-index-fr-it.html>, 25. 3. 2020, чл. 752–754; за енглеско право вид. GBCA 2006, чл. 994; Robert Pennington, *Corporate Law*, London, 1995, 805 и даље; за француско право вид. Трговачки законик из 1807. (*Code de commerce*; даље у

заједно (проузроковање штете већем броју лица и слично) у њихово име (супарничарство).

IV Привредна друштва и деривативне тужбе

1. Поводи, потребе и порекло

Корпоративно управљање друштава капитала почива на принципу капитал већине, с обзиром на то да овај фактицитет има своју правну димензију на плану контроле доношења управљачких одлука и пословних токова. Отуда, једна од основних парадигми корпоративног управљања је и јачање законских права капитал мањинских чланова друштва у мери која не нарушава потребну ефикасност доношења пословних одлука (интерес друштва), а обезбеђује заштиту права капитал мањине (интерес мањине) и потребну контролу капитал већине. Обезбеђење овог баланса интереса (слобода и флексибилност доношења пословних одлука управе друштва и заштита инвеститора) стратешки је задатак свих института компанијског права који улазе у арсенал корпоративног управљања и права мањинских капитал чланова. Управо је таква улога намењена и институту деривативних тужби, које имају својеврсну трос-труку функцију: *йревентивна* (одвраћање управе од штетних и незаконитих поступања у најширем смислу), *казнена* (репараторна) за лица са прописаним дужностима према друштву због повреде тих дужности и *конйролна* (надзор мањинских капитал чланова над процесима управљања и корпоративним одлукама капитал већине).

Привредно друштво као правни субјект има капацитет да се својим *дирекйним йужбама* штити од штетних аката лица са фидуцијарним дужностима према њему, али због механизма доношења корпоративних одлука и могуће блокаде доношења одлуке о покретању спора против тих лица, то често ипак није у могућности, те уместо њега то могу чинити за његов рачун (*деривайивно*) мањински чланови, као својеврсни резидуални повериоци који врше неке правне радње уместо свог дужника,⁴⁴ или то пак могу радити и вољни (уговорни) повериоци. *Дери-*

фуснотама: C-comm), доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEX000005634379>, 25. 3. 2020, чл. 225–251.

44 Као, на пример: покретање стечајног поступка, побојна тужба, побијање спора-зумно утврђене вредности неновчаног улога у друштво, пробијање правне личности, покретање одговорности због повреде правила ограничења плаћања члановима друштва по било ком основу, захтев за обезбеђење потраживања у случају смањења основног капитала или статусних промена привредног друштва и слично. Вид. Ј. Величковић, 55–63.

вајивна тужба (порекао јој се везује за два прецедентна случаја *common law*)⁴⁵ је по својој природи извесно ограничење принципа већинског одлучивања и таквог доношења корпоративних одлука, те као таква може да ограничава слободу доношења пословних одлука и уместо механизма решавања агенцијских проблема корпоративног управљања може да представља и сам узрок тих проблема (уздржавање управе од доношења пословних одлука ради избегавања пословних ризика). Кључни моменат који у регулативи ове тужбе сваки законодавац мора да има у виду је *интерес комјаније – допринос остварењу профитне циљне функције* (доприноси ли томе више потреба заштите инвеститора у акције – мања процедурална и контролна овлашћења за ову тужбу или потреба слободе доношења пословних одлука у доброј вери и с прописаном дужном пажњом – процедурална ограничења и судска контрола у свим фазама која ову тужбу свде на ранг изузетка).

2. Појам, основи и активна и пасивна легитимација

Штета проузрокована компанији повредама прописаних компанијскоправних дужности лица са таквим дужностима према њој (првенствено директора друштва, као и „фактичких директора“ и „директора у

45 У прецедентном случају *Foss v. Harbottle* (за који се иначе везује настанак ове тужбе – 1843. година), суд је одбио тужбу двојице акционара којом су они у име друштва тужили чланове управе и осниваче због тога што су продали друштво нека добра по цени већој од тржишне, сматрајући да друштво и његови акционари нису исти субјекти у праву, те да за штету нанету друштву тужбу може поднети само друштво (разлози: правни је субјект, спречавање вишеструких тужби акционара, одлука суда била би неефикасна, одлука већине гласова за подизање тужбе је меродавна). Овом одлуком промовисана су два важна принципа компанијског права: правило већине и самосталност правног субјективитета компаније. Полазећи од овог прецедента, судови су касније прихватили изузетке на основу којих је заправо и настала деривативна тужба. У другом случају – *Mozley v. Alston*, два акционара су покушала да спрече два члана управног одбора да даље врше ту функцију, с обзиром на то да је по правилу ротације требало да буду замењени другима, а суд је стао на становиште да нема места тужби, јер када је штета друштву нанета одлуком просте већине, то је обавезујуће за друштво. Неколико је изузетака од ових прецедентних правила, који промовишу ову тужбу и њену дозвољеност: када је реч о радњама које су незаконите или *ultra vires*; када је одлука донета непрописном већином; када су повређена и индивидуална права акционара и када је нанета штета друштву, могу се подићи конкурентно и индивидуална и деривативна тужба; у случају „преваре мањине“, кад надлежни орган друштва није могао подићи тужбу за друштво, јер је под контролом лица које је извршило превару. Вид.: Laurence C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 643–672; R. Pennington, 863–920; J. Charlesworth, 396–444; Peter Loose, John Yelland, David Impey, *The Company Director – Powers and Duties*, Bristol, 1993, 306–315; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 687–689.

сенци“, али и чланова других органа друштва)⁴⁶ или поступања чланова друштва са прописаном дужношћу према друштву или чланова друштва уопште (неуношење улога у друштво, прецењеност вредности улога) може настати по више основа. Прво, повреда прописаних дужности према друштву: повреда дужности по основу сукоба интереса, повреда дужности избегавања сукоба интереса, повреда недозвољене конкуренције, повреда дужности чувања пословне тајне, повреда дужности пажње. Друго, искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу. Треће, повреда дужности ограничења плаћања. Четврто, повреде осталих дужности према компанији (уношење улога у друштво, обавезе у вези са проценом вредности неновчаних улога, одговорност преносиоца и стицаоца код преноса удела или акција и слично). Постоје, дакле, вишеструки основи ове тужбе⁴⁷ – „*вишеглава деривативна тужба*“.⁴⁸

Како је у сваком случају реч о штети која настаје првенствено компанији као правном субјекту, то је логично да се као тужилац по овом основу појави само друштво (*директивна тужба – друштво примарни тужилац*) кога заступа у том спору неки директор друштва, а тужени може бити неки други директор друштва, као и друга лица са дужностима према друштву која су повредила те дужности („*директор против директора*“). Ако овај поступак *не покрене само друштво* (блокада одлуке од стране контролног акционара о чијој је одговорности реч и слично), овај поступак по принципу деривације у своје име, а за рачун друштва (*actio pro socio* – тужба за друштво), може покренути као *тужилац сваки члан или акционар (секундарни тужиоци)* – „*члан друштва против директора*“ (*бићни моменти: негодизање тужбе од стране компаније*), или *члан и акционар* који појединачно или скупно поседује прописани проценат

46 О овим институтима више вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019, 153–154.

47 Сматра се да нова дефиниција британског права појма дужности према компанији (проширење и на друге конституенте: запослене, повериоце, субјекте заштите животне средине и др.) проширује и основе деривативне тужбе, јер ову тужбу могу поднети и запослени и субјекти заштите животне средине, ако су акционари, по основу повреде њихових заштићених интереса од стране лица са дужностима према компанији при доношењу пословних одлука, што се оцењује као ризично, посебно за неизвршне директоре. Вид. Arad Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1092629>, 28. 3. 2020, интернет извор без броја стране.

48 О модалитетима деривативне тужбе: L. C. B. Gower, P. L. Davies, 621–623; Dario Latella, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2009, 1–17; М. Васиљевић (2019), 176–179; Владимир Савковић, *Деривативне акционарске тужбе*, Подгорица, 2004, 47–70; Драган Голубовић, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни живот*, бр. 11/1995, 55–73.

капитал учешћа (према српском закону, то је „најмање 5%“ основног капитала друштва).⁴⁹

Дакле, ако тужбу *подиже само друштво* (*друштво тужилац – директна тужба*), оно је тужилац у своје име и за свој рачун, а ако тужбу *подиже законом овлашћени члан или акционар* (*активна лезитимација*)⁵⁰ као деривативну, *подиже је у своје име а за рачун друштва* (досуђена накнада штете припада друштву, а не тужиоцима) против одговорних лица која имају дужности према друштву у складу са законом (тужени).

Пасивно легитимисана лица (*тужени*) према српском компанијском закону код деривативне тужбе су лица која имају прописане дужности према друштву (актуелна и ранија до истека рокова застарелости, лица одређена законом или друга лица одређена оснивачким актом

49 ЗОПД, чл. 79, 184, 275 и 196; немачко право (GJSCA, чл. 147–148) код друштава капитала тражи цензус од 1% (или поседовање најмање номиналне вредности 100.000 евра); у праву САД-а се не тражи капитал цензус и право на деривативну тужбу је индивидуално право сваког члана друштва (постојећег или бившег), као и члана органа друштва – *officers* (постојећег или бившег). Вид. Модел корпорацијски закон из 2016. године (*Revised Model Business Corporation Act 2016*; даље у фуснотама: RMBCA), sec. 3.04, 7.40–7.41, доступно на адреси: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca_authcheckdam.pdf, 25. 3. 2020; исто и у аустралијском праву (вид. R. P. Austin, I. M. Ramsay, 675–680); у Великој Британији (након озакоњења деривативне тужбе и одступања од прецедентних случајева *common law*) право на деривативну тужбу је такође индивидуално право и није условљено капитал цензусом, али се поступак донекле разликује у Шкотској од поступка у Енглеској, Велсу и Северној Ирској (GBCA 2006, чл. 260–269); у континенталној европској пракси и праву: француско право за ову тужбу за листиране компаније тражи капитал цензус од најмање 5% акција с правом гласа (C-comm., чл. 225–120, чл. 225–252); италијанско право за деривативну тужбу код отворених компанија тражи капитал цензус од 2,5% основног капитала друштва (вид. италијански Грађански законик из 1942. (*Codice civile*), чл. 2393 – *bis*).

50 Српско право као неопходну процесну претпоставку тражи постојање овог својства у време подизања тужбе, независно од тога да ли је основ тужбе настао пре или за време постојања својства члана (постојање правног интереса – актуелни члан), али не одређује изричито да ли такав тужилац може остати тужилац и ако током поступка располаже својим капитал учешћем (чини се да то више није логично, јер нема правни интерес да ради за рачун компаније, пре има интерес да ради тада за свој рачун – бивши члан), с тим што одређује могућност ступања на његово место у својству тужиоца, уз његову сагласност, стицаоца његових акција или удела до окончања правноснажног парничног поступка (укључујући и ванредне правне лекове) – *субјективно иреиначење тужбе* које тражи по процесним прописима и сагласност туженог (ЗОПД, чл. 79); истоветно је и решење британског компанијског права (GBCA 2006, чл. 260 ст. 4); у неким америчким државама се захтева постојање својства акционара од настанка основа до тужбе и континуирано током поступка, у другима се тражи то својство само у време подизања тужбе (R. Hamilton, 416); италијанско право (*Codice civile*, чл. 2393 – *bis*) тражи поседовање капитал учешћа члана – тужиоца током трајања поступка.

или статутом друштва – „директори у сенци“, „фактички директори“ и др.), али и са њима повезана лица кад су уговорна страна и несавесно треће лице, а све зависно од основа деривативне тужбе. Тако, *код њовреде дужности њажње*, тужени су чланови органа друштва, заступници и прокуристи и ликвидациони управник; *код њовреде дужности сукоба инѡтереса*, тужени су сва лица која имају дужности према друштву а „која имају лични интерес у том послу, односно правној радњи“, као и са њима повезана лица која су била уговорна страна и треће лице чија се несавесност докаже; *код дужности избеђавања сукоба инѡтереса*, тужени су сва лица са дужностима према друштву, као и са њима повезана лица; *код њовреде дужности ѡшћовања забране конкуренције*, тужени су сва лица која имају дужности према привредном друштву, осим ликвидационог управника (интересантно је да тужени овде није несавесно треће лице); *код њовреде дужности чувања ѡсловне ѡајне*, тужени је лице које је повредило ову дужност; *код искључења члана друшћва с ођраниченом одђоворношћу*, тужени је друштво које на захтев члана није донело одлуку о искључењу и члан чије се искључење захтева и *код њовреде дужности ођраничења ѡлађања*, тужени су чланови органа друштва који су донели такву одлуку и акционари којима је извршено такво плађање.⁵¹

*Тужбени захћев*и по деривативној тужби, у смислу српског процесног и материјалног права, могу бити: *кондемпнѡторни* (накнада штете због повреде посебних дужности према друштву; пренос на друштво користи које је тужени или са њим повезано лице остварило повредом дужности избегавања сукоба интереса и/или повредом дужности неконкуренције друштву и исплата износа који је примио члан друштва по основу повреде правила о ограничењу плађања), *констћићућивни* (поништај правног посла или правне радње у којима постоји лични интерес, искључење члана из друштва по основу повреде дужности чувања пословне тајне и/или забране конкуренције и искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу), изузетно утврђујући и *декларѡторни* (кад се утврди повреда правила о одобравању послова и радњи у којима постоји лични интерес по основу повреде дужности пријављивања истих надлежном органу друштва – тада надлежни суд може изрећи и меру привременог ограничења права вршења функције директора, чла-

51 ЗОПД, чл. 61, 64, 65 ст. 3 тач. 3 и 4, 67, 71 и 76. О одговорности директора (бившег директора, „фактичког директора“ и „директора у сенци“) по основу деривативне тужбе и посебно несавесног трећег лица (увек повезано са повредом дужности према компанији лица са таквим дужностима) у британском праву вид. GBCA 2006, чл. 260 ст. 5, чл. 170 ст. 5, чл. 233 и 251; R. Pennington, 805–811; A. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing*, интернет извор без броја стране.

на надзорног одбора, заступника или прокуристе у трајању од годину дана – дисквалификација директора).⁵²

Право на подизање деривативних тужби је свакако законско право, те се оно не би могло (унапред апстрактно) искључити или ограничити на било који начин оснивачким актом, статутом или одлуком скупштине друштва или другог органа друштва (*pactum de non p(r)etendo*), али би таква могућност постојала по настанку конкретног основа (конкретно и *ex post*). Таква могућност предвиђена је у складу с упоредноправним решењима и српским компанијским законом: могућност друштва да се квалификованом већином скупштине друштва (3/4) одрекне (директна тужба) захтева за накнаду штете од „директора друштва“ и „чланова надзорног одбора“, осим ако се томе не успротиве мањински акционари са најмање 1/10 основног капитала друштва (ова могућност може утицати и на активизам мањинских чланова у вези са подизањем деривативне тужбе, односно ово право може водити и овлашћењу суда, кад је као такво прописано, да одбаци деривативну тужбу због неутуживости субјективног права као неопходне процесне претпоставке) – већинска ратификација (одобрење) повреде дужности према друштву.⁵³

3. Повериоци и деривативна тужба

Право поверилаца на подизање деривативне тужбе у редовним случајевима ретко је прихваћено у упоредном праву и поред чињенице да је оно широко признато у стечајном поступку кроз институт паулијанске тужбе, која је по дејству истоветна деривативној тужби. Ако је, уз то, ово право везано за капитал цензус (као што је то случај српског права

52 ЗОПД, чл. 64, 67, 71, 74, 76, 184, 196 и 275 ст. 6. Више о институту дисквалификације директора вид. Вук Радовић, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и њиврега*, бр. 1–3/2010, 26–56.

53 ЗОПД, чл. 415, 235 и 447. О немогућности овакве ратификације повреде дужности према друштву и тиме ослобођења од одговорности (искључење директне и деривативне тужбе, као и колективне, ако постоји) у енглеском праву и пракси у случају постојања преварне радње код те повреде, као и о низу случајева у којима је суд одбио да прихвати такву ратификацију и њено дејство, те о непоштености наметања ове ратификације, иако донете већински, мањинским акционарима, истоветно као и у случају негативне одлуке по њиховом претходном захтеву за подизање деривативне тужбе (режим *common law*) и, чини се, дозвољености ратификације и таквих повреда дужности (у мери у којој су и те повреде и њихова ратификација интерес акционара и друштва – мада закон ипак оставља извесну нејасност у том погледу) строгом већином, без могућности да у одлучивању учествују акционари који имају интереса, директног или индиректног – сукоб интереса (режим GBCA 2006) вид. Riley Christopher, „Derivative Claims and Ratification: Time to Ditch some Baggage“, *Legal Studies Durham Research Online*, Vol. 34, Nr. 4/2014, 582–608.

– поседовање најмање 5% основног капитала друштва, појединачно или удруживањем с другим), онда практично код једночланих друштава и код друштава код којих појединачни акционар поседује преко 95% капитал учешћа нема могућности за подизање ове тужбе, јер нико не може имати активну легитимацију. Све су ово разлози за признање повериоцима права на активну легитимацију у подизању ове тужбе у редовним случајевима (посебно ако је наплата потраживања повериоца угрожена, што може уследити не само у стечајном поступку). За ово говоре посебно и разлози недовољне популарности ове тужбе у животу привредних друштава (са мањинским члановима као једино активно легитимисаним) због непостојања директног економског интереса тужиоца и контроверзно решеног питања сношења трошкова овог поступка, што додатно дестимулише подизање ове тужбе. Ово су били разлози да се ово право призна повериоцима (поред таквог права мањинских акционара) у немачком и шпанском акционарском праву.⁵⁴

4. Деривативна тужба код друштава лица и групе друштава

Српски закон оставља отвореним питање да ли могућност подношења ове тужбе постоји код командитног и ортачког друштва, с обзиром на то да то изреком не искључује, а с друге стране право чланова друштва (заједнички термин за све власнике било које форме друштва) на подизање ове тужбе везује за капитал цензус (који не постоји као категорија код командитног и ортачког друштва). Овај проблем постао је још сложенији због чињенице да је српски компанијски закон дозволио деривативну тужбу (општи режим ове тужбе) с истим капитал цензусом и за покретање судског поступка искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу, што се сходно примењује и на искључење ортака ортачког друштва (тима и командитног), што би основано могло водити закључку да је овај вид деривативне тужбе могућ и код друштава лица и у српском праву.⁵⁵

Питање тзв. *вишеструке деривације*⁵⁶ – могућност подизања ових тужби не само у друштву где се има статус члана или акционара, већ и у повезаним друштвима (групе друштава) по основу одговорности лица која

54 Немачка: GJSCA, чл. 62, 93 ст. 5, 116, 148 и 309; Шпанија: Закон о акционарским друштвима из 1995. (*Ley de Sociedades Anónimas*; даље у фуснотама: LSA), чл. 100, 133–134.

55 ЗОПД, чл. 196, 126 и 120.

56 Више вид. Phillip Blumberg, *The Law of Corporate Groups*, Boston – Toronto, 1987, 349–366. Француски Касациони суд дозвољава да акционари холдинга подижу деривативне тужбе по основу повреде дужности према друштву извршених у зависним друштвима. P. L. Cannu, B. Dondero, 613–614; B. Савковић, 85–88.

имају дужности у матичном (контролном) друштву, већ и по том основу и у зависном (контролисаном) друштву (друштвима), такође је једно од спорних питања компанијског права. У америчком корпорацијском праву, судови у принципу дозвољавају вишестепену деривативну тужбу (групе друштва: матична и зависна друштва) с позивом на следеће теорије: економског јединства, пробијања правне личности, заједничке контроле, заступања, фидуцијарних дужности.⁵⁷ Српско компанијско право у погледу вишеструке деривације није сасвим конкретно и јасно. Наиме, из чињенице што утврђује могућност (тима и одговорност) директора контролног друштва (не и других лица која имају дужности према друштву) да дају „обавезујућа упутства“ контролисаном друштву „о начину вођења послова, руководећи се интересима групе“, и то пажњом доброг привредника, могао би се извести закључак о могућности деривативне тужбе мањинских чланова зависног друштва против директора матичног друштва (повреда прописаних дужности директора матичног друштва и према зависном друштву по овом основу), с обзиром на прописану сходну примену норми које се односе на ове дужности у сопственом друштву (конкретно – матичном). Различито гледање на ово решење у правној теорији произлази делом и из појмовног одређења вишеструке деривације, што је у сваком случају препорука законодавцу да ово питање уреди неспорније.⁵⁸

5. Претходни захтев друштву и одобрење друштва и/или суда

*Секундарна раван шужилаца чланова и акционара друштва са прописаним процентом капитал учешћа у подизању тужбе за друштво и обавезност обраћања друштву (неопходна процесна претпоставка – тзв. *претходни захтев* – једно од најконтроверзнијих питања поступка по деривативној акционарској тужби),⁵⁹ последица је бојазни да ће*

57 William H. Painter, „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal*, Vol. 36, Nr. 2/1961, 146–155.

58 ЗОПД, чл. 558 у вези са чл. 557 и 61–80. Тако и Јелена Лепетић, *Компанијској равни режим сукоба интереса – Дужности појалности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 300. Супротно: „Вишеструка деривативна тужба би постојала само у околностима када би члан контролисаног друштва могао да поднесе тужбу за рачун контролног друштва или евентуално обрнуто, што Закон о привредним друштвима не дозвољава.“ Ј. Величковић, 290.

59 Немачко право разликује случај кад је одобрење скупштине друштва неопходна претходна процесна претпоставка за ову тужбу и када је за то потребно одобрење суда: кад компанија по претходном захтеву акционара није поднела тужбу; кад је вероватно да је компанија претрпела штету и кад не постоји интерес компаније због ког би се ускратило подизање ове тужбе и кад је реч о акционарима који су имали то својство у време повреде фидуцијарне дужности која је основ тужбе (суд балансира интересе компаније и мањинских акционара који желе да подигну ову тужбу – као и у праву САД-а – на претходном рочишту). D. Latella, 12; GJSCA, чл. 147–148.

постојати велики број ових спорова (што је у континенталном праву, укључујући и британско, изостало), а такође и потребе да тужиоци

У праву и пракси САД-а суд цени дозвољеност тужбе полазећи од интереса компаније, а не акционара; претходни захтев друштву за подизање тужбе је неопходна процесна претпоставка. R. Hamilton, 413–420; James D. Cox, „The Social Meaning of Shareholder Suits“, *Brooklyn Law Review*, Nr. 3/1999, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=203373>, 28. 3. 2020; RMBCA, sec. 3.04, 7.40–7.41. У праву САД-а, ово обраћање друштву се ипак као процесна претпоставка може избећи ако би тужилац доказао да је то без сврхе (нпр. одбор директора је под потпуном контролом лица које треба да буде тужено и јасно је да се не може донети одлука о подизању тужбе од стране друштва, или кад постоји лични интерес чланова управе у спорној ситуацији, или кад се управа отворено противи подношењу тужбе, или кад се правило пословне процене не може применити због недовољне информисаности чланова управе и слично). Ова процесна претпоставка је, међутим, остала кад је реч о *обавези њосилојања у корпорацији независној комитијеи за спорове* који јој даје мишљење о основаности тужбе имајући у виду њен интерес, а правило је да, ако суд процени да је састав тог комитета такав да може дати о томе квалификовано мишљење, а дао је негативно мишљење, да суд одбаци такву тужбу, иако негативна одлука о претходном захтеву за ову тужбу у принципу није обавезна за суд. Вид. Jessica Erickson, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, Nr. 1/2017, 267–269. Коначно, амерички Модел корпорацијски закон не дозвољава да се поступак по поднетој деривативној тужби прекине или оконча поравнањем без одобрења суда (сврха је онемогућавање потенцијалних злоупотреба у покретању и вођењу ових поступака на штету корпорације и њених акционара). RMBCA, sec. 7.42, 7.45; исти је став и Пројекта корпорацијског управљања америчког правног института. Вид. R. Hamilton, 414–416; L. C. B. Gower, P. L. Davies, 605–621; R. Pennington, 805–811.

У британском праву постоји могућност компаније (скупштина без учешћа лица која имају интереса за одлуку – сукоб интереса) да одобри (ратификује) повреду дужности према компанији од стране лица са таквом дужношћу, посебно ако сматра да је интерес компаније (примена правила пословне одлуке – *Business Judgment Rule – BJR*) да се не води судски поступак (било по директној тужби, било по деривативној) и ако се ради о повреди која представља обичну непажњу. Ова одлука компаније има значајан (ипак не и коначан) утицај на овлашћење суда, који поступа у две фазе: прво, претходно рочиште на ком се утврђује *prima facie* о повреди дужности према компанији на основу поднетих доказа, при чему суд води рачуна о свим околностима: постојање правно ваљане одлуке скупштине компаније о ратификацији повреде дужности лица са дужностима према друштву (посебно се утврђује да ли су у њеном доношењу учествовала лица која имају интерес за одлуку – у принципу ова одлука води и одлуци суда о неоснованости деривативне тужбе већ у овој фази и ускраћивању тужиоцу вођења спора у меритуму); поступање потенцијалних тужилаца у доброј вери при подношењу ове тужбе; постојање штете и узрочне везе са повредом дужности према компанији; процена интереса компаније и утицаја спора на репутацију компаније пре евентуалног спора о меритуму – утицај на цену акција подстакнут писањем медија о потенцијалном спору; степен повреде дужне пажње или непостојање такве повреде (поступање у складу с прописаним дужностима); могућност алтернативних правних лекова (индивидуална тужба уместо деривативне, на пример) и слично. Суд може већ на овом рочишту одбити захтев за деривативну тужбу: ако на први поглед није поткрепљен потребним доказима (ако се одлука са налогом за допуну доказа не одложи); ако су директори (најчешће су тужени по овој тужби) поступали

ефекат ове тужбе остваре одлуком органа друштва и без подизања тужбе или да подстакне само друштво на подизање директне тужбе.

Секундарни (деривативни) тужиоци који имају активну легитимацију, у српском компанијском праву могу поднети деривативну тужбу (у своје име а за рачун друштва) тек по претходном захтеву поднетом у писаној форми (*обавезности претходног захтева чије бићине елементе закон не ушврћује – бићина је процесна претпоставка о којој суд води рачуна по службеној дужности, без изузетка*) друштву (скупштини, одбору директора или надзорном одбору, зависно од решења статута).⁶⁰

у интересу компаније („*имовисање усреха компаније*“ – посебно поклањање вере у овом погледу одлуци скупштине компаније – *судска примена правила њословне одлуке – BJR*); ако је основ за подношење тужбе ратификован (одобрен са искључењем одговорности) од стране скупштине компаније, чиме се не може водити даљи поступак. Захтев који не испуњава неопходне процесне претпоставке се одбацује. Ако се захтев за деривативну тужбу одобри, наставља се поступак за одлучивање о меритуму захтева. GBCA 2006, чл. 172, 260, 261 и 263 ст. 2–4; Правила о измени парничног поступка из 2007. (*Civil Procedure Amendment Rules*; даље у фуснотама: CPR), чл. 19.9. Правна теорија и Комисија за реформу компанијског закона (*Company Law Review Steering Group*) не очекују повећање броја спорова по овим тужбама након законског регулисања, највише због тога што је законодавац занемарио полазну претпоставку за регулисање – минимизирање сложености и максимизирање доступности. Додаје се да је за то гаранција и традиционална сумњичавост енглеских судова у погледу ових тужби, као и достигнута култура вођења спорова. Вид. А. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, интернет извор без броја стране.

У француском праву и пракси, иако „претходни захтев друштву“ није прописан, по ставу судова се практикује. Вид. Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 126–128; P. L. Cannu, B. Dondero, 305; Dominique Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, 1970, 195 и даље.

60 Изузетно, српски ЗОПД (чл. 196 ст. 6) изричито одређује да се у сегменту деривативне тужбе за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу захтев подноси скупштини друштва. Такође, скупштина друштва се може $\frac{3}{4}$ већином гласова одрећи (директна тужба, ефекат немогућности подизања деривативне тужбе због недостајуће процесне претпоставке) имовинскоправног захтева за накнаду штете од „директора друштва“ (и „чланова надзорног одбора“) ако се томе не супротставе мањински чланови друштва са $\frac{1}{10}$ основног капитала друштва (ЗОПД, чл. 415 ст. 7, 235 и 447). Ово овлашћење скупштине на одрицање од имовинскоправног захтева важно је код утврђивања статутом друштва (пошто то није учинио закон – случај искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу и изричитог овлашћења скупштине да донесе одлуку о захтеву за деривативну тужбу мањинских чланова (ЗОПД, чл. 196 ст. 6)) надлежног органа за одлучивање о претходном захтеву за покретање деривативне тужбе (заправо, говори у прилог томе да то буде одбор директора или надзорни одбор, који су такође овлашћени на доношење одлуке о покретању директне тужбе од стране друштва, а сврха овог захтева је управо да подстакне само друштво да подигне директну тужбу).

У америчком праву, захтев се подноси по правилу управи друштва (иако она потенцијално може бити тужена). RMBCA, par. 7.42; R. Hamilton, 545. У шпанском праву (LSA, чл. 100, 133 и 134) акционари с најмање 5% капитала су овлашћени да

Друштво у року од 30 дана од пријема захтева може да „не поступи по захтеву“ („ћутање друштва по захтеву“): не донесе одлуку да само покрене директну тужбу, не донесе никакву одлуку о основаности захтева за деривативну тужбу или неоснованости; или да „поступи по захтеву“: донесе одлуку о покретању директне тужбе и у овом року је поднесе (позитивна одлука), одбије захтев за покретање деривативне тужбе (негативна одлука о захтеву) или донесе одлуку о основаности покретања деривативне тужбе (позитивна одлука). У сваком случају („ћутање друштва“, негативна одлука о захтеву), осим ако друштво „поступи по захтеву“ покретањем директне тужбе у овом року, подносиоци „претходног захтева“ могу поднети деривативну тужбу у прописаном субјективном или објективном року, што режим претходног захтева чини несврсисходним и обесмишљеним.⁶¹

Правни режим српског компанијског закона за секундарне тужиоце на подизање деривативне тужбе формалноправно искључује било какву материјалноправну улогу суда око дозвољености вођења судског поступка по деривативној тужби (процена постојања интереса друштва, процена постојања интереса акционара), осим утврђивања формалних претпоставки (постојање капитал цензуса код тужиоца); постојање својства члана у време подизања тужбе (постојање правног интереса), независно од тога да ли је то својство стечено пре или након настанка основа за ову тужбу; у случају располагања капитал учешћем, могућност новог стицаоца да уз сагласност преносиоца ступи на место тужиоца (непостојање правног интереса бившег члана); постојање наведеног претходног захтева друштву, који је у режиму српског права потпуно обесмишљен, а имао би једино смисао ако би суд имао овлашћење да врши процену интереса привредног друштва за деривативну тужбу, па би одбијање таквог захтева од стране надлежног органа друштва могло да има значајан (не и коначан) утицај на одлуку суда.

6. Трошкови поступка по деривативној тужби

Чињеница да по деривативној тужби у спору за накнаду штете друштву по основу повреде дужности према друштву лица са таквим ду-

траже сазив скупштине ради доношења одлуке о подизању деривативне тужбе, а ову тужбу могу подићи: ако директори одбију сазивање скупштине ради одлуке, ако компанија не подигне директну тужбу у прописаном року након позитивног одговора о сазиву скупштине и ако скупштина одбије захтев за подизање деривативне тужбе. Вид. D. Latella, 10–11.

61 ЗОПД, чл. 79 и 196 ст. 6 (сегмент деривативне тужбе за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу – раздвајање момента доношења одлуке, и то од стране скупштине о таквом захтеву мањинских чланова, и евентуалног подношења директне тужбе и момента подношења деривативне тужбе).

жностима накнада припада друштву, као и чињеница да су тужиоци у овом спору у обавези да снесу трошкове спора (*својеврсна асиметрија њихових трошкова*), најмање у сваком случају код неуспеха у спору (како сопствене, тако и трошкове друге стране и друге трошкове поступка),⁶² представља један од кључних проблема евидентног недостатка активизма акционара за подизање ове тужбе (изузев у пракси САД-а, у доброј мери из спекулативних разлога у условима развијеног тржишта капитала).

Српска процесна регулатива не садржи посебна решења овог проблема, тако да остају општа правила⁶³ да тужилац у принципу има право на накнаду својих трошкова (трошкови заступања, судски или арбитражни трошкови и слично) само у случају успеха у спору, али у случају губитка спора и по овој тужби био би, по правилу, дужан да сноси сопствене трошкове, али и да накнади трошкове туженика. Такође, остаје питање накнаде евентуалних других трошкова (вештаци, консултанци и слично). Отуда, специјализована процесна регулатива код ове тужбе треба да реши, између осталог, и ово питање на правичнији начин. Неспорно је да ће и решење овог питања зависити од става законодавца према овом институту корпоративног управљања – да ли је потребан његов подстицај и на овом плану како би се надзорна и репресивна функција овог института појачала, па и одвраћајућа од чињења повреда дужности према друштву, или се, пак, на овај институт може гледати као на својеврсни окидач за проблеме корпоративног управљања, типа ограничења слободе доношења пословних одлука и уласка у пословне ризике. Осим регулативе, која је у свом изразу у домену законодавне политике, у овом погледу велика је и улога суда, посебно у земљама у којима он има својеврсна дискрециона овлашћења да и у припремној фази (рочиште о претпоставкама за деривативну тужбу) и у фази одлучивања о меритуму врши својеврсну процену од утицаја и на питање трошкова, савесности тужиоца у покретању и вођењу овог спора, као и процену степена повреде дужне пажње („пажња доброг привредника као правило“) и тиме узроковане штете компанији, од чега зависи и исход покренутог спора по овој тужби, а тиме и последична одлука о трошковима. Оно што би у сваком случају требало очекивати у овом погледу, као извесно правично решење, требало би да буде правило да компанија обавезно сноси трошкове поступка ако суд, на основу претходне одлуке надлежног органа о прихвату захтева за деривативну тужбу на предлог,

62 За разлику од ђутања српског компанијскоправног законодавца око накнаде трошкова код деривативне тужбе, изричито решење прописано је за трошкове ванредне или посебне ревизије („трошкове спровођења ванредне или посебне ревизије сноси друштво“ (ЗОПД, чл. 459)).

63 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС, 55/14 и 87/18, чл. 151 и 153.

по правилу, свог независног тела за спорове или без њега, такође одобри вођење поступка по овој тужби, независно од исхода спора. Решења у овом погледу у упоредном праву и пракси нису униформна.⁶⁴

64 У праву САД-а (RMBCA, sec. 7.46; R. Hamilton, 417–420, 425–426), као и у аустралијском компанијском праву (R. P. Austin, I. M. Ramsay, 682–683) тражи се полагање корпорацији „обезбеђења за трошкове“, а у случају успеха у спору – тужилац има право на накнаду разумних трошкова, укључујући и адвокатске трошкове (по правилу из *фонда заједничке имовине* – по правилу да тужилац који у поступку оствари корист за све чланове те заједнице има то право). Значајно правило америчког права је и право на уговарање награде заступницима у зависности од успеха у спору (*contingent fee*). Постоји залагање за пребацивање ризика спора на адвокату тужиоца уговарањем *contingency fee* споразума (накнада и награда за успех у спору), што је америчка пракса, како би се отклонио или ублажио свакако кључни проблем института деривативних тужби везан за трошкове поступка. Arad Reisberg, „Derivative Actions and the Funding Problem: The Way Forward“, *Journal of Business Law*, Nr. 5/2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=632181>, 28. 3. 2020, 445. Исти аутор такође има став да није потребно давати никакве економске подстицаје за ове тужбе, јер и није пожељно (није интерес компаније) водити грађанске парнице по тужбама мањинских акционара. Arad Reisberg, „Theoretical Reflections on Derivative Actions: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2006, 69–108.

У швајцарском праву (ШЗО, чл. 756), ако према фактима и праву акционар има разлога за деривативну тужбу, судија распоређује трошкове према слободној процени између тужиоца и друштва, у мери у којој их не ставља на терет туженог.

У италијанском праву (Codice civile, чл. 2393 – *bis*) за деривативну тужбу у погледу трошкова поступка од недавно је дозвољено, као и у америчком праву, уговарање *contingent fee*. D. Latella, 13.

У британском праву (CPR, чл. 19.9E) сматра се да регулисање деривативне тужбе у Компанијском закону у погледу трошкова ове тужбе не ставља акционаре у бољу позицију ако воде спор за рачун компаније него ако би продали акције, те у суштини остаје позиција из *common law*-а. Практично, ако суд одобри поступак по деривативној тужби, компанија „може“ да надокнади трошкове тужиоцу, али је процена у теорији да ће то бити тешко, јер је процесни закон пропустио прилику да подстакне судове да преиспитају своју позицију у овом погледу. С друге стране, сматра се да је јасно да ако компанија не одобри деривативну тужбу, сматра се да до тада настали трошкови остају на подносиоцу захтева за тужбу. Вид. A. Reisberg, *Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?*, интернет извор без броја стране.

У немачком праву (GJSCA, чл. 147–148), ако суд одобри вођење поступка по деривативној тужби, трошкове овог поступка сноси компанија, а у случају одбијања (негативан исход) трошкове носе акционари тужиоци, осим ако компанија има интерес (непознат акционарима) да се одбије захтев, док у случају поступка за одлучивање о меритуму спора трошкове поступка сноси увек компанија, без обзира на исход спора, осим ако је тужбени захтев прихваћен на основу лажних доказа поднетих суду. Вид. D. Latella, 12.

7. Ћутање српског процесног законодавца

Српско процесно право није реаговало на увођење института деривативне тужбе, као материјалноправног института, у компанијско право, те су бројна процесноправна питања у вези са овим институтом остала нерешена (иако је компанијски закон неовлашћено, јер није реч о његовој вокацији, уредио) и отворена. На првом месту, ту је већ истакнуто питање сношења трошкова, што је свакако питање процесне регулативе (ипак, у овом погледу се примећује недостатак српског компанијског законодавца, који исто питање не оставља отвореним код сношења трошкова посебне и ванредне ревизије). За разлику од овакве праксе српског законодавца, промене компанијскоправне регулативе британског права праћене су истовременим променама процесне регулативе.⁶⁵

Бројна процесна питања која произлазе из института деривативне тужбе заслужују пажњу процесног законодавца како би овај материјалноправни институт компанијског права био уведен без отворених питања у правни живот: сношење трошкова деривативне тужбе (посебно с обзиром на то да је подижу законом овлашћени чланови друштва у своје име а за рачун друштва, те примена општих правила о трошковима поступка не одговара њеној природи); утврђивање постојања процесних претпоставки за тужбу; претходни захтев друштву и изузеци; мериторност одлуке надлежног органа друштва о основаности тужбе; овлашћења суда у односу на одлуку органа друштва и овлашћења суда о основаности тужбе у претходном поступку, без поступка одлучивања о меритуму; правила могућности учешћа умешача (посебно, с обзиром на природу тужбе, незахтевање сагласности и туженог);⁶⁶ приговор литиспенденције (природи ове тужбе одговара захтевање само објективног идентитета – истоветност предмета спора, а не и субјективног идентитета – идентичност странака); приговор *res iudicata* – дејство на све странке у поступку (тужиоце и тужене – *inter partes*), као и умешаче који имају статус јединственог супарничара (*ultra partes*) и њихове сукцесоре, као и на само друштво и чланове друштва неучеснике поступка (потреба да се за ово дејство тражи *само њоспојање објективног иден-*

65 GBCA 2006 и CPR, чл. 19.9 A–F, 19 C. И у праву САД-а посебан процесни закон уређује бројна процесна питања и ове тужбе – Федерални закон о парничном поступку из 2018. (*Federal Rules of Civil Procedure 2018*; даље у фуснотама: FRCP), чл. 23.1.

66 Питање примерености у овом погледу решења српског компанијског закона о умешачима – ако директну тужбу подиже друштво, члан друштва који је захтевао подизање ове тужбе од друштва може се укључити у поступак као *умешач*, а такође ако је члан друштва поднео деривативну тужбу – други члан(ови) друштва могу се укључити у поступак као умешачи ако испуњавају прописане услове. ЗОПД, чл. 80.

титула – истоветност предмета спора, али не и субјективног идентитета – истоветност странака);⁶⁷ дејство одбацивања (неиспуњавање законских претпоставки за активну легитимацију – примена општих процесних правила – одлука нема дејство пресуђене ствари на остале чланове); дејство одбијања тужбеног захтева у меритуму (примена општих процесних правила – дејство пресуђене ствари) и слично.

8. Значај деривативне тужбе

Значај деривативних тужби, као права мањинских акционара и чланова (и поред начела супсидијарности, које у извесној мери ограничава остварење и примену, чиме се у основи подвргава примарном интересу – интерес компаније као правног субјекта) у упоредном праву веома је различит.⁶⁸ Чињеница да у спору за накнаду штете друштву против штетних одлука или радњи лица која према закону имају дуж-

67 Извесне недоумице изазива питање дејства одлуке по деривативној тужби у односу на друштво (није учесник у парничном поступку по деривативној тужби) и на чланове неучеснике. Немачки Закон о акционарским друштвима у том погледу отклања све дилеме прописујући да таква одлука има дејство на друштво и све његове чланове (без обзира на то да ли су учествовали у поступку или не). GJSCA, чл. 148 ст. 5.

68 У енглеском праву, у пракси и теорији, не придаје се велики значај овим тужбама, јер се сматра да је згодније да исте тужбе подиже само друштво, чиме се избегавају вексаторне парнице мањинских акционара, чланова или командитора. Вид. L. C. V. Gower, 643–672; R. Pennington, 863–920; J. Charlesworth, 396–444; P. Loose, J. Yelland, D. Impey, 306–315; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 687–689.

У Аустралији и Новом Зеланду деривативна тужба се релативно ретко користи, а разлози се налазе у критеријумима за одобрење ове тужбе од стране суда, као и у овлашћењу суда да одлучи о трошковима овог поступка, те се сматра да ће до отклањања ових разлога акционари чешће користити тужбу класе акција или друге тужбе (*oppression action*). Lang Thai, Matt Berkahn, „Statutory Derivative Actions in Australia and New Zealand: What Can We Learn from Each Other?“, *New Zealand Universities Law Review*, Nr. 25/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2982928>, 28. 3. 2020, 370–401.

У праву и пракси САД-а, деривативна тужба се сматра једним од најзначајнијих инструмената заштите мањинских права акционара или чланова друштва (и поред могућих мера одбране у овом поступку, као и бројних процедуралних проблема). FRCP, чл. 23.1; RMBCA, сек. 3.04, 7.40; R. Hamilton, 413–420. У француском праву и пракси, према ставу правне теорије, деривативна тужба се ретко користи првенствено због обавезе сношења трошкова од тужиоца и евентуалне користи за друштво, а не тужиоца. P. L. Cannu, B. Dondero, 305; F. Peltier, 122–124.

О узроцима знатног повећања броја деривативних тужби у Јапану (неекономски мотиви и ирационално понашање акционара) вид. Dan W. Puchniak, Masafumi Nakahigashi, „Japan’s Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives for Shareholders Litigation“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, Nr. 1/2012, доступно на адреси: <https://ssrn/abstract=2256442>, 28. 3. 2020, 1–82. У немачком праву и пракси, у периоду од десет година, и поред добрих решења овог института, посебно на плану трошкова поступка, забележена су само три случаја

ности према друштву (по овој тужби, та накнада припада друштву), као и чињеница да су тужиоци у овом спору у обавези да сnose свакако иницијалне трошкове спора (*својеврсна асиметрија припадности прихода по тужби и сносиња трошкова*) и остале најмање у сваком случају код неуспеха у спору (како сопствене, тако и трошкове друге стране, судске трошкове, трошкове вештачења и слично), као и прописани цензус, те и психолошки феномен тзв. слободних јахача (*free riders*) (код дисперзованих акционара ишчекивање акционара да то уради неки други акционар, и на крају нико не подигне ову тужбу) велики су ограничавајући фактори за ову тужбу.

Конечно, и поред свих правних контроверзи (посебно је питање економске оправданости – превага интереса компаније над интересом покретача поступка)⁶⁹ овог института (проблем корпоративног управљања – спорови по овим тужбама по правилу воде паду вредности акција датог друштва или решење тог проблема – одговорност друштву лица са дужностима према друштву као интерес друштва), чини се да је он ипак важан институт корпоративног управљања и компанијског права у целини,⁷⁰ те као такав мора опстати и унапређивати свој правни режим. Пре свега,

ове тужбе. Gerhard Wagner, „Officers’ and Directors’ Liability under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, Nr. 1/2015, 87.

У пракси српских судова, деривативна тужба такође је, због ограничавајућих фактора, релативно ретко заступљена, иако има одређених појединачних случајева (пресуда Привредног апелационог суда, Пж-5708/14 од 18. 3. 2015. године; пресуда Врховног касационог суда, Прев. 218/15 од 15. 5. 2016. године). Управо узимајући у обзир степен примене, основано се закључује у српској теорији „да се чини на први поглед да је деривативна тужба у српском праву неуспешан правни трансплант, јер се примењује толико ретко да можда чак и представља један од доказа идеје о немогућности примене правних трансплантата.“ Вид. Ј. Величковић, 40.

69 Diego G. Pardow, „The Economic Theory of Derivative Actions“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941209, 28. 3. 2020, 1–28. Према овом аутору, три фундаментална питања у економском смислу код ове тужбе су: прво, одређење услова под којима је у најбољем интересу компаније; друго, способност да одврати директоре од повреде фидуцијарних дужности према компанији и, треће, да ли ће је акционари ефективно подићи. Емпиријско истраживање и компарирање ових момената даје процену економских ефеката ове тужбе. Аутор закључује да у процесном смислу треба отклонити препреке за ефективност ове тужбе, имајући у виду пасивност акционара, али само ако је то у интересу компаније (и акционара). У противном, потребна су процедурална ограничења за ову тужбу како би се отклонили њени негативни економски ефекти (пад вредности акција, економски немотивисана поравнања с покретачима поступка). D. G. Pardow, 1–23.

70 Вид. Mathias Siems, „Private Enforcement of Director’s Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon“, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interest?* (eds. Stefan Wrba, Steven Uytzel, Mathias Siems), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1699359>, 28. 3. 2020, 93–116.

отклањајући правне празнине његове регулативе, материјалноправне (Закон о привредним друштвима) и процесноправне (Закон о парничном поступку): увођење изузетака од обавезе подношења претходног захтева друштву за одобрење ове тужбе; дозвољеност или не код друштва лица, пре свега због *intuitu personae* природе; отклањање дилеме око дозвољености код групе друштва у смислу изричитог прихватања тзв. вишеструке деривације; смањење или отклањање капитал цензуса као процесне претпоставке за подношење тужбе; обавезност постојања комитета за спорове у отвореним друштвима и могућност постојања у затвореним друштвима; релевантност за одлуку суда о дозвољености тужбе, имајући у виду интерес друштва, претходне одлуке надлежног органа друштва о том (донете на предлог специјализованог независног комитета за спорове),⁷¹ с обзиром на то да се ова тужба и подноси за рачун друштва (спорна квалификованост суда да се меша у пословне одлуке друштва и систем корпоративног управљања и правило пословне процене настало на тој основи – *Business Judgment Rule*);⁷² проширење круга активно легитимисаних лица и на повериоце; јачање инструмената информисања и

71 О процени компетенције различитих тела и лица (акционар тужилац, други акционари компаније, независни директори, комитети за спорове, судови) за просуђивање да ли је деривативна тужба од интереса за саму компанију вид. Ian Ramsay, „Corporate Governance, Shareholders Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action“, *University of New Wales Law Journal*, Vol. 15, Nr. 1/1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 28. 3. 2020, 149–176. О посебно значајној улози суда у овом смислу вид. Arad Reisberg, „Judicial Control of Derivative actions“, *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 8, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=706526>, 28. 3. 2020, 335.

72 О специфичности примене *Business Judgment Rule* (донекле *модификовано* – терет доказивања да није у интересу компаније вођење поступка по деривативној тужби није као код општег правила на тужиоцу, већ на туженом – члановима органа компаније против којих се води поступак; такође, и суд је овлашћен да, упркос негативном мишљењу комитета за спорове о деривативној тужби, изузетно и настави поступак, а не одбаци тужбу, и да можда одступи од правила пословне процене по ком је поступила управа поводом конкретне пословне одлуке – предлог комитета за спорове, који је прихватила управа као своју пословну одлуку, да се не настави поступак по деривативној тужби, јер није од интереса за компанију) за деривативне акционарске тужбе вид.: Dennis Block, Nancy Barton, Stephan Radin, *The Business Judgment Rule*, 5th edition, Vol. I & II, New York, 1998, 1379–1849; Carol Hansell, *Corporate Governance*, Toronto, 2003, 105–132; Branson Douglas, *Corporate Governance*, Washington, 1993, 589–734; Roberta Romano, „The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 246–256; Robert Thompson, Randall Thomas, „The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010, 277–280; Say H. Goo, *Minority Shareholders’ Protection*, London, 1994; C. Wild, S. Weinstein, 285–286; Julian Velasco, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 42, Nr. 3/2017, 772; Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2012, 7–38.

увида у документа друштва (ради отклањања информационе асиметрије и јачања позиције тужиоца за доказ повреде дужности према друштву *prima facie* у претходној фази поступка)⁷³ од стране чланова друштва, како би се стварале реалне претпоставке за активизам малих акционара на плану ове тужбе и слично.

V Привредна друштва и истовремена индивидуална и деривативна тужба

Питање постојања директне тужбе друштва за накнаду штете друштву (у своје име и за свој рачун) и деривативне тужбе (у своје име а за рачун друштва) по истом основу је искључено. С друге стране, може бити интересантно питање односа индивидуалне тужбе за накнаду штете члановима друштва и деривативне тужбе за накнаду штете друштву, по истом основу, у ситуацији кад је реч о посредној штети члановима друштва, с обзиром на то да српски компанијски закон изгледа такву штету, поред непосредне штете друштву, не искључује. Овај проблем може бити интересантан и процесноправно, имајући у виду релативно кратке рокове за подизање ових тужби. Реч је о субјективном року – шест месеци од сазнања за учињену повреду и објективном року – *йеић йодина* од дана учињене повреде.⁷⁴ Истина, ови рокови важе за деривативне тужбе, али с обзиром на то да се у српском праву и индивидуална тужба односи на повреду дужности према друштву лица с таквим дужностима, онда би се они односили и на ову тужбу. Најбоља солуција је ако поступци по тужби за накнаду штете друштву (директна тужба друштва или деривативна тужба чланова друштва) или по индивидуалној тужби теку паралелно, али с обзиром на то да подизање

73 Има, чини се, оправданих схватања да је управо недостатак адекватног и право-временог информисања чланова друштва основни узрок својеврсног „психолошког парадокса“ слабе заступљености деривативних тужби у котиралим акционарским друштвима. На овој основи изражава се и очекивање да ће и Директива ЕУ о вршењу појединих права акционара у котиралим друштвима (*Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies*, OJ L 184, 14. 7. 2007), посебно: право гласа савременим средствима електронске и видео комуникације, право на сазивање скупштине, право на допуне тачака дневног реда са предлозима одлука, рокови сазива скупштине, доступност материјала за скупштину и електронским путем, обавезност поседовања интернет странице компаније и др., елиминисати евидентни вакуум недостатка потребног активизма акционара и на плану подизања деривативне тужбе. D. Latella, 4–5, 14–17.

74 ЗОПД, чл. 77, 196, 275 и 184. У француском праву, објективни рок је три године од дана проузроковања штете, а ако то има обележје кривичног дела, онда десет година. P. L. Cannu, B. Dondero, 309.

деривативне тужбе или и директне може изостати у време кад се води поступак по индивидуалној тужби (због могућности накнаде рефлексне – посредне штете члановима друштва), не само због тешкоћа процене евентуалне индивидуалне штете члановима друштва (поред штете нанете друштву, где у том моменту нема тужбених захтева), већ и због могућих процесних злоупотреба, било би јако добро кад би процесно право ово додатно уредило и отклонило простор за калкулације чланова друштва (проблем не би постојао кад би се могућност накнаде посредне – рефлексне штете члановима друштва уклонила из српског материјалног компанијског права). Уклањањем института рефлексне штете остали би раздвојени основи, те не би и друштво и члан могли остварити накнаду по истом основу (индивидуална тужба по основу повреде дужности лица са посебним дужностима према друштву или и члановима друштва, чиме проузрокују непосредно штету члановима друштва, а деривативна по основу такве повреде која проузрокује штету непосредно самом друштву, а рефлексно и самим члановима, али без њиховог права на накнаду такве штете).⁷⁵

VI Привредна друштва и колективне тужбе

Колективне тужбе, творевина англосаксонске праксе, за сада ста-вљају на муке континентално право и полако улазе у све шири правни простор. Чини се да је могуће разликовање три врсте ових тужби: прво, тужбе класе акција – *class actions*; друго, тужбе законом овлашћеног заступника припадника неке групе или заједнице – *representative actions*; треће, остале колективне тужбе – *other collective actions*. За компанијско право посебан интерес имају тужбе класе акција, делом и репрезентативне тужбе,⁷⁶ а најмање друге колективне тужбе

75 У америчкој пракси, када је могућа накнада штете члановима друштва због повреде дужности према друштву (али само накнада непосредно проузроковане штете члановима), могућ је паралелно поступак по деривативној тужби (накнада припада корпорацији – уговорна природа), као правило, и по индивидуалној тужби (непосредна штета која припада *pro-rata* члановима друштва – деликтна или уговорна природа), као изузетак. R. Hamilton, 423–424. Принцип забране рефлексне – посредне штете акционарима у пракси Европског суда за људска права (Први протокол Европске конвенције о људским правима (*European Convention on Human Rights, Protocol 1*), чл. 1) допушта ипак изузетке ако су испуњени нужни услови: 1) акционари морају имати независан основ за тужбу и 2) кад је сигурно да акционари не би могли бити обештећени индиректно преко накнаде штете друштву због повреде фидуцијарне дужности лица са таквим дужностима (било путем директне тужбе друштва, било путем деривативне тужбе мањинских акционара), када би имали директно право на накнаду те штете. Вид. неке одлуке овог суда код B. J. de Jong, 102–105.

76 Могућност ове тужбе у српском праву предвиђена је давањем законског овлашћења Комисији за хартије од вредности (нема разлога да то није дато и удружењима акцио-

(заштита потрошача и слично). Практична реализација свих ових врста колективне тужбе у српском праву блокирана је изостанком одговарајуће регулативе која регулише парнични поступак. Од колективне тужбе треба разликовати удруживање акционара да би имали капитал цензус за подизање одређених деривативних тужби за рачун друштва, по правилу када изостану директне тужбе друштва за свој рачун.⁷⁷ Од колективне тужбе треба разликовати и индивидуалне тужбе које подиже више лица заједно у своје име и за свој рачун, што су, у ствари, индивидуалне тужбе (супарничарство).

Колективна тужба типа класе акција (могућа, дакле, само код акционарског друштва), као посебан интерес компанијског права, је тужба коју подиже један или више акционара против друштва или лица која у складу са компанијским законом имају дужности према привредном друштву (ово друго, чини се, за сада изостаје у српском праву), ради признавања неког права које им припада, с тим да одлука делује и према другим акционарима који се налазе у истој позицији, у смислу утврђеног права које друштво може признати свим лицима која се налазе у тој позицији (нпр. *акционари исте класе акција*).⁷⁸

Српско компанијско право, чини се, отвара простор на плану материјалног права за *неку врсту колективне тужбе у случају права*

нара) да их подиже ради заштите инвеститора (у своје име а за рачун инвеститора) у колективне серијске финансијске инструменте (аналогно таквом праву одређених организација за колективну заштиту права потрошача). Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 112/15 и 108/16, чл. 262 ст. 3. Штурост законског приступа овом институту је и разлог изостанка такве праксе (осим постојања овог овлашћења, све остало је нејасно и отворено). Посебно о могућности колективних тужби на тржишту капитала вид.: Јелена Лепетић, „Механизми колективне заштите у компанијском праву и праву привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2016, 151–156; ЗОПД, чл. 476 ст. 4, чл. 507 ст. 4.

77 Уз ове услове, који морају бити испуњени кумулативно, теорија истиче да је потребно да се испуни и бар још један од следећих алтернативних услова (овим исказима пажње вредним додали бисмо посебно важан разлог потребе равноправног третмана чланова друштва – *примерка* М. В.): 1) да постоји опасност доношења контрадикторних пресуда; 2) да положај туженика чини пожељним доношење само једне јединствене пресуде; 3) да надлежни суд сматра да је важније расправљање заједничких чињеничних и правних питања него оних која би се тичала појединачних тужилаца, односно да је колективна тужба ефикаснија и најправичнија за решавање конкретног спора. Радоје Прица, „Судска заштита мањине у друштвима капитала“, *Правни живоић*, бр. 2/1991, 163.

78 Англосаксонско право разликује колективну деривативну тужбу за рачун компаније и колективну директну тужбу акционара за свој рачун. J. Charlesworth, 349–350; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 684–685. Принципијелно, деривативна тужба има неку форму колективног кад је везана за капитал цензус, али се од колективне разликује по дејству: увек је за рачун друштва, а колективна за рачун акционара припадника исте групе или интереса. Такође, колективна тужба штити интерес акционара, а деривативна интерес друштва.

несагласних акционара (диспозитивно према општем правилу, ово би се могло сходно односити и на несагласне чланове друштва с ограниченом одговорношћу, али како у нашем праву нема различитих класа удела, то би по логици ствари ово било искључено код овог друштва у овом сегменту) одређењем да се одлука суда односи на све акционаре исте класе „независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбе или не“ (хоризонтално дејство само на учеснике поступка),⁷⁹ као и у случају права чланова друштва преносиоца на тзв. „доилашћу“ ограниченог процентуалног износа у новцу, поред одговарајуће замене акција или удела код статусних промена, од друштва стицаоца (сходна промена тужбе класе акција и на „несагласне“ чланове друштва с ограниченом одговорношћу у овом сегменту).⁸⁰

Практична реализација института колективне тужбе типа тужбе класе акција српског компанијског права ипак је „на чекању“, с обзиром на то да је Уставни суд Србије утврдио неуставност дела процесног закона који је управо уређивао институт колективне тужбе (процесни аспект).⁸¹ То за последицу има изостанак процесне регулативе (примена правила супарничарства или не; давање овлашћења за вођење поступка неком акционару из дате класе акција или законска претпоставка постојања датог овлашћења акционара те класе, осим изричитог изласка – *opt-out*; овлашћење одређења српског материјалног права да ова тужба делује и према свим припадницима дате класе акција „независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу“; дејство литиспенденције и на неучеснике и дејство *res iudicata* – потреба захтевања само објективног идентитета предмета спора, а не и субјективног идентитета спора – постојања истих странака (због законског дејства и на неучеснике припаднике исте класе или интересне групе и слично)).⁸² Коначно, отворено је и питање

79 Ипак, чини се да закон који уређује парнични поступак у синтези са законом који уређује привредна друштва оставља простора за колективне тужбе и дејство пресуде и према трећим лицима неучесницима поступка: „Правноснажна пресуда делује и према трећим лицима због природе спорног права или правног односа, правног односа који постоји између странака и трећих лица или ако је то иројисано законом“ (курзив аутор). ЗПП, чл. 360 ст. 2. „Ако суд правоснажном пресудом донетом у поступку по тужби ... обавезе друштво да несагласном акционару исплати разлику до пуне вредности акција, друштво је у обавези да свим другим несагласним акционарима исте класе акција призна и исплати исту вредност акције, независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу...“ (курзив аутор). ЗОПД, чл. 476 ст. 4. Српско компанијско (па и процесно) право нема решење за питање дејства пресуде на трећа лица неучеснике поступка у случају одбијајуће одлуке, односно да ли се може применити аналогија и рећи да је и тада у питању *res iudicata* случај.

80 ЗОПД, чл. 476 ст. 4 и 5, 477 и 507 ст. 4 и 5.

81 Уставни суд Србије, одлука IУз-51 од 23. 5. 2013. године (неуставност одредаба чланова 494–505 ЗПП).

82 Отклањање ових правних празнина српског процесног права потребно је не само код ове врсте колективне тужбе, већ и код деривативне тужбе, односа деривативне

трошкова поступка по овим тужбама: у америчком праву правило је да адвокати имају право на накнаду у одређеном проценту од успеха у спору (*contingency fee*), с тим што свака страна сноси своје трошкове, док у континенталном праву није уобичајено правило о награди адвоката у процентуалном износу од успеха у спору и, с друге стране, правило је да трошкове сноси страна која изгуби спор.

VII Привредна друштва и ванпарнични поступци: суд и/или јавни бележници

Закон о привредним друштвима Србије, у складу с упоредном праксом, утврђује низ случајева интервенције суда у ванпарничном поступку у правни живот привредног друштва, по правилу у прописаним кратким роковима. За привредноправну праксу и правну теорију, а самим тим последично и за законодавну праксу, остаје отворено питање, с обзиром на ванпарничну природу ових поступака и прописане кратке рокове, оправданости искључиве надлежности прописане стварне надлежности привредног суда, односно питање да ли је, полазећи од ових разлога, као и потребе растерећења судова и праксе супституције ове надлежности (искључиве) или увођења конкурентне надлежности (изворне законске, а не судски поверене) јавних бележника, потребна и оправдана, у најмању руку конкурентна, надлежност јавних бележника у свим поступцима овакве природе.

Реч је о следећим случајевима прописане ванпарничне надлежности привредних судова: право мањинских чланова друштва („са најмање 5% основног капитала друштва“) да у прописаном року захтевају нову процену неновчаног улога у друштво (или изузетно и улога у хартијама од вредности или инструментима тржишта новца“) ако су промењене околности од извршене процене до уношења улога умањиле његову вредност („или значајно умањиле“), ако то по њиховом захтеву не учини само друштво;⁸³ право повериоца (или поверилаца) да у прописаном року захтева побијање споразумно утврђене вредности неновчаног

и индивидуалне тужбе, као и код других врста колективне тужбе – репрезентативна тужба, као и осталих колективних тужби (посебно одређење да ли се код ових тужби може применити претпоставка ради прецизног одређења круга учесника и „корисника“, *opt-in* – *ошширање за улаз* – укључујући систем – предузимање неке радње сваког учесника ради укључења у поступак да би тужба и пресуда имали дејство према таквом учеснику – европски систем), за разлику од тужбе класе акција где би могла да се примени и друга претпоставка – *opt-out* – *ошширање за излаз* – *искључујући систем* – законска претпоставка постојања таквог овлашћења сваког имаоца такве класе акција, осим изричитог оваквог оптирања конкретног имаоца – амерички систем). О овим системима више вид. Ј. Лепетић (2016), 149–150.

83 ЗОПД, чл. 54–57.

улога од стране чланова друштва ако друштво није у могућности да измирује своје обавезе у редовном току пословања;⁸⁴ право сваког члана друштва, односно посебно утврђено право надзора командитора (индивидуално право) да захтева у прописаном року интервенцију суда у случају повреде законом утврђеног права на информисање и приступ актима и документима друштва;⁸⁵ остваривање права чланова друштва на наслеђивање удела, односно акција преминулог члана у ванпарничном оставинском поступку у складу с правилима компанијског и наследног права;⁸⁶ право сваког члана друштва с ограниченом одговорношћу или акционарског друштва („или другог заинтересованог лица“) да захтева од ванпарничног суда да постави привременог заступника друштва ако друштво нема директора (или јединог извршног директора), а нови директор се не постави у прописаном року;⁸⁷ право мањинских чланова друштва с ограниченом одговорношћу (поседовање најмање 10% гласова, ако оснивачким актом није утврђен мањи проценат) да од овлашћеног сазивача захтевају сазивање скупштине друштва, а ако он то не учини у прописаном року, да је сами сазову у даљем прописаном року, односно право стављања на дневни ред сазване скупштине нових тачака (без ограничења) у складу са законом (поседовање „најмање 5% основног капитала друштва, ако оснивачким актом није утврђен мањи проценат“);⁸⁸ право мањинског акционара (или мањинских акционара) који имају најмање 5% акција са правом гласа да захтевају допуну предложеног дневног реда од стране овлашћеног сазивача, а ако овај не прихвати такав предлог (или пропусти да одлучи) у прописаном року – да захтевају у даљем прописаном року од ванпарничног суда да то наложи друштву одлуком донетом у року од осам дана од дана пријема захтева;⁸⁹ право сваког акционара да ако се редовна седница скупштине не одржи у прописаном року да захтева од суда у даљем прописаном

84 ЗОПД, чл. 59.

85 ЗОПД, чл. 81, 108, 132, 242–244, 465–467. Упор. немачко право: Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу из 1892. (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Limited Liability Companies Act)*); даље у фуснотама: GLLCA), чл. 51b; GJSCA, чл. 132.

86 ЗОПД, чл. 119, 137, 172–174.

87 ЗОПД, чл. 221, 397, 426 ст. 5 и 6; исто и у француском праву: С-сomm, чл. 225–24, 225–78. Упор. немачко право: GJSCA, чл. 85, 104 и швајцарско право: ШЗО, чл. 731b, 819.

88 ЗОПД, чл. 202 и 205; упор. немачко право: GLLCA, чл. 50. У француском праву (С-сomm, чл. 223–17) сазивање скупштине друштва може тражити члан који поседује половину основног капитала или који заступа најмање $\frac{1}{4}$ чланова или $\frac{1}{4}$ основног капитала.

89 ЗОПД, чл. 337, 338, 372 ст. 1 и 4. Упор. француско право: С-сomm, чл. 225–105; немачко право: GJSCA, чл. 126.

року да наложи друштву (у року од осам дана од дана пријема захтева) одржавање те седнице, односно право мањинских акционара са најмање 5% основног капитала друштва (или 5% акција дате класе са правом гласа о предметном питању у оквиру исте седнице, односно акционара са 10% акција посебне класе који захтевају одржавање посебне седнице скупштине те класе) да захтевају од суда у прописаном року налагање одржавања ванредне седнице скупштине друштва (ако по њиховом захтеву у прописаном року такву одлуку не донесе овлашћени сазивач) и евентуално да именује овлашћено лице за сазивање и председавање том седницом;⁹⁰ право сваког акционара коме је на скупштини неоправдано ускраћен одговор на постављено питање да захтева у прописаном року од ванпарничног суда да наложи друштву давање таквог одговора у прописаном року;⁹¹ право акционара (индивидуално) да захтева у прописаном року од суда да наложи друштву доставу прописаних информација о резултатима гласања скупштине друштва, ако то није учињено у складу са законом;⁹² право акционара који имају најмање 10% акција са правом гласа да захтевају посебну или ванредну ревизију, те ако се о извештају (налаз и мишљење) не изјасни скупштина у прописаном року – да захтевају од ванпарничног суда да то наложи друштву;⁹³ право мањинских акционара у случају стицања законских услова за принудни откуп акција да у прописаном року траже од суда да у „ванпарничном поступку утврди вредност акција“ у складу са законом (српски компанијски закон природу таквог поступка код других основа остваривања права несагласних акционара прописаних законом не утврђује), односно такво истоветно право мањинских акционара (спољни акционари контролисаног друштва) на одређивање од стране суда примерености њихове накнаде (ако остају акционари) или примерености цене акција (код продаје акција контролном друштву код изласка из друштва по овом основу) код закључења уговора о контроли и управљању.⁹⁴

90 ЗОПД, чл. 339, 372 и 357. Упор. француско право: С-сomm, чл. 225–103; немачко право: GJSCA, чл. 122 и 138; швајцарско право: ШЗО, чл. 699 и 805; британско право: GBCA 2006, чл. 303–306.

91 ЗОПД, чл. 343.

92 ЗОПД, чл. 356.

93 ЗОПД, чл. 456–463. Исто и у француском праву: С-сomm, чл. 223–37. Упор. немачко право: GJSCA, чл. 142, 258–260 и швајцарско право: ШЗО, чл. 697а–с, 727.

94 ЗОПД, чл. 521, 563–565 (упор. чл. 474–477). Упор. немачко право: GJSCA, чл. 309–310.

Коришћена литература

- Armour John, Black Bernard, Cheffins Brian R., Nolan Richard, „Private Enforcement of Corporate Law: An Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, Nr. 4/2009.
- Austin Robert P., Ramsay Ian M., Ford Harold A. J., *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007.
- Berger Mark, „Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model“, *Baylor Law Review*, Vol. 56, Nr. 3/2004.
- Bernardini Piero, „National Report for Italy, Arbitration in Company Matters“, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (eds. Jan Paulsson, Lise Bosman), Supplement No. 48, Kluwer Law International, 2007.
- Birds John, Ferran Eilís, Villiers Charlotte, *Boyle & Birds' Company Law*, London, 1995.
- Block Dennis, Barton Nancy, Radin Stephan, *The Business Judgment Rule*, 5th edition, Vol. I & II, New York, 1998.
- Blumberg Phillip, *The Law of Corporate Groups*, Boston – Toronto, 1987.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volume I, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Brabant Alexander, Desplats Maxime, Salem Sérena, „Arbitration and Company Law in France“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015.
- Brekoulakis Stavros L., „On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Wagner Gerhard, „Officers' and Directors' Liability under German Law – A Potemkin Village“, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 16, Nr. 1/2015.
- Varady Tibor, Barceló John J., Mehren Arthur T. von, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, St. Paul – Minn, 1999.
- Vasiljević Mirko, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Анали Правној факултетеа у Београду*, бр. 3/2012.
- Vasiljević Mirko, „Arbitrability ratione materiae in company law“, *Правни животи*, бр. 11/2017.
- Васиљевић Мирко, „Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови“, *Анали Правној факултетеа у Београду*, бр. 2/2018.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско њраво – њраво њривредних друштвава*, Београд, 2019.

- Velasco Julian, „Empowering Courts in Corporate Law“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 42, Nr. 3/2017.
- Величковић Јована, *Деривативна тужба: компанијско-правна и процесно-правна анализа*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Wehland Hanno, *The Coordination of Multiple Proceeding in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Wild Charles, Weinstein Stuart, *Smith & Keenan's Company Law*, Longman, London, 2005.
- Goldštajn Aleksandar, Triva Siniša, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987.
- Голубовић Драган, „Деривативна тужба – инструмент заштите мањинских интереса“, *Правни животи*, бр. 11/1995.
- Gower Laurence C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- Goo Say H., *Minority Shareholders' Protection*, London, 1994.
- Deskoski Toni, *International Arbitration Law*, Skopje, 2016.
- Dika Mihajlo, „Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 1/1999.
- Di Pietro Domenic, „General Remarks on Arbitrability under the New York Convention“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Douglas Branson, *Corporate Governance*, Washington, 1993.
- Douglas Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Erickson Jessica, „The Gatekeepers of Shareholder Litigation“, *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, Nr. 1/2017.
- Esin Ismail, Celebi Ozgun, Erker Sevgin, Kasarcioglu Demet, „Arbitrating M&A Disputes“, *Arbitration in Turkey* (eds. Ismail Esin, Ali Yesilimark), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Ilie Lucian, „Shareholders' Claims in Investment Treaty Arbitration: No Piece of Cake!“, *Romanian Arbitration Journal*, Nr. 3/2019.
- Jakšić Aleksandar, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 2003.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Арбитрабилност спорова у вези са побијањем одлука скупштине привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Jong Jansen B. J. de, „Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013.

- Knežević Gašo, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1999.
- Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009.
- Latella Dario, „Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders’ Rights Directive“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2009.
- Lee Suet Lin Joyce, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007.
- Le Cannu Paul, Dondero Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, 2012.
- Loose Peter, Yelland John, Impey David, *The Company Director – Powers and Duties*, Bristol, 1993.
- Лепетић Јелена, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2004.
- Лепетић Јелена, *Компанијској правни режим сукоба интереса – Дужности лојалности*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Лепетић Јелена, „Механизми колективне заштите у компанијском праву и праву привредних друштава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2016.
- Markert Lars, „Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles“, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 8, Nr. 1/2015.
- McLaughlin Joseph T., „Arbitrability: Current Trends in the United States“, *Arbitration International*, Nr. 2/1996.
- Mistelis Loukas A., „Arbitrability – International and Comparative Perspective“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Oberhammer Ewald, Weber Stefan, „The Arbitration Agreement and the Arbitrability – The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerol Zeiler), Volume 2010, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010.
- Painter William H., „Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries“, *Indiana Law Journal*, Vol. 36, Nr. 2/1961.
- Pamboukis Charalambos, „On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

- Pardow Diego G., „The Economic Theory of Derivative Actions“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1941209, 28. 3. 2020.
- Peltier Frédéric, *La Corporate Governance*, Paris, 2004.
- Pennington Robert, *Corporate Law*, London, 1995.
- Perović Jelena, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998.
- Pillar Perales Viscasillas Maria del, „Arbitrability of Intra-Corporate Disputes“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Pitkowitz Nicolaus, „The Arbitration Agreement and Arbitrability, the Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions?“, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerol Zeiler), Volume 2014, Manzsche Verlags – Verlag C.H. Beck – Stämpfli Verlag, Wien – München – Bern, 2010.
- Puchniak Dan W., Nakahigashi Masafumi, „Japan’s Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives for Shareholders Litigation“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, Nr. 1/2012, доступно на адреси: <https://ssrn/abstract=2256442>, 28. 3. 2020.
- Радовић Вук, „О оправданости прихватања института дисквалификације директора“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2010.
- Raeschke-Kessler Hilmar, „Arbitrability of Disputes Concerning Resolutions of a Limited Liability Company (GmbH)“, *Association Suisse de l’arbitrage*, Vol. 14, Nr. 3/1996.
- Ramsay Ian, „Corporate Governance, Shareholders Litigation and the Prospects for a Statutory Derivative Action“, *University of New Wales Law Journal*, Vol. 15, Nr. 1/1992, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=922241>, 28. 3. 2020.
- Redffern Alan, Hunter Martin, *International Commercial Arbitration*, London, 1992.
- Reisberg Arad, „Judicial Control of Derivative actions“, *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 8, 2005, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=706526>, 28. 3. 2020.
- Reisberg Arad, „Derivative Actions and the Funding Problem: The Way Forward“, *Journal of Business Law*, Nr. 5/2006, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=632181>, 28. 3. 2020.

- Reisberg Arad, „Theoretical Reflections on Derivative Actions: The Representative Problem“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2006.
- Reisberg Arad, Derivative Claims Under the Companies Act 2006: Much Ado About Nothing?, 2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1092629>, 28. 3. 2020.
- Romano Roberta, „The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Савковић Владимир, *Деривативне акционарске пужбе*, Подгорица, 2004.
- Sanborn Jeffrey A., „The Rise of Shareholder Derivative Arbitration in Public Corporations: In Re Salomon Inc. Shareholders’ Derivative Litigation“, *Wake Forest Law Review*, Vol. 31, Nr. 1/1996.
- Siems Mathias, „Private Enforcement of Director’s Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon“, *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interest?* (eds. Stefan Wrba, Steven Uytel, Mathias Siems), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1699359>, 28. 3. 2020.
- Stanivuković Maja, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013.
- Schmidt Dominique, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Paris, 1970.
- Trajković Miodrag, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000.
- Thai Lang, Berkahn Matt, „Statutory Derivative Actions in Australia and New Zealand: What Can We Learn from Each Other?“, *New Zealand Universities Law Review*, Nr. 25/2012, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2982928>, 28. 3. 2020.
- Thompson Robert, Thomas Randall, „The New Look of Shareholder Litigation: Acquisition-Oriented Class Actions“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Thompson Robert, Thomas Randall, „The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits“, *Foundations of Corporate Law* (ed. Roberta Romano), 2nd edition, New York, 2010.
- Uzelac Alan, „Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Pravo u gospodarstvu*, бр. 2/2002.
- Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996.
- Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.
- Hansell Carol, *Corporate Governance*, Toronto, 2003.
- Carter James, Payton Sophie, „Arbitration and Company Law in England and Wales“, *European Company Law*, Vol. 12, Nr. 3/2015.

- C. B. Gower Laurence, Davies Paul L., *Principles of Modern Company Law*, London, 2008.
- Cohen Daniel, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris, 1993.
- Cox James D., „The Social Meaning of Shareholder Suits“, *Brooklyn Law Review*, Nr. 3/1999, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=203373>, 28. 3. 2020.
- Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, 2006.
- Charlesworth John, *Charlesworth's Business Law*, London, 1991.
- Cheffins Brian R., *Company Law – theory, structure and operation*, Oxford, 2004.
- Christopher Riley, „Derivative Claims and Ratification: Time to Ditch some Baggage“, *Legal Studies Durham Research Online*, Vol. 34, Nr. 4/2014.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law,

President of the Permanent Court of Arbitration at the Chamber of

Commerce and Industry of Serbia

COMMERCIAL COMPANIES AND COMMERCIAL COURTS

Summary

The company law rules governing commercial companies, being a special sphere of substantive law, are not and cannot by themselves constitute a closed regulatory system. Practical legal life of numerous substantive institutes of company law is possible only within the complete legal surrounding and in delicate cooperation between substantive and procedural regulation. At this moment, the Serbian legal scene is characterized by an evident gap between legislative aspiration which covers the sphere of substantive provisions governing commercial companies (Law on commercial companies) aimed at following the trends of the company law regulation in the leading European countries and harmonised regulation within this sphere on the level of EU and regulation which covers the procedure of enforcement of those institutes in practice, both contentious and extra contentious, both judicial and arbitration. Of course, this does not mean that regulation of substantive law institutes, especially the institutes which have their procedural side, is always fully acceptable and exemplary in all their aspects.

In this article the author critically discusses, before all, shortcomings of Serbian companies' regulation which governs substantive law institutes having corresponding procedural aspects: arbitrability of internal company disputes (companies' members – members, members – board of directors, companies' members – company) and special companies' actions that are recognized and regulated by law (arbitrability of derivative action, arbitrability of individual action, arbitrability of class action); shortcomings of existing substantive legal regime of derivative action, which are the main reason of the scarce presence of this type of action in judicial practice; shortcomings of existing legal regime of individual action (especially on the level of covering the zone of reflective losses), as well as the shortcomings of legal regime of the class action as a kind of collective action (especially of its legal effect on non-participants in the procedure before courts or arbitration) and, finally, representative actions. The author draws the conclusion that it is necessary to review the substantive regulation in order to remove any possible ground for interpretation that internal companies' disputes are not arbitrable (capable of being resolved by arbitration under the arbitration agreement). In the same vein, the author submits that it is necessary to thoroughly modify the existing procedural regulation, in order to make procedural aspects of company lawsuits more straightforward and indisputable (litispendancy objection and res iudicata objection – the need to establish only the objective identity of the subject-matter of the disputes, procedural costs related to derivative actions, legal effect of class action on non-participants in litigation or arbitration procedure, practical aspects of representative legal actions and so on). Finally, the author proposes the introduction of the possibility for alternative competence of public notaries for numerous extra-contentious procedures which can now be brought only before commercial courts. As an argument in favour of this proposal, the author puts forward that, at present, public notaries are competent to perform various non-contentious procedures (this could partly compensate for their almost complete non-justifiable exclusion from the sphere of company law, which is the current approach taken by the Serbian public notary law).

Key words: *Commercial Companies. – Derivative Actions. – Individual Actions. – Class and other Collective Actions. – Commercial Court and Arbitration. – Arbitrability.*

Датум пријема рада: 1. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 24. 8. 2020.

UDK: 347.9:347.7(497.11) ; 347.998.4

CERIF: S142, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003055C

др Александар ЂИРИЋ*
редовни професор на Департману за правне науке
Државног универзитета у Новом Пазару, раније редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу, арбитар и потпредседник
Сталне арбитраже при Привредној комори Србије

(НЕ)ЕФИКАСНОСТ СУДСТВА У МАТЕРИЈИ ПРИВРЕДНИХ СПОРОВА

Fiat iustitia, pereat mundus!

Нека буде правда, макар пропао свет!

Сажетак

У уводу рада аутор излаже ставове у вези са значајем и улојом права као тековине од значаја за чистијав животи, привреду и односе у сваком друштву и држави. Израћањима настоји да пронађе везу између права и правде, крајко се позивајући на схваћања Платона, Аристотела и Сокраћа. Аутор сматра да је задатак судије да у вршењу тешке, часне и одговорне функције процес просуђивања заснива пре свега на законитом тумачењу јуриса, у циљу ојклањања спорова и успостављања стања мира у друштву и држави.

Циљ рада је да уз анализе изабраних случајева, који представљају примере лоше судске праксе у привредним стварима, укаже на неопходност јојачане контролне функције којом судска власти располаже како

* Електронска адреса аутора: aciric@prafak.ni.ac.rs.

у самом процеси суђења, тако и мерама ван тог процеса, како би се искоренила појава злоупотребе поверења оклоњеној суду, постоје права на слободно судијско уверење судије.

Кључне речи: Привредни судови. – Привредни судови. – Судска власт. – Судска пракса. – Надлежности у предметима Привредној суду у Приштини. – Парнични процеси. – Незаконито поступање извршној суду. – Слободно судијско уверење. – Забрана злоупотребе процесних овлашћења.

I Увод

Претпоставка ефикасног, складног и напредног функционисања друштва је поступање сагласно његовим важећим прописаним правилима. Правила понашања утврђује држава, која истовремено брине о њиховом поштовању и спровођењу. Законодавна власт креира правне норме, извршна их дистрибуира свим својим члановима и стара се о спровођењу, а судска власт санкционише њихово кршење.

Право није само норма. Оно је читав живот и систем вредности. Право уређује друштвене односе који нису имуни од повреде како општедруштвених, заједничких, тако и појединачних законом заштићених интереса. Задатак је судске власти да спроводи корективну правду, чији је циљ очување равнотеже у нарушеним односима еквиваленције услед кршења дистрибутивне правде. На тај начин се успоставља веза између права и правде, која даје основа да се право дефинише као „уметност доброте и једнакости – правде“ – *Ius est ars boni et aequi*.

Аристотел је правду делио на дистрибутивну и корективну (комутативну). Државна законодавна власт најпре доношењем и каснијом применом закона врши расподелу (дистрибуцију) права и правде свим својим поданицима. *Платон* је дефинисао правду као „праведност која пружа власт појединцима над оним шта коме припада.“ Правда је души оно што је здравље телу. Неправда је зло које настаје између човека и природе, или између човека и његове сопствене природе, или између човека и других људи. Правда у држави је мера између мудрости, храбрости, умерености и других врлина. Она је израз здравља духа једне заједнице. Држава која не испуњава правду је болесна и на путу је да пропадне. *Сократ* говори да је праведност државотворна врлина и мудрост. Неправда, неваљалство и незнање сеју мржњу.

Правда, дакле, подразумева стање у друштвеним односима у којима влада поштена и непристрасна равнотежа интереса. У савременом

свету, посебно у обављању привредно-правне делатности, постоји латентна тензија између дистрибутивне правде, која правним нормама поставља опште оквире и границе поступања у начину обављања привредне делатности, са једне, и стицању профита, као њеног коначног циља, са друге стране.

У правном систему Србије, судови су овлашћени да решавају спорове из односа различите врсте између физичких и/или правних лица, који настају поводом повреде правних правила у дистрибуцији и примени дистрибутивне правде. Судска власт је овлашћена и дужна да успоставља равнотежу у нарушеној еквиваленцији дистрибутивне правде у свим сферама друштвених односа, укључујући и *привреду*. Судови су, дакле, субјекти којима држава и друштво поверава улогу носиоца корективне правде. Ту врсту правде судови не остварују по службеној дужности. Они то чине по захтеву, односно тужби припадника друштва (лат. *actio popularis*).

Право на тужбу је израз права на приступ суду. Оно припада сваком члану заједнице који сматра да му је неки други припадник те заједнице повредио очекивања утемељена на дистрибутивној правди државе. Појединачно право на тужбу, дакле, произлази из интереса, очекивања сваког од чланова друштвене заједнице да ће се сви други њени чланови понашати сагласно правилима правде коју је држава дистрибуирала. Сваки држављанин заједнице, а под дејством начела националног третмана и једнакости као универзалне руководне идеје читаве планете и лице са страним држављанством, као и апатрид, који остварује субјективна права на територији на којој судска власт врши функцију, има право на приступ суду. То право је универзално и зајемчено је уставима свих држава света, као и регионалним и универзалним међународним правним актима.

Овај рад има за циљ да, сагласно тематици Конференције Удружења правника у привреди Републике Србије – „*Привредна друштва и привредно судство*“, уз анализе изабраних случајева из судске праксе кандидује нека од покренутих питања за даље анализе и оцене. Надлежни државни правосудни органи и судска власт имају одговорност да мерама ефикасне контроле, како у процесу суђења, тако сходно и овлашћењима изван суђења, утврде који су стварни етиолошки узроци све чешћих лоших примера у судској пракси „независних и самосталних судова и судија“. Дакле, по свом опсегу, анализирајући само појавне слабости у појединим конкретним случајевима из судске праксе, рад смо посветили само феноменолошким аспектима проблема. То имплицира да он нема за циљ да се анализом изабраних случајева из судске праксе, који су сами по себи штетна и непожељна друштвена појава,

апстрахују коначни закључци о правној сигурности и предвидљивости услова пословања привредних субјеката – носилаца економског развоја.

II О начинима решавања привредних спорова

Ефикасан начин решавања спорова је незаобилазан услов предвидљивости, планирања и стабилности укупног амбијента у коме се одвија унутрашњи и међународни привредни промет. Узроци настанка спорова у овој области су бројни, а механизми њиховог решавања су различити – могу бити ванправни, правни, вансудски и судски.

Поступци преговора, медијације и посредовања се сврставају у вансудски или миран начин решавања спорова. За случај да стране не реше спор мирним путем, или ако оне не желе да користе такве механизме, поставља се питање ко ће решити њихов спор. Одговор на ово питање упућује на неутралну, непристрасну и независну трећу страну, орган правосуђа – суд.

Судови се класификују на државне и недржавне (изабрани судови и арбитраже). Државни судови су самостални и независни државни органи који штите законом утврђена права и интересе правних субјеката. Недржавни судови – арбитраже и други изабрани судови су органи аутономног, приватноправног и недржавног правосуђа, чији је механизам функционисања максимално прилагођен потребама привреде. Неспорна је чињеница да наши привредници у недопустиво занемарљивој мери користе арбитражни начин решавања домаћих и међународних привредних спорова.

Исти привредни спор, био он унутрашњег или међународног карактера, може бити предмет решавања у меритуму само у поступку пред једним правосудним форумом: надлежним државним судом или пред арбитражом. Презумпција је закона да у одсуству споразума странака о надлежном форуму спор решава стварно и месно надлежни државни суд.

Разлози целисходности упућују на потребу уговорних страна да оне још у фази преговора за закључење уговора, како у унутрашњем, тако и у међународном промету, преговарају и уговором дефинишу да ли ће за решавање њиховог евентуалног спора бити надлежан државни суд или арбитража. Стране то питање могу уредити и након настанка спора посебним споразумом, ван основног уговора. Међутим, таква могућност уговарања надлежности је оптерећена неповољним амбијентом услед насталог спора, због чега се она у пракси знатно ређе примењује.

Дакле, у односу на арбитрабилне спорове, стране имају право избора правосудног форума. Начелно, оне могу сагласношћу воља, за спорове који не припадају искључивој надлежности државног суда, дерогирати његову надлежност и конституисати надлежност арбитраже. Често се дешава да уговорне стране не посвете довољно пажње питању начина решавања њиховог евентуалног спора.

Механизам решавања спорова пред државним судовима је, у првом реду, израз вршења судске државне власти. За разлику од њега, арбитражни начин решавања привредних спорова је својеврстан вид уважавања интереса самих странака, са механизмом који је прилагођен њиховим потребама и које су компатибилне и са интересима саме државе. Услед тога, држава на основу закона допушта арбитражни начин решавања спорова из пословних односа у областима које нису у искључивој надлежности редовних судова. Арбитраже су интегрисане у државно правосуђе као његов подсистем.

Могућност веће концентрације спорова у арбитражном поступку, непосреднија комуникација странака са арбитражом, мањи формализам поступка, већа аутономија странака и брзина поступка су само неке од карактеристика које арбитражни начин решавања спорова чине повољним за учеснике привредно-правног промета. Овим карактеристикама треба придодати и предности попут права странака на избор арбитра у чију непристрасност и стручност верују, затим неутралност арбитраже и, свакако, ефикасност арбитражног начина решавања спорова уз умерене трошкове, што омогућава ефикаснију и најчешће јефтинију алтернативу решавања привредних спорова од поступка њиховог решавања пред државним судовима. Не треба занемарити ни да су поверљивост и заштита приватности такође важни разлози због којих привредници треба да преферирају арбитражни начин решавања спорова. Поред тога, арбитражне одлуке су коначне, јер не постоји могућност жалбе, чиме је на минимум сведена могућност одуговлачења поступка и одлагања извршења арбитражне одлуке. На крају, али не и најмање важно, арбитражне одлуке се ефикасније извршавају у иностранству у поређењу са извршењем пресуда националних судова. Уговарање надлежности арбитраже, као форума за решавање привредних спорова, се у пракси домаћих привредних субјеката користи у недовољној мери.¹

1 О потреби чешћег уговарања надлежности арбитраже и о предностима решавања спорова пред Сталном арбитражом при Привредној комори Србије вид. Александар Ђирић, „Решавање спорова у националном и међународном привредном промету – не пропустите своје право на арбитражу“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 66–94. Централни део рада је посвећен предностима арбитражног начина решавања спорова у односу на њихово решавање пред државним судовима, што

III Анализа примера судског начина решавања привредно-правних спорова

У даљем излагању осврнућемо се на поједине одлуке привредних судова, као форума посебне надлежности,² а такође и на поступке пред судовима опште надлежности са споровима који имају обележја привредно-правног односа. Њихова је заједничка карактеристика што се сви сврставају у примере лоше судске праксе.

1. Одлука суда о компетенцији-компетенције³ у привредно-правној материји из предмета са територије АП Косово и Метохија

Бројни судски предмети у правним стварима које су биле у надлежности привредних и других судова на територији Косова и Метохије, из периода када је та територија била у саставу јединственог правосудног система Србије, ни након више од две деценије још увек нису окончани. За анализу смо изабрали предмет из извршног судског поступка, који је управо као извршни и најсензитивнији.

На основу правноснажне и извршне пресуде Привредног суда у Приштини од 1. 2. 1996. године, тај суд је, у својству извршног, решењем од 20. 5. 1996. године дозволио извршење на имовини извршног дужника. Због општепознатих околности на Косову и Метохији, Привредни суд у Приштини никада није спровео извршење сагласно донетом решењу нити је поверилац успео да се наплати од дужника на други начин.

имплицира два параметра: први се тиче предности арбитражног начина решавања спорова, а други констатације да је примена овог механизма у Србији, супротно тенденцијама у свету, готово занемарљива. Један исти спор, био он националног или међународног карактера, може бити предмет решавања само пред једним правосудним форумом – пред судом или пред арбитражом. Решавање спора пред државним судом је, у првом реду, израз вршења државне судске власти. За разлику од њега, арбитраже (било сталне или *ad hoc*) су органи приватноправног, недржавног правосуђа.

2 Вид. 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, 40/2015 – др. закон, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 11.

3 О употреби израза „компетенција-компетенција“ вид. Мирко Василевич, Александар Чирич, „Арбитражно соглашение и доктрина „компетенции-компетенции“: современные тенденции“, *Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности* (ур. Н. Ф. Селивон, Т. Г. Захарченко, К. О. Даценко), Киев, 2017, 57–74.

Крајем 2008. године, надлежност за поступање у свим предметима Привредног суда у Приштини је на основу Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава⁴ делегирана Привредном суду у Краљеву, као стварно и месно надлежном суду за поступање у привредно-правној материји,⁵ па и за спровођење предметног извршења. Привредни суд у Краљеву никада није предузео било какву радњу у вези са спровођењем извршења решења од 20. 5. 1996. године. На бројна обраћања повериоца Привредном суду у Приштини и Привредном суду у Краљеву, са истим питањем – где се налазе списи Предмета, судови су ћутали.

Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава из 2013. године,⁶ надлежност Привредног суда у Краљеву у вези са поступањем у свим нерешеним предметима Привредног суда из Приштине делегирана је Привредном суду у Нишу.

Подносилац је, у намери да заштити своје законом гарантовано право на суђење у разумном року, сагласно чл. 3 ст. 1 Закона о заштити права на суђење у разумном року,⁷ 2019. године поднео Привредном суду у Нишу приговор ради убрзања поступка. Суд је прихватио надлежност, па је по службеној дужности прибавио доказе од суда у Краљеву и писарнице суда у Нишу, након чега је у образложењу решења донетом по приговору странке констатовао да „овом суду није предат предмет суда у Приштини“.

Привредни суд у Нишу је решењима одбацио три истоветна приговора подносиоца, понављајући наводе да је то учинио „...због тога што подносилац није приложио *доказе да се њредмет* налази у Привредном суду у Нишу.“ Суд није навео ни један други разлог, иако је знао да такав доказ странка из објективних разлога није могла да наведе, искључиво без икаквог свог доприноса, већ услед пропуста у раду судова.

Иначе, начелно, суд је могао и да одбије предлог. У том случају би, сагласно члану 14 Закона о заштити права на суђење у разумном року, странка имала право на жалбу Привредном апелационом суду. Суд је сва три предлога три пута одбацио без суштинског образложења, и уз потпуно грубо игнорисање релевантне аргументације странке. Како сагласно наведеном закону против решења о одбацивању приговора није

4 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

5 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, чл. 13.

6 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013.

7 Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

дозвољена жалба,⁸ суд је ускратио странци могућност двостепености одлучивања о њеном праву.

Члан 8 став 3 Закона о заштити права на суђење у разумном року препушта суду да удели или ускрати право странке на правни лек, зајемчено чл. 36 ст. 2 Устава Републике Србије, према коме свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или законом заснованом интересу.⁹ У конкретном случају је одлучивано о праву на законом заснованом интересу, а последично и о другим темељним правима, укључујући и право на приступ суду – подношење тужбе, право на имовину и друга права.

Поступајући суд је имао овлашћење и дужност да очигледну правну празнину и недостатак у Закону превазиђе сагласно чл. 142 Устава, тако да се обезбеди двостепеност, чиме би се обезбедила гаранција из чл. 36 Устава и чл. 13 Конвенције за заштиту људских права и слобода, која је саставни део правног поретка Србије.¹⁰ Уместо тога, суд је пропуштањем такве могућности највише допринео да његова очигледно незаконита одлука избегне судску контролу Привредног апелационог суда по жалби странке.

Из делимичне анализе описаног случаја се показује да је суд поступио противзаконито из мноштва разлога. Чињеница је, коју је суд експлицитно констатовао, да је дошло до губитка предмета Привредног суда у Приштини, који се налазио у притежању судских власти Републике Србије.

Судски пословник изричито предвиђа: „Кад су у питању предмети по којима је поступак у току, поступак за обнављање покреће суд код кога је предмет изгубљен, уништен или оштећен решењем *йо службеној дужности*.“¹¹ Поред Пословника, обавезу суда на покретање поступка по службеној дужности за обнову списка изгубљеног предмета *неуишином чини* и изричит и јасан став Уставног суда о примени и тумачењу прописа, који је обавезан за све судове.¹²

8 Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 8 ст. 3.

9 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

10 Конвенција за заштиту људских права и слобода из 1950. године (*Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*). О овоме вид. и Јасминка Обућина, „(Не)намирјење извршног повериоца применом чл. 153 Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 688.

11 Судски пословник – Пословник, *Службени гласник РС*, бр. 110/2009, 70/2011, 19/2012, 89/2013, 96/2015, 104/2015, 113/2015 – испр., 39/2016, 56/2016, 77/2016, 16/2018, 78/2018 и 43/2019, чл. 131 ст. 3.

12 Подносилац је приговором иницирао и позвао суд да спроведе поступак обнављања списка предмета по службеној дужности и у том циљу је указао да нема законских

Према ставу Великог већа Уставног суда из одлуке од 11. 7. 2013. године у предмету Уж-3400/2010, на коју се подносилац позвао у судском поступку:

„Чињеница да, након окончања НАТО бомбардовања 1999. године, списи предмета... нису измештени са територије АП Косово и Метохија, *не може бити ојравдани разлој за њеосјуйање надлежних судова*. Ово стога што је одредбама сва три судска пословника, која су се примењивала од 1999. године па до данас, била прописана обавеза суда да, у предметима у којима је поступак у току, поступак за обнављање списка покрене решењем по службеној дужности.“¹³

Упркос кристално јасној чињеничној и правној ситуацији, недвосмисленој судској пракси, експлицитном ставу Уставног суда, исцрпној аргументацији и неспорним доказима странке, Привредни суд у Нишу је поступио на начин којим, у суштинском смислу, санкционише извршног повериоца, коме је самим протеком рока од 24 године повређено право на правично суђење услед поступања органа судске власти. Пропусте у раду судских органа суд је приписао странци, санкционишући је на нарочито тежак начин – ускраћивањем права на приступ суду, са имовинским последицама које имају сва обележја конфискације имовине.

Без навођења иједног ваљаног разлога, указујући једино на чињеницу да *џом суду није љредатџ љредметџ из суда у Пришџини (И.*

сметњи да суд без одлагања спроведе поступак. Подносилац је навео разлоге који обавезују суд да по службеној дужности покрене поступак и приложио је све релевантне доказе са снагом оригинала, укључујући и оригинал примерак решења о дозволи извршења.

- 13 Одлука Уставног суда, Уж-3400/2010 од 11. 7. 2013. године, доступно на адреси: <https://sirius.rs/cyr/praksa/ndKtKg>, 17. 4. 2020, интернет извор без броја стране.

Наведеном одлуком Уставни суд констатује: „Подносилац уставне жалбе бр. 3400/2010 је навео да парнични поступак, који се раније водио пред Општинским судом у Ђилану, који је измештен у Врање, још увек није окончан. Уставни суд је у спроведеном поступку дописом од 5. априла 2013. године затражио од Основног суда у Врању да достави списе предмета Општинског суда у Ђилану П. 20/97 ради поступања по уставној жалби. Дописом од 15. маја 2013. године, Основни суд у Врању је обавестио Уставни суд да се тражени списи предмета не налазе у том суду, јер је Основни суд у Врању преузео предмете Општинског суда у Ђилану почев од 2000. до 2009. године, док предмете из ранијих година тај суд није преузео.“ Уставни суд је наведеном одлуком подвукао обавезу суда да примени релевантне одредбе Пословника: „Судским пословником (*Службени гласник РС*, бр. 110/09, 70/11 и 19/12) је прописано: ако се поједини уписници, предмети или делови списка изгубе, а ни после свестраног тражења не могу се пронаћи, или се униште или тако оштете да су неупотребљиви, *џокренуће се џосјуйајак за њихово обнављање*; да се обнављање списка спроводи по правилима ванпарничног поступка, сходном *џрименом одредаба које уређују џонииџај исјрава*; да када су у питању предмети по којима је поступак у току, *џосјуйајак за обнављање џокреће суд решењем џо службеној дужности* (курзив аутор).“

бр. 1602/1996), суд је своју одлуку оставио без икаквог суштинског образложења и одбацио захтев подносиоца. На потпуно непримерен и нарочито груб начин, суд не само да није уважио ставове и праксу Уставног суда, на шта је био обавезан, већ је одлуку оставио без суштинског образложења. Ни једном једином речи није коментарисао праксу Уставног суда на коју се странка позвала и која је за суд обавезујућа. Без било каквог образложења остали су и сви заједно и сваки појединачно понуђен релевантни доказ у писаној форми са снагом оригинала.

У наведеном примеру је дошло до тешког облика повреде Уставом и међународним актима универзално признатог људског права на приступ суду, што имплицира повреду и читавог низа других темељних људских права. Поступање суда излази из оквира права на слободно судијско уверење, као и права на грешку.

2. Утврђивање вредности предмета спора и накнада парничних трошкова

У вези са колебљивом праксом судова о утицају вредности предмета спора на висину одмеравања парничних трошкова у поступцима са већим бројем супарничара, анализу случаја започињемо ставовима са Двадесет шестог саветовања судија Привредних судова Србије, одржаног на Златибору септембра 2018. године.

а) Циљаји ишћања на Саветовању

„У спору више Тужилаца, који нису нужни и заједнички супарничари, висина предмета спора је утврђена према збиру свих тужбених захтева. Сви тужиоци имају истог пуномоћника – адвоката. Тужбени захтеви су усвојени. Како обрачунати трошкове за заступање тужилаца? Да ли накнаду за заступање за сваку радњу утврдити према вредности првог појединачног тужбеног захтева, па затим увећати за 50% за сваког наредног тужиоца, односно за 50% накнаде према висини тужбених захтева сваког наредног тужиоца? Или, тужиоцима припада и накнада према висини збира тужбених захтева и увећање од 50% за сваког наредног тужиоца, такође према висини збира тужбених захтева?“

б) Циљаји одговора

„У конкретном случају, висина предмета спора се утврђује према збиру свих тужбених захтева. Дакле, према тако утврђеној висини тужбених захтева, награда адвоката се додатно увећава за сваку радњу

која је предвиђена за по 50% за другу и сваку наредну странку у односу на сваку процесну радњу посебно, и то у тренутку када се процесна радња предузима. Ово значи да се награда за заступање једне странке према исказаној висини збира тужбених захтева увећава у проценту који одговара броју странака које адвокат заступа, у тренутку када се процесна радња предузима.¹⁴

в) Примери из праксе различитих већа истог привредног суда

1) Први пример

У предмету Привредног суда у Нишу донета је 13. 11. 2019. године одлука у спору тужилаца – физичких лица, акционара, добровољних активних супарничара (нису нужни, А. Ђ.) против страног акционарског друштва ради откупа акција у циљном акционарском друштву. *Тужиоци су у тужби одредили вредности предмета спора и главне тужбене захтева* на основу збира вредности свих појединих тужбених захтева јединствених добровољних супарничара *на износ од 13.000.000,00 динара*. Првостепени суд је, од покретања поступка до његовог завршетка, у сваком погледу, случај третирао спором велике вредности.

Сагласно чл. 487 ст. 1 ЗПП, споровима мале вредности у поступку пред привредним судовима се сматрају они чија су потраживања у новцу, која не прелазе динарску противвредност од 30.000 евра по средњем курсу НБС на дан подношења тужбе.¹⁵ У конкретном случају, означена вредност тужбеног захтева је, по званичном курсу НБС, петоструко прелазила назначену противвредност. Ни сам тужени се до упуштања у расправљање о главној ствари, а ни током поступка нити до његовог окончања, није противио тачности означене висине захтева, односно вредности предмета спора у тужби.

Суд је спровео редовни поступак, а не поступак који се примењује код спорова мале вредности. Суд је доставио тужбу на одговор туженом, док се у поступку решавања привредних спорова мале вредности тужба не доставља на одговор.¹⁶ Неспорно је да суд није доводио у питање означену вредност предмета спора, не сматрајући да је она сувише високо или сувише ниско постављена. Суд је такав став потврдио и одлуком о висини судских такси, руководећи се напред наведеном вредношћу

14 Извод из јавно подељеног Материјала са Двадесет шестог саветовања судија Привредних судова Републике Србије на Златибору, септембар 2018, доступно у архиви аутора.

15 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

16 ЗПП, чл. 487 ст. 4.

спора у тужби, коју је констатовао и у уводу своје пресуде, опредељујући максималан износ таксе за тужбу и таксе за првостепену пресуду сагласно у тужби означеној вредности предмета спора.

За случај да је тужилац сувише високо или сувише ниско означио вредност предмета спора, суд је дужан да *најкасније на припремном рочишту*, а ако оно није одржано, онда *на рочишту за главну расправу*, пре почетка расправљања о главној ствари *брзо и на његодан начин* провери тачност означене вредности и *ушврди вредности предмета спора*.¹⁷ Судска пракса и ставови највиших судских инстанци у вези са применом цитиране норме ЗПП није млада, па је суд имао времена да се са њима упозна. Између осталог, објављени Закључак са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда још од 15. и 16. 5. 1985. године гласи: „После упуштања у расправљање о главној ствари наступа преклузија за утврђивање вредности предмета спора, те се као вредност предмета спора има узети онај износ који је означен у тужби, односно вредност предмета спора означена у уводу првостепене пресуде.“¹⁸

Дакле, утврђивање другачије вредности предмета спора од оне коју је определио тужилац *ограничено је преклузивним роком*. То значи да његовим пропуштањем престаје могућност промене утврђене вредности спора до окончања поступка. Овакав став је утемељен и у новијој пракси Врховног касационог суда.¹⁹

Супротно закону и судској пракси на закону заснованој, што је верификовано и ставовима највиших судова у држави њиховом активношћу изван суђења (саветовања), Привредни суд је у поступку у коме су супарничари успели у спору једино, и тек при одмеравању висине трошкова поступка, по „сопственом судијском уверењу“, арбитрарно, вређајући не само закон, него и темељна начела права, шестоструко умањио вредност предмета спора. Суд је тиме смањио и износ парничних трошкова, директно на штету сваког од добровољних супарничара, појединачно и свих заједно, у корист иностране, хрватске компаније.

Решењем о трошковима поступка суд је обавезао туженог да тужиоцима солидарно исплати износ од 2.800.000,00 динара на име трошкова заступања и целог поступка, док њихов стварни износ, на закону

17 ЗПП, чл. 33 ст. 3.

18 Јармила Лончар, Одређивање вредности предмета спора, Основни суд у Новом Саду – Електронски билтен, доступно на адреси: <http://bilten.osns.rs/presuda/sentensa?url=vrednost-predmeta-spora-3>, 19. 7. 2020, интернет извор без броја стране.

19 Решење Врховног суда Србије, Рев 172/01 од 11. 4. 2001. године, наведено у решењу Апелационог суда у Новом Саду, посл. број Р-52/16 од 30. 9. 2016. године, као и само решење Апелационог суда; извод из решења Вишег суда у Новом Саду, Посл. бр. Гж 832/2012 од 7. 8. 2013. године.

заснован, износи 15.289.800,00 динара. На описани начин, суд је досудио готово шест пута мању суму од износа који тужиоцима из првостепене пресуде припада сагласно закону и Адвокатској тарифи.²⁰ Тарифни број 13 АТ прописује да адвокату припада награда за пружене услуге *према вредности створа*.

2) Други пример

Привредни суд у Нишу, у другом саставу судског већа, је у истоветном предмету спора донео првостепену пресуду у спору друге групе тужилаца – акционара, против истог туженог. Овом пресудом, суд је применом истих одредаба ЗПП и АТ, које се наводе и у оспореној пресуди, законито утврдио висину предмета спора *према збиру свих тужилачких захтева* акционара.²¹

Посебно је карактеристично да се ставови поступајућег Привредног суда у Нишу у анализираном случају разликују од ставова у идентичној чињеничној и правној ситуацији са истим туженим, не само у односу на ставове Привредног апелационог и Врховног касационог суда, већ и у спору који се пред истим судом водио по тужби друге групе активних супарничара поводом исте правне ствари, против истог туженог, у којима су пресуде донете истог дана – 13. 11. 2019. године, од стране два различита већа. Тако, исти суд, истог дана, у два истоветна предмета који се међусобно разликују једино по персоналном саставу добровољне супарничарске заједнице активних супарничара и, испоставило се, по „најмеродавнијој“ чињеници – по персоналном саставу судског већа истог суда, заузима различите ставове о истом правном питању. На тај начин је Привредни суд прекршио древно начело, којим сваки суд штити сопствени интегритет: *cursus curiae est lex curiae* – „пракса суда је закон суда“. За њега је, у конкретном случају, поштовање овог начела сасвим факултативно и ефемерно, на први поглед помало нелогично, али га судска пракса, под капом „слободног судијског уверења“ и „судија – то сам ја“, конвалидира не само штетом по странку, већ и последицама које су супротне ширим интересима и погубне су по морализацију односа у друштву.

20 Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката – АТ, *Службени гласник РС*, бр. 121/2012 и 99/2020.

21 Пресуда Привредног суда у Нишу од 13. 11. 2019. (напомена: подаци о предмету се не наводе због анонимности, с обзиром на то да је поступак још увек у току): „Одлуку о трошковима суд је донео на основу чл. 150, 153, 154, 157 и 163, те је утврдио да тужиоцима припада право на накнаду трошкова по ТТ и АТ, и то: ... на име награде адвокату за састав тужбе и поднесака увећан за 50% за сваког од 16 тужилаца на основу тар. бр. 17 Тарифе... на име присуства адвоката сваком одржаном рочишту, увећан за 50% за сваког од тужилаца... на име заступања тужилаца на одложеном рочишту увећаног за 50% за сваког од заступаних...“

Истраживања меродавне литературе при изради овог рада обухватила су и вредан научни рад професора Правног факултета у Београду, др Драгора Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“,²² у коме смо пронашли следећу његову констатацију:

„Готово као куриозитет (ако се евентуално не ради о смишљеном приступу како би се изазвала брза упућујућа реакција вишег суда) делује чињеница да су *два већа истој суда, истој дана*, донела две супротне пресуде о истом питању, према истом туженом – јемцу у стечају,²³ и то у примени истог законског правила којим се више деценија непромењено у нашем праву регулише једна иначе веома стара и стабилна правна установа: јемство. Ствар би могла остати на нивоу необичности и без коментара да се не ради о једном теоријски занимљивом и спорном питању..., које има и велики практични значај.“

Куриозитет је употпуњен и нашим истраживањем, јер се дешавања понављају у истом виду, уз примену истог стандарда. Из фусноте бр. 4 рада професора Хибер, коју је он деташирао из свог текста у подножну напомену, уместо да тамо и остане, да би куриозитет био употпуњен, испливала је директно у наш текст. Упућујућа подножна напомена потврђује невероватну доследност, са истом закономерношћу, на неки други дан, али зато на истом месту. Фуснота бр. 4 гласи: „Вид. пресуду Привредног суда у Нишу, посл. број 5 Р 92/213 од 17. 10. 2013.“

Из парцијалног истраживања које смо по систему узорка обрадили у овом раду, уз ризик да погрешимо, закључак би могао бити: предвидљивост исхода судског спора се заснива на правилу које би могло да гласи: о једном истом питању, исти суд просуђује у истом дану, према истом туженом на дијаметрално супротне начине. На такав закључак би коментар могао бити: „веровали или не.“

Оно у шта се не би могло сумњати је чињеница да је суд својим поступањем урушио древно начело чијом применом је дужан да чува и свој интегритет: *cursus curiae est lex curiae* – пракса суда је закон суда. Из описаних примера, ово правило остаје без дејства, сасвим је факултативно и ефемерно, на први поглед помало нелогично, али га судска пракса, под капом „слободног судијског уверења“ и „судија – то сам ја“, конвалидира последицама које су погубне по странку, супротне су ширим интересима и катастрофалне по морализацију односа у друштву.

22 Драгор Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2015, 59.

23 Једно веће је прихватило тужбени захтев нашавши да се поверилац може намиривати из стечајне масе дужника. Истоветан захтев другог тужиоца – суд је одбио. Председница оба већа је била исти судија. У нашем примеру поступале су две различите председнице већа, па се не може оценити да ли та чињеница поменути куриозитет увећава или смањује.

Да патологија судске праксе у наведеном смислу није акутна, сведочи и један случај, који се препричава међу генерацијама којима је било суђено да живе у СФРЈ, а судило им се као и данас.

3) Забележено казивање случаја из судске праксе

Две судије истог суда, по истим чињеничним и правним питањима, против истог туженог, донеле су дијаметрално супротне одлуке. Са временске дистанце, случај поприма сатирично-хумористички тон, тако да на читаоца након суморних анализа може деловати и релаксирајуће. Пример је из давне 1965/66. године, из периода познате „Привредне реформе“, у којој су, *према казивањима*:

„Све цене производа повећане за 24%, за исти проценат повећане су и плате. Динар је деноминирао, тако да су 100 старих од тада вредели 1 динар, а цена стране западне валуте је повећана. Био је то период када се, иако мало срамежљиво, инсистирало на рационализацији броја запослених у привреди. Е, ту је, код те рационализације, поента. Предузећа су покушавала, а понекад и успевала да пронађу „вишкове“ радне снаге, па је појединим радницима, у циљу успеха привредне реформе, престао радни однос. Тако је и „ПК Београд“, тада веома моћни пољопривредни комбинат, неким радницима и радницама, онима који музу краве, дао отказ. Тим поводом су две раднице ПКБ повеле радни спор. Заступао их је, давно покојни, адвокат Мариновић из Београда (и син му је, такође, био адвокат). Те две раднице поднеле су тужбе тадашњем Првом општинском суду у Београду, који се налазио у Кнез Михајловој улици бр. 50–52. По судском Пословнику, предмети су додељени неким суткињама – Катарини и Злати. Свака суди за себе по истом чињеничном и правном питању. Једна од њих је усвојила тужбени захтев, решење о престанку рада поништила и наложила ПКБ-у да ту радницу врати у радни однос. Друга суткиња је, у случају друге раднице, можда са мотивом да и она припомогне реформи, одбила тужбени захтев као неоснован. Адвокат Мариновић, старији, који је био познат и као познавалац књижевности, али и сарказма, у жалби у предмету у коме је изгубио спор, навео је она три позната основна разлога из ЗПП због којих улаже жалбу. У жалби се позвао на други предмет настао у суседној канцеларији истог суда, против истог туженог, по истом правном и чињеничном основу, указујући на неуједначеност судске праксе речима: „И када Ката и Злата, чија су врата уз врата, овако суде, ја се питам: о славни суде, како онда научити људе да исто суде, и то како оне у Крању, тако и оне у Врању.“²⁴

24 Случај из судске праксе казивао Антоније Симовић, специјалиста у области уговора у спољној трговини, истакнути дугогодишњи арбитар Сталне арбитраже при Привредној комори Србије.

4) Ставови о спроведеној анализи

Са осећајем сете постављамо питање који су разлози чињенице да судска пракса егзотичних острвских држава, каква је, на пример, Шри Ланка у Јужној Азији, афирмише примену начела *cursus curiae est lex curiae*,²⁵ а да Србија, која стреми европским вредностима, показује немоћ да своје судство отргне од све учесталијих појава парохилалног и самовољног, „личног“ просуђивања судије.

Истина је да се без свеобухватније анализе, а не само на основу изнетих примера лоше праксе, закључци не би могли генерализовати. Свакако да би позитиван пример у вези са применом максиме „пракса суда је закон суда“ за истраживање о овом проблему могла бити пракса Сталне арбитраже при Привредној комори Србије, укључујући управо и материју надокнаде арбитражних трошкова која нам је позната.²⁶

Анализирано питање изазива разумљиво интересовање и у заједници адвоката у целој нашој земљи. Ставове из новијег периода рада судова о истом питању само због ограниченог обима рада дајемо у подножној напомени, као позитиван пример праксе која доприноси ефикасности и уједначавању судске праксе у јединственом правосудном систему Србије.²⁷

25 Sri Lanka Supreme Court, *Mohammadu Sally Fajurdeen and Others Vs. Samarakoon Mudiyansele Samarakoon and others*, Court Judgment of 15. 6. 2012, доступно на адреси: <https://www.legalcrystal.com/case/1151164/mohammadu-sally-fajurdeen-vs-samarakoon-mudiyansele>, 18. 7. 2020, интернет извор без броја стране.

26 Вид. одлуке Сталне арбитраже при Привредној комори Србије у Београду: Т-9/15, Т-7/17, Т-3/18 од 11. 3. 2019. године; као и Т-7/19 од 8. 7. 2020. године.

27 Кратак преглед праксе судова

1) Став Привредног суда у Београду

Привредни суд у Београду је у пресуди од 26. 10. 2017. године (напомена: подаци о предмету се не наводе због анонимности, с обзиром на то да је поступак још увек у току) одлучио о трошковима поступка с обзиром на висину збира вредности свих тужбених захтева акционара, а истоветан став је заузео и у пресуди 24Р-3109/2015 од 25. 1. 2016. Наведеним одлукама је правноснажно одлучено о трошковима супарничара странака, чији збир тужбених захтева износи 5.445.957,00 динара (што представља вредност спора). Правилно примењујући ЗПП и АТ, трошкови заступања су обрачунати на основу висине збира вредности свих тужбених захтева, са увећањем за по 50% за другу и сваку наредну странку.

2) Став Привредног апелационог суда Србије

Поред јасног става са поменутог Саветовања Привредних судова из 2018. године, и Привредни апелациони суд је у правно и чињенично истоветном предмету у поступку друге групе супарничара, из истог односа и против истог туженог, донео пресуду 4. 12. 2019. године (напомена: подаци о предмету се не наводе због анонимности, с обзиром на то да је поступак још увек у току), којом је у предмету са истим чињеничним и правним основом као у тексту описаном

Начином на који је определио висину предмета спора, а тиме и износ судских трошкова у поступку у коме су тужиоци у потпуности успели у спору, суд је обесмислио потпуни успех активних супарничара. Наиме, досуђена главница потраживања са припадајућом каматом није довољна да се намире дуговања супарничара по основу судских и адвокатских трошкова, обрачунатих сагласно закону и АТ?!

Наведена бесмислена судска пракса урушава и институт *добровољној* супарничарства, који несумњиво погодује начелу не само процесне економије у поступцима, већ и ефикасности функционисања система државне власти. Оваквим „дељењем корективне правде“, уместо једне парнице са добровољним активним супарничарима, судови ће све више бити затрпавани „соло“ тужбама унапред прогоњеним помисли супарничара да уђу у добровољну супарничарску заједницу. То је само једна од озбиљних последица управо описаног незаконитог и самовољног избора методе обрачуна трошкова, која је одабрана по систему слободног, одокативног просуђивања – „мало – много“.

Привреда вапи за условима стабилног пословања, чему непроцењиву штету наноси неуједначена и непредвидива судска пракса. Нужно је да се хијерархијски конципирана судска власт упорно и стално стара

случају одлучио о трошковима поступка на основу вредности предмета спора који је утврдио збиром свих вредности свих појединачних тужбених захтева добровољних активних супарничара. Износећи разлоге свог става о битним чињеницама, Привредни апелациони суд наводи: „Наиме, првостепени суд је определио износ такси према вредности спора коју је имао у време подношења тужбе, и то кумулацијом свих захтева свих тужилаца на укупан износ, а не применом одредби чл. 22 ст. 2 Закона о судским таксама. Пуномоћник тужилаца основано у жалби наводи да је првостепени суд погрешно обрачунао трошкове без увећања уз образложење да пуномоћнику тужилаца припада само право на максималну награду прописану тарифом, односно максималним износом за састав поднесака, заступање и састав жалбе. Међутим, одредбом тарифног броја 17 Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката прописано је да када адвокат заступа више странака, награда му се по том основу додатно увећава за сваку радњу коју предузима за по 50% за другу и сваку наредну странку. У овом случају, увећан износ накнаде се обрачунава у односу на сваку процесну радњу понаособ, тако што се награда за заступање једне странке увећава процентом који одговара броју странака које адвокат заступа и у тренутку када се процесна радња предузима.“

3) Став ВКС

Одлучујући у поступку по ревизији која је поднета у предмету 24Р-3109/2015 и 1ПЖ-3036/16 против пресуде Привредног апелационог суда 1ПЖ-3036/16 од 22. 11. 2017. године, Врховни касациони суд је заузео став да је правилан обрачун трошкова према висини збира вредности свих тужбених захтева који се увећава за по 50% за сваку наредну странку. Извод из портала судова Србије – ток предмета П-3109/2015 (вредност 5.445.957,00 динара), доступно на адреси: <https://tpson.portal.sud.rs/tpprvs/>, 18. 7. 2020, интернет извор без броја стране.

да се објективизирају услови стручне предвидљивости и евалуације судских спорова, засновани на очекиваној примени правила на закону заснованим, а не на волунтаризму судије.

3. Пример незаконитог поступања извршног привредног суда као „начин очувања социјалног мира међу грађанима“

Тужилац је 9. 5. 2013. године поднео Привредном суду у Лесковцу предлог за извршење на основу веродостојне исправе ради намирења новчаног потраживања. Предлогом је предложен попис, процена и продаја седам станова у својини дужника, чија је укупна вредност неспорно прелазила вредност потраживања.

Суд је донео закључак којим је одредио извршење на свих седам станова. Упркос закључку, суд није предузимао било какве радње у циљу спровођења извршења, због чега је поверилац са више од 10 поднесака ургирао код суда. О примљене поднеске – суд се у потпуности оглушио.

Заинтересована трећа лица су 26. 5. 2014. године изјавила приговоре на дозволу извршења на предметним становима. Тужилац је указао суду да према императивној норми чл. 50 ст. 7 ЗИО подношење приговора трећег лица и покретање парничног поступка не спречавају извршење, односно да подношење тужбе трећег лица нема суспензивно дејство на поступак извршења. Упркос свему, извршни суд је остао неумољив и сматрао је да му његова мисија налаже да не спроводи извршење.

Након бројних, и без резултата поднетих поднесака, тужилац се 10. 10. 2014. године обратио председнику суда притужбом на рад поступајућег извршног судије Привредног суда. У свом изјашњењу, судија је изјавио: „Сматрам да ниједном својом радњом нисам утицао незаконито, већ, напротив [Sic!], сматрам да је свака моја предузета радња предузета у складу са начелом савесности и поштења и очувањем социјалног мира међу грађанима...“ На крају свог изјашњења, извршни судија, иако супротно императивним нормама ЗИО, веома јасно и изричито наводи: „...поступак извршења на предметним становима се неће наставити све до окончања парничних поступака.“

Тужилац је у својству извршног повериоца поднео укупно 11 поднесака суду, којима је ургирао да суд ипак, сагласно закону, спроведе извршење на постојећим становима у својини дужника, што је све остало без икаквог резултата. Извршни судија је на основу налога Високог савета судства Србије од 2. 3. 2015. године дао ново изјашњење о притужбама извршног повериоца на његов рад, којим је потврдио тачност

навода из свог изјашњења од 14. 10. 2014. године. Судија је посебно по-
двукао:

„Такође, одлично знам како гласи члан 50 ЗИО, али још боље знам да је изнад сваког закона Устав РС, као и да је чл. 58 ст. 1 Устава РС прописано: „Право на мирно уживање својине и друге имовине је зајемчено право...“ Сматрам да би настављањем спровођења извршења могла настати ненадокнадива штета за „власнике станова“ (прим. аут.: знаке навода судија користи, чиме и сам истиче да трећа лица нису законски власници, већ држаоци станова), која би притом изазвала и *социјалне немире* (курзив аутор)...

Дакле, по чврстом уверењу извршног судије, свака његова предузета радња је у складу са начелом савесности и поштења и очувањем социјалног мира међу грађанима, како је и сам изјавио. Судија је тај интерес подредио императивној законској норми, коју и сам „одлично зна“, и коју је, могло би се констатовати, прогласио неуставном јер би примена закона нанела трећим лицима штету, што би изазвало и социјалне немире.

Услед неразумно дугог временског трајања извршног поступка од преко шест година, тужилац је сагласно Закону о заштити права на суђење у разумном року поднео приговор Привредном суду у Лесковцу. Суд је донео решење 6 Р4 И 8/2019 од 18. 4. 2019. године којим је одбио приговор. *Решење је донео исти судија који је њосћуиуао и у својсћиву извршној судије у њредмејном извршном њосћуиуку?!*

Привредни апелациони суд Србије је усвојио жалбу тужиоца решењем Рж и-45/19 од 12. 8. 2019. године, којим је утврдио да је тужиоцу повређено право на суђење у разумном року у извршном поступку пред Привредним судом у Лесковцу у овом извршном предмету. Привредни апелациони суд је решењем наложио поступајућем судији да у року од 15 дана од дана пријема решења предузме све радње у циљу намирења потраживања извршног повериоца, овде тужиоца, уз истовремени налог судији да у року од 30 дана извести председника Привредног суда у Лесковцу које је конкретне мере предузео. У међувремену је над извршним дужником покренут поступак принудне ликвидације, који је окончан 28. 8. 2019. године његовим брисањем из Регистра привредних субјеката. Услед очигледног незаконитог поступања суда, у продуженом временском трајању од преко шест година и три месеца, ликвидацијом дужника дефинитивно је престала могућност спровођења решења и закључка о извршењу, као извршних судских исправа у циљу намирења утврђеног новчаног потраживања тужиоца.

Извршни поверилац је 29. 8. 2019. године примио решење Привредног апелационог суда којим је утврђена повреда права на суђење у

разумном року, чиме је поверилац стекао право на правично задовољење, а сагласно Закону – и право на подношење тужбе за накнаду имовинске штете против Републике Србије, чија је искључива узрочно-последична веза незаконито поступање Привредног суда у Лесковцу.²⁸

Уместо да је ефикасним спровођењем извршења суд решио спор између самих привредних субјеката, услед незаконитог поступања суда није дошло до успостављања корективне правде у нарушеним односима еквиваленције између самих странака. Истовремено, ишчезли спор услед брисања извршног дужника незаконитим поступањем суда „прераста“ у спор између извршног повериоца и државе. У новонасталом спору, сходно начелу предвидљивости, у светлу законских прописа може се очекивати да тужена држава изгуби спор, на штету државног буџета а услед поступања суда као државног органа.

Потенцијално, штета по државу бива још већа када пресудама судија, који као упосленици државних органа, штитећи интерес „свог послодавца“, доносе незаконите одлуке сагласно начелу „савесности и поштења“ и очувању „социјалног мира грађана“, супротно императивним законским нормама, али у „интересу“ државе и државног буџета. Да ли судска власт има снаге да привреди и привредним друштвима обезбеди очекивани ниво корективне правде, као брану њиховом уласку у кружни ток зачаран арбитражношћу „слободног судијског уверења“ при тумачењу и примени дистрибутивне правде државе?

IV Закључак

Судови су полуге корективне правде, која треба да ужива заштиту на основу захтева сваког правног или физичког лица које сматра да му је неко други својим поступањем или нечињењем повредио права загарантована правним поретком. Судовима је поверена најсензитивнија улога у подели државне власти. Они су органи за успостављање правде у споровима учесника привредно-правног промета у вези са њиховим међусобним споровима о непосредној примени дистрибутивне правде коју установљава законодавна власт.

Судска власт је, сагласно члановима 4, 142 и 143 Устава, јединствена на територији Републике Србије. Оснивање, организација, надлежност, уређење и састав судова уређују се законом. Судска власт је независна. Независност судске власти је предуслов независности судије и један од услова владавине права у друштву. Према Етичком кодексу, судија је у вршењу судијске власти независан и потчињен само Уставу и закону.²⁹

28 Закон о заштити права на суђење у разумном року, чл. 26 и 31.

29 Етички кодекс, *Службени гласник РС*, бр. 96/2010, принцип 1.

Он је слободан у заступању свог схватања, самосталан у утврђивању одлучних чињеница и примени права у стварима о којима одлучује. Тако широко поверење поклоњено судији основ је његове дужности да се о утврђеном чињеничном стању и о својим правним схватањима изјасни у образложењу одлуке коју доноси. Он је обавезан да на убедљив и јасан начин докаже да је у спроведеном поступку конкретну одлуку „у име народа“ донео на частан и честит начин, сагласно Уставу и закону.

Једино законитим решењем спора и успостављањем корективне правде суд испуњава своју функцију и уклања повреду дистрибутивне правде. Дакле, сваком судији је дата пуна слобода одлучивања, која није апсолутна. Она је строго „организована“; њене границе и формално-правне оквире дефинишу Устав и закон. Слобода самосталности и независности судске власти је „слушкиња ѿверења ѿоклоњеној суду“ да суд, искључиво применом важећег права – Устава и закона, отклони спор као патолошки вирус који прети да угрози социјалну, привредну, економску и сваку врсту стабилности у друштвеним односима.

Закон овлашћује и обавезује непосредно више судове, посебно највиши суд у систему државне судске власти – Врховни касациони суд (ВКС), да своју контролну функцију према судовима нижих инстанци не „покривају“ само својим ставовима у процесу суђења. И ван те делатности, ВКС је дужан да предузима мере у циљу уједначавања судске праксе у циљу владавине права у јединственом правосудном систему Србије. То јединство је неопходно. Судови на било ком делу територије Србије нису парохилјални органи локалних власти. Слободно судијско уверење не сме бити инструмент реализације било чијег интереса, осим реализације начела стриктне судске заштите права странака која им по закону припадају.

Сагласно својим правима и обавезама законом предвиђеним, ВКС је дужан да се стално стара да како мерама у процесу суђења, тако и мерама изван суђења, не оставља могућност судовима ниже инстанце да врше изигравање било које императивне законске норме (*agere in fraudem legis*), као ни изигравање законом заштићених интереса странке (*agere in fraudem partis*).³⁰

Улога Уставног суда је још шира. Он има надлежности како у контроли система дистрибуирања права и правде од стране државе, тако и у процесима одлучивања поводом њиховог нарушавања у циљу успостављања корективне правде у Републици. Одлуке и ставови Уставног суда, као окоснице изградње и очувања правне државе и владавине права, сваки суд мора поштовати при тумачењу правних норми које

30 О овоме детаљније вид. Марија Салма, „Забрана злоупотребе процесних овлашћења“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2009, 281–291.

примењује на конкретне случајеве. Свакако је за сва лица, а нарочито за привредна друштва од посебног значаја допуна Закона о уставном суду: одлуком којом се усваја уставна жалба, уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете.³¹ Благовременом допуном Закона о извршењу и обезбеђењу, одлуци Уставног суда је призната снага извршне судске исправе. На описани начин, Уставни суд је добио веома ефикасно средство да у оправданим случајевима директно и сам исправи грешке судија и судова који су у систему судске власти. Остаје да се види у којој мери и на који начин ће Уставни суд користити ова своја овлашћења, за која сматрамо да су за постојећу ситуацију у нашем судству сасвим оправдана.

Поред унутарсудске контроле, рад судова и судија је подвргнут суду стручне, научне и најшире јавности. Сматрамо да слобода одлучивања и независност судске власти истовремено подразумевају и највиши степен одговорности судије као носиоца поверене часне улоге судијске функције. Та одговорност је индивидуална. Системски је подвргнута вишестепеној контроли, која обухвата надзор кроз инстанционе судске поступке по поднетим правним лековима непосредно вишим судовима, као и контролу надлежних државних органа и јавних служби (адвокатура и др.) у процесу суђења.

Коначно, најодговорнији субјект за функционисање јединственог правосудног система и судске власти на сопственој територији је држава. Она је обавезна да свим легитимним средствима доприноси успостављању ефикасног правосудног система, лишеног утицаја извршне и законодавне власти на вршење судске функције, као и притисака било које врсте на рад судова. Држава је, једнако тако, дужна да оперативном применом мера контроле, надзора и на сваки законом допуштен начин санкционише и спречи нестручност, арбитражност, самовољу, а посебно злоупотребу начела независности и самосталности судске власти.

Судска власт је позвана да стално цени степен угрожености у функционисању сопственог јединствено конципираног система власти на основама уједначене судске праксе. Она је дужна да се стара и да спроводи сталну контролу резултата рада судија, посебно у судовима на нижем инстанционом нивоу. На тај начин ће се омогућити предвидљивост исхода у примени корективне правде, уз примену мера заштите од појаве патолошких стања која угрожавају функционисање друштва и државе.

31 Закон о Уставном суду, *Службени тласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015 и 40/2015 – др. закон, чл. 89 ст. 3.

Предвидљивост је услов сигурности и очувања вере у заједницу која располаже ефикасним средствима за успостављање равнотеже у нарушеним односима еквиваленције. У том светлу, судови су стубови не само корективне правде, већ и морализације читавог друштва у свим сегментима његовог живота, укључујући и привреду. Допринос морализацији друштва могу пружити само судије које су са аспекта стручних, етичких и моралних критеријума достојни да врше судијску функцију.

Судија је дужник основног интереса очекивања сваког учесника правног промета, привредног субјекта и сваког појединца у друштву да ће му суд на ефикасан начин успоставити пољуљану равнотежу у нарушеним друштвеним односима. Право на ту врсту очекивања му јемчи дистрибутивна правда установљена Уставом, законом и правним поретком.

Незаконито донете одлуке о спору странака у судским споровима погоршавају већ настало „болесно“ стање друштвеног организма. Тиме се то стање у привреди и друштву не отклања. Напротив, незаконитим поступањем судова – оно се додатно компликује. Свака грешка судије суштински опструира постигнуће основног циља чије се остварење очекује.

Члан 31 Закона о уређењу судова прописује да је једна од најважнијих обавеза ВКС да обезбеђује јединствену судску примену права и једнакост странака у судским поступцима. ВКС је донео посебан План активности ради уједначавања судске праксе.³² Већ у тачки 1 става 1 утврђује се да ВКС уједначава судску праксу судова:

„Одлучујући о ванредним правним средствима изјављеним у појединачним предметима, по одредбама процесних закона (ЗПП...), као што су:

а) изузетна ревизија (...члан 404 ЗПП из 2011. године)...“

Бројни правни ставови Уставног и Врховног касационог суда Републике Србије афирмишу нужност уједначавања судске праксе. Њиховом сублимацијом закључујемо да је:

- а) судска пракса облик права у коме се исказује право значење правне норме;
- б) степен обавезности правне праксе зависи од правне моћи суда који је њен аутор;

32 План активности ВКС, I СУ-7 24/2014 од 1. 4. 2014, доступно на адреси: https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PlanAktivnostiVrhovnogKasacionogSuda_0.pdf, 15. 7. 2020.

- в) правно схватање одговарајућег суда, који с обзиром на свој положај у систему судске власти има снагу деловања, мора се поштовати;
- г) правно схватање исказано у судској одлуци поводом тумачења меродавних правних норми делује и у односу на све *pro futuro* исте ситуације.³³

Просуђивање о (не)ефикасности судства нужно је темељити на степену доприноса које судство пружа законитим решењем спора странака и његовим отклањањем на начин који је у функцији очувања и унапређења услова привређивања као конститутивног елемента поверења у државне институције.

Сматрамо да је расправа стручне јавности, а понекад и контрола најшире јавности, о ефикасности рада судова допуштена. Она може бити делотворна и сматрамо да она не угрожава примену начела о самосталности рада судова; супротно – она само доприноси контроли права на слободно судијско уверење, које ширином поклоњеног поверења не допушта да буде изиграно његовом злоупотребом. Свака злоупотреба поверења која излази из оквира права на грешку свакога, па и судије, али која ни за кога не значи препоруку, па ни за судију, отвара врата самовоље која *ipso facto* чини судију недостојним за обављање поверене дужности.

Општа тема наших сусрета „Привредна друштва и привредно судство“ представља несумњиви допринос напорима да се судска власт позове и охрабри на сваки начин да у већој мери него до сада (са)дејствује у креирању благотворног привредног амбијента и правне сигурности у обављању привредне делатности како домаћих, тако и иностраних привредних друштава на тржишту Србије.

33 Правно схватање ВКС има неспоран утицај на одлуке нижестепених судова. То је у складу са захтевом за остваривање права на правично суђење. На тај начин правни став из одговарајуће судске одлуке постаје облик права, јер се његовим садржајем исказује право значење опште правне норме. У теорији се то означава као „облик у коме се правне норме налазе у свом ауторитативном или меродавном изразу.“ Вид. Радомир Лукић, *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1972, 251. То се примарно чини у односу на одређену *in concreto* ситуацију и између одређених субјеката – странака у парничном поступку. На тај начин се не исцрпљује дејство судске одлуке, али тај став постаје обавезан за будуће исте правне ситуације. О овоме више вид. Република Србија – Апелациони суд у Београду, Обавезујуће образложење одлуке Уставног суда, доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pravnashvatanja-stavovi-i-zakljucci-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/obavezujuce-obrazlozenje-odluke-ustavnog-suda.html>, 20. 7. 2020, интернет извор без броја стране.

Коришћена литература

- Васильевич Мирко, Чирич Александар, „Арбитражное соглашение и доктрина „компетенции-компетенции“: современные тенденции“, *Международный коммерческий арбитраж: вызовы современности* (ур. Н. Ф. Селивон, Т. Г. Захарченко, К. О. Даценко), Киев, 2017.
- Лукић Радомир, *Увод у право*, Научна књига, Београд, 1972.
- Обућина Јасминка, „(Не)намирење извршног повериоца применом чл. 153 Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019.
- Салма Марија, „Забрана злоупотребе процесних овлашћења“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2009.
- Ђирић Александар, „Решавање спорова у националном и међународном привредном промету – не пропустите своје право на арбитражу“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Хибер Драгор, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2015.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD

Full Professor at the Department of Legal Sciences of the State University of Novi Pazar, formerly Full Professor at the University of Niš Faculty of Law, Arbitrator and Vice President of the Permanent Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce

(IN)EFFICIENCY OF THE JUDICIARY IN THE MATTER OF COMMERCIAL DISPUTES

Summary

In the introduction to the paper, the author presents views on the importance and role of law as an achievement of importance for life, economy and relations in every society and state. With his presentations, he tries to find the connection between the law and justice, briefly referring to the understandings of Plato, Aristotle, and Socrates. The author believes that the judge's task is to perform his difficult, honourable and responsible function in the judgment process, based primarily on the legal interpretation of regulations, in order to resolve disputes and establish a state of peace in the country, including the economy.

The aim of the paper is, in accordance with the theme of the Conference of the Association of Business Lawyers in Serbia – “Companies and Commercial Judiciary”, with the analysis of selected cases, which are examples of bad case law, to indicate the need to take measures in order to prevent and eliminate existing shortcomings in the activities of judicial authorities in Serbia.

Key words: *Commercial Courts. – Commercial Disputes. – Judicial Power. – Court Practice. – Jurisdiction in Cases of the Commercial Court in Prishtina. – Litigation Costs. – Illegal Conduct of the Court of Execution. – Free Conviction of the Judge – Prohibition of Abuse of Procedural Powers.*

Датум пријема рада: 28. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2020.

UDK: 340.134:347.72(497.11) ; 347.72(4-672EU)

CERIF: S144, S155

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003081J

др Татјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ*
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРЕКОГРАНИЧНИХ КРЕТАЊА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА У ПРАВУ ЕУ¹

Сажетак

Аутор се у раду бави хармонизацијом права ЕУ у области прекограничних кретања привредних друштва. Указује на досадашње правце хармонизације прекограничних послова и тежиште које су након неколико деценија усвојено превазиђене. Представљени су различити прекогранични послови, који су омогућени након хармонизације ове области. То је, пре свега, унапређени пословни прекограничних страних промена, који поред пријава и спајања по први пут дефинише и уређује прекограничне доделе. Изузетно важан допринос нових правила је и у увођењу и реулисању прекограничних промена правне форме – прекограничних промена реинсторованој седишта друштва уз измену меродавне права.

Новим правилима не само да је омогућено несметано прекогранично кретање, већ су нарочито уређени ефикасни послови за њихово предузимање. Изузетна важност је у реулисању посвећена заштити

* Електронска адреса аутора: tatjana.jp@ius.bg.ac.rs.

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

интереса више категорија лица, нарочито мањинских акционара и чланова, поверилаца и зајослених. Најзад, развијена је двостејена контрола пословица у којој постоје значајне могућности борбе против злоупотребе, изиравана закона, преварних или криминалних радњи.

Кључне речи: *Право ЕУ. – Компанијско право. – Спашусне промене. – Спајање. – Пријајање. – Подела. – Прекогранична промена правне форме. – Право на настањивање. – Хармонизација.*

I Увод

Прекогранична кретања одувек су била занимљива за право ЕУ и остваривање права на настањивање. Већ неколико година уназад су тумачењем његовог домањаја и смисла обухваћени готово сви најзначајнији облици прекограничних кретања, попут прекограничне промене правне форме и статусних промена. Такво широко поимање права на настањивање отвара могућност друштвима из ЕУ да искористе бројне предности унутрашњег тржишта, у циљу ефикаснијег пословања и већег просперитета. Ипак, непосредно уживање права на настањивање путем прекограничних поступака, који до сада нису били јединствено регулисани, често за друштва из земаља чланица ЕУ отвара бројне практичне проблеме и препреке. Тиме се повећавају трошкови у њиховом пословању, а некада се чак то пословање и ограничава и спречава. То је био непосредни разлог да се регулисање прекограничних кретања поново отвори и после дуго година оклевања коначно реши. Бројни су економски и политички разлози ставили ово питање поново у центар пажње Европске комисије. Ипак, међу њима нарочито вреди истаћи потребу повећања ефикасности и економичности у пословању. Такође, последњих година се много инсистира на подстицању разних учесника да искористе све предности унутрашњег тржишта. До сада су у том контексту били готово занемарени неки – попут затворених друштава и разних форми малог и средњег предузетништва, међу којима је било видно колико су мало заступљене поједине циљне групе или поједини сегменти предузетништва. Због тога не чуди да су бројни академски разлози стављали ово питање на врх листе приоритета у будућем регулисању компанијског права у оквиру ЕУ.² Ипак, питање је

2 European Company Law Experts (ECLE) Paul Davies, Susan Emmenegger, Eilís Ferran, Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Niamh Moloney, Adam Opalski, Alain Pietrancosta, Markus Roth, Rolf Skog, Martin Winner, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, „The Commission’s 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 199.

било важно не само из економских, већ нарочито и политичких разлога; оно нарочито отвара проблеме међусобног законодавног такмичења земаља чланица и дубоко задире у питања њиховог националног суверенитета у уређењу одређених важних питања из сфере компанијског и сродних грана права.³

Крајем прошле године усвојена је Директива која после више деценија, и заједно са до сада оствареним резултатима, хармонизује прекогранична кретања у готово свим најзначајнијим питањима за компанијско право. Њеним одредбама је допуњена и делом измењена до сада важећа консолидована Директива о појединим питањима компанијског права, као један од најважнијих извора секундарног компанијског права ЕУ, и то нарочито у оном сегменту прекограничних кретања која су до сада обухватила само прекогранична припајања и спајања.⁴ Тиме је остварен „европски сан“⁵ окончан „најамбициознији пројекат“⁶ и „написан део правне историје“⁷ компанијског права ЕУ. Поред прекограничних припајања и спајања, која већ стоје на располагању друштвима из ЕУ, практично су омогућени и други прекогранични поступци: прекограничне поделе, као и прекограничне промене правне форме – промене регистрованог седишта друштва уз промену меродавног права.

Циљ овог рада је да представи недавно успостављен правни режим прекограничне покретљивости. Након уводних излагања, укратко ће бити речи о разлозима због којих је регулисање свих прекограничних поступака окончано (тек) сада. Затим ће бити дат преглед прекограничних поступака који су обухваћени новим правилима. Вредност нове регулативе нарочито лежи у отварању бројних практичних могућности

3 Eddy Wymeersch, „Is a directive on Corporate Mobility needed?“, *Financial Law Institute*, Working Paper Series, WP 2006–11, Universiteit Gent, 2006, 1.

4 Директива о прекограничним променама правне форме, припајањима и поделама (*Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions*, OJ L 321, 12. 12. 2019; даље у фуснотама: Директива о прекограничним поступцима) постала је део Директиве о појединим питањима компанијског права (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law*, OJ L 169, 30. 6. 2017). Сви извори за право ЕУ доступни су на званичном сајту ЕУ: <https://europa.eu>, 24. 1. 2020.

5 Jessica Schmidt, „Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 222.

6 Christoph Teichmann, „The Company Law Package – Content and State of Play“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 3.

7 Francesco A. Schurr, „Schutzbestimmungen und Verfahrensregeln in der neuen Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 13/2019, 539.

за покретљивост привредних друштава у унапред уређеном ефикасном поступку. Истовремено је постављен и нови правни оквир унапређене заштите интереса заинтересованих лица у тим поступцима, нарочито мањинских акционара, односно чланова, поверилаца и запослених. ЕУ у овој области нарочито инсистира на предузимању одлучних корака како би се онемогућили изигравање закона, злоупотребе или предузимање других преварних и криминалних поступања приликом прекограничних кретања, те је важан део нове регулативе и њихова темељна двостепена контрола.⁸

II Прекогранична кретања и унутрашње тржиште

Прекогранична кретања привредних друштава су од изузетног значаја за функционисање унутрашњег тржишта ЕУ. Нарочито су важан део остваривања и уживања права на настањивање привредних друштава. Наиме, дозвољеност прекограничних кретања, о којима је до сада изостала озбиљнија заокружена правна регулатива не само на нивоу ЕУ, већ и у националним правима земаља-чланица ЕУ, везује се за право настањивања и његово све шире схватање и тумачење кроз дугогодишњу праксу Суда ЕУ.⁹

1. Прекогранична кретања и право на настањивање

Ранија схватања права на настањивање углавном су истицала да најзначајнији облици прекограничног кретања нису дозвољени непосредно, на основу примарног законодавства ЕУ, те морају да буду регулисани да би били могући. Још је Уговор о оснивању ЕЗ (касније Уговор о функционисању ЕУ) предвидео да ће поједина питања у области компанијског права бити регулисана конвенцијама. Између

8 Аутор има намеру да неколико наредних научних радова посвети сваком прекограничном поступку понаособ. Стога овај рад има циљ не само да прикаже нова правила, и о њима упозна домаћу стручну јавност, већ и да послужи као увод у ова посебна истраживања. Читани заједно, сигурно ће дати свестранију и свеобухватнију слику, и већи теоријски допринос изучавању прекограничних кретања и компанијског права ЕУ.

9 Детаљно о пракси Суда ЕУ и најважнијим случајевима, значајним за тумачење и шире концепцијско поимање овог права вид. нарочито: Татјана Јевремовић Петровић, „Право на настањивање“, *Компанијско право Европске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 51–88; Tatjana Jevremović Petrović, „Right of Establishment: Foreign Branches in the Republic of Serbia“, *Legal Implications of Trade Liberalization under SAAs and CEFTA* (ed. Dušan Popović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2018, 68.

осталог, земље чланице је требало да приступе преговорима ради усвајања конвенција како би у интересу својих држављана омогућиле „...међусобно признање друштава, ... очување правне личности друштва у случају промене седишта из једне земље у другу, као и могућност припајања и спајања између друштава која су регулисана различитим националним правима“.¹⁰ Ова одредба дуго времена је била потврда тада владајућег мишљења да право на настањивање не обухвата и могућност спровођења прекограничних поступака непосредно; односно да члан 49 Уговора о функционисању ЕУ нема директно дејство, тим пре јер се изричито упућује на неопходност њиховог уређења путем конвенција.¹¹ Регулисање путем конвенција је у овој области било готово неизводљиво. На једној страни је ово било врло осетљиво питање прожето суштински различитим концепцијама у одређивању меродавног права, о чему није постојао нужно висок степен сагласности у националним оквирима. Са друге стране, за усвајање конвенције била је нужна не само једногласност свих земаља чланица, већ и њена ратификација на националном нивоу. У материји прекограничних поступака у компанијском праву на основу тог члана усвојена је само једна конвенција – Конвенција о узајамном признању трговачких друштава и других правних лица (Бриселска конвенција), али никада је нису ратификовале све земље чланице, те стога никада није ни ступила на снагу.¹²

У првим деценијама успостављања и функционисања унутрашњег тржишта није се сматрало да поступци прекограничних кретања произлазе из права на настањивање, тако да оно у овим питањима има директно дејство. Временом је тај став измењен, а право на настањивање бројним тумачењима схваћено је много шире. Прва прекогранична кретања предузета су позивајући се на основна права и слободе које гарантује правни систем ЕУ, што је у многим сродним случајевима потврђивао Суд ЕУ.¹³ Данас се сматра да сваки од прекограничних поступака произлази из основних права и слобода, нарочито права на

10 Уговор о оснивању ЕЗ (*Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002)*, OJ C 325, 24. 12. 2002), чл. 293 (раније чл. 220). У Уговору о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012), овај члан је брисан.

11 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 49. Више о појму, домашају и ранијем и садашњем тумачењу права на настањивање вид. нарочито Т. Јевремовић Петровић (2018), *passim*.

12 Вид. више Татјана Јевремовић Петровић, „Увод у компанијско право ЕУ: извори и развој“, *Компанијско право Европске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 24–25.

13 О судској пракси у том контексту вид. нарочито: Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична сјајања друштва у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 86–118; Т. Јевремовић Петровић (2012а), 51–88.

настањивање, и није условљен постојањем посебних прописа који би га уредили. Дејство тог права је директно, и на њега се могу позвати припадници Уније. Због тога и посебно уређење поступака који су већ обухваћени правом на настањивање има циљ да олакша њихово извођење, пружајући, притом, заштиту интереса различитих категорија лица без обзира на њихову припадност. Међу нарочито важним интересима и сам Уговор о функционисању ЕУ посебно истиче чланове друштва и друга лица, међу којима у овом контексту ваља нарочито истаћи повериоце друштва и његове запослене.¹⁴ Стога се управо изостанак правне регулативе сматра не само препреком за уживање права на настањивање, већ угрожава заштиту интереса појединих лица, и један је од убедљивих разлога који образлажу усвајање нове Директиве.¹⁵ Она на тај начин чини комплементарну целину са већ устаљеном праксом Суда ЕУ као својеврсног „негативног законодавца“ који је детаљно протумачио који поступци се сматрају супротним праву на настањивање – а у њих по правилу не улазе у начелу поступци који су спровођени ради прекограничне покретљивости у компанијском праву, већ само уколико испуњавају одређене услове у сваком конкретном случају.¹⁶

Тек је након неколико успешно спроведених случајева прекограничних кретања кренуло и њихово дефинисање и регулисање, како на нивоу ЕУ, тако и у националним оквирима. До сада је било неколико аката на нивоу ЕУ који су регулисали неке од облика прекограничних кретања. Тако је Директива о прекограничним припајањима и спајањима (касније интегрисана у консолидовану Директиву о појединим питањима компанијског права) уредила поступак прекограничних припајања и спајања, којим се такође бавила и Уредба о Статуту европског акционарског друштва.¹⁷ Иако намењен само посебној форми „европског“ акционарског друштва, овај други извор отворио је могућност његовог формирања прекограничним поступцима, али и јединствену могућност промене регистрованог и стварног седишта овог

14 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 50 ст. 2 тач. г.

15 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 5.

16 Francisco Garcimartin, Enrique Gandia, „Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 19.

17 Директива о прекограничним припајањима и спајањима друштава чија је одговорност ограничена (*Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies*, OJ L 310, 25. 11. 2005) била је измењена у неколико наврата и данас је део консолидоване Директиве о појединим питањима компанијског права; као и Уредба о Статуту европског акционарског друштва (*Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE)*), OJ L 294, 10. 11. 2001; даље у фуснотама: Уредба о Статуту СЕ).

друштва уз очување правног субјективитета.¹⁸ Иако се такав правни оквир учинио једног тренутка задовољавајућим и за друга прекогранична кретања,¹⁹ укључујући и праксу Суда ЕУ, пракса је показала да је он ипак недовољан.

Неке земље чланице су након последњих случајева Суда ЕУ из области права настањивања, као што су *Vale*²⁰ и нарочито *Polbud*,²¹ који су несумњиво потврдили могућност прекограничне промене правне форме, чак и без фактичког присуства у земљи чланице, и поред других већ прихваћених форми прекограничних кретања, непосредно регулисали не само домаће, већ и прекограничне промене правне форме, као и друге поступке прекограничних кретања.²² Међутим, у већини земаља чланица је изостала (детаљна) регулатива до сада нехармонизованих прекограничних поступака. Упркос широком схватању права на настањивање, те разумевања да оно има директно дејство – што учесницима на тржишту даје могућност прекограничних кретања и без посебног уређења или правила која их ближе регулишу, практично спровођење прекограничних поступака остало је врло проблематично. Само у неким од њих су прекогранични поступци били дозвољени и без изричите регулативе, иако је и у тим земљама често било неизвесно не само да ли је поступак дозвољен или не, већ и када је дозвољен, под којим условима се спроводи. Пракса је чак уочила да ће често од познавања праксе Суда ЕУ зависити исход прекограничног поступка, па је он много мање изван у оним земљама или пред оним органима који се нису довољно упознали са свим скорашњим случајевима из

- 18 Нарочито Уредба о Статуту СЕ, чл. 8. Прекогранична промена регистрованог седишта за друштва регулисана националним правом до сада је само једном била предмет неуспешног предлога тзв. Четрнаесте директиве компанијског права. Више о овом незваничном предлогу вид. Татјана Јевремовић, *Прекогранична промена седишта друштва у комунијарном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003, 64–70.
- 19 Вид. Процена утицаја Директиве о прекограничној промени регистрованог седишта друштва (*Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, Commission Staff Working Document, Commission of the European Communities, SEC (2007) 1707*), Brussels, 12. 12. 2007, 6.
- 20 Case C-378/10 *Vale Építési kft*, Judgement of the Court of 12 July 2012.
- 21 Case C-106/16 *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, in liquidation, Judgement of the Court of 25 October 2017.
- 22 Примере вид. у: Татјана Јевремовић Петровић, „Регулисање прекограничних конверзија“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014, 94–98; као и нарочито: Татјана Јевремовић Петровић, „Прекогранична промена регистрованог седишта друштва уз промену меродавног права: случај Полбуд“, *Усклађивање њословној њрава Србије са њравом Европске Уније (2018)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 81–84.

области права настањивања.²³ То је уносило изузетну правну несигурност, узимајући у обзир не само неизвесну могућност спровођења поступака, већ и њихове евентуалне трошкове и временски оквир.

2. Потреба за регулисањем прекограничних поступака

Различите предности на унутрашњем тржишту ЕУ нарочито подстичу привредна друштва да спроведу неки од прекограничних поступака. Међу најзначајнијим мотивима учесника се посебно истичу фискалне предности, боље пословно окружење, коришћење ресурса на другом тржишту (људских, природних или производних), мањи оперативни трошкови или већа продуктивност и слично.²⁴ Инвеститори и други учесници на тржишту често као своје најважније потребе у прекограничним поступцима истичу да их мотивишу телекомуникациона структура, предности локалне радне снаге, транспорт и логистика у одређеним земљама, али и стабилност, транспарентност и уређеност правног и политичког система у другим земљама.²⁵ Некада су друштва мотивисана ширењем на тржишту суседних земаља, али и на већем или економски јачем тржишту када се погледају микро, мала и средња привредна друштва.²⁶

Негативне последице које су до сада пратиле прекогранична кретања која нису изричито била уређена су бројне. Могу се свести на неколико кључних. Прво, изостанак регулативе често је значио немогућност спровођења поступка. Нарочито је до тога долазило пре него што се праксом Суда ЕУ није разјаснило да ли, у којој мери, и под којим условима друштва уживају право настањивања на унутрашњем тржишту ЕУ. Ипак, ни након што је ово питање у великој мери отворило пут ка прекограничним кретањима, она нису била радо спровођена. Изостајало је њихово уређење на националном нивоу, или оно није било међусобно усклађено. Одлука о спровођењу прекограничног поступка у таквом амбијенту подразумева неизвесност како ће се, у ком року, и да ли уопште спровести поступак. Неизвесна је заштита права појединих категорија лица. Најзад, спровођење поступка је непозна-

23 Ернст и Јанг студија о прекограничној промени регистрованог седишта и прекограничним поделама друштава – Коначни извештај (*Ernst & Young Study on the cross-border transfer of registered office and cross-border divisions of companies – Final Report, Assessment and quantification of drivers, problems and impacts related to cross-border transfers of registered offices and cross-border divisions of companies*, DG JUST, JUST/2015/PR/01/003, 5. 2. 2018), 55.

24 *Ibid.*, 52–53.

25 *Ibid.*, 63.

26 *Ibid.*, 64.

то у стручним круговима, те често подразумева ангажовање бројних специјализованих домаћих и страних стручњака ради пружања савета и помоћи у спровођењу поступка, чиме га чини значајно скупљим.²⁷ Спроведена емпиријска истраживања о прекограничним поступцима тврде да су, по правилу, трошкови прекограничних поступака били значајно увећани у односу на исте или сличне националне поступке, и да томе нарочито доприносе врло високи правни трошкови, као и вишеструка или додатна процедура у спровођењу неусклађених националних поступака (преводачке услуге, услуге нотара, вишеструке регистрације итд.).²⁸ Притом, сваки од заокружених правних режима прекограничних поступака нарочито доприноси успостављању правне сигурности, која има највећи значај за мала и средња предузећа, јер она немају алтернативу да предузимају друге „индиректне“ поступке који су често комплекснији и скупљи.²⁹ Управо су ти учесници на унутрашњем тржишту, као и подстицање на њихову већу покретљивост, постали једна од примарних циљних група међу савременим стратешким циљевима Уније.³⁰

Дакле, регулисање прекограничних поступака изузетно је значајно за учеснике на унутрашњем тржишту. Чак и када постоји начелна слобода предузимања неког прекограничног поступка, често је његово спровођење неизвесно, дуготрајно и носи са собом значајне трошкове.

27 Процена је, примера ради, да су трошкови реализације поступка прекограничне поделе износили и до преко 100 000 евра, од чега више од половине (око 55%) износе накнаде за правни савет, а, примера ради, само око 5% трошкова се односи на регистрацију поступка. Вид. Ернст и Јанг студија о прекограничној промени регистрованог седишта и прекограничним поделама друштава – Коначни извештај, 91.

28 *Ibid.*, 67.

29 Вид. Процена утицаја Предлога директиве о дигиталним средствима и поступцима у компанијском праву и Предлога директиве о прекограничним променама правне форме, припајањима и поделама (*Commission Staff Working Document, Impact assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, Commission Staff Working Document, {COM(2018) 239 final, COM(2018) 241 final, SWD(2018) 142 final}*), SWD (2018) 141 final, Brussels, 25. 4. 2018; даље у фуснотама: Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0141&from=EN>, 1. 6. 2020, 91.

30 Томе стреми Стратегија ЕУ Европа 2020, у чијем су центру мала и средња предузећа. Вид. Акт Европске комисије намењен малом предузетништву (*Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – „Think Small First“; A „Small Business Act“ for Europe, SEC(2008) 2101, SEC(2008) 2102, COM(2008) 394 final, Brussels, 25. 6. 2008*).

Друштва која би имала користи од прекограничног кретања сусрећу се или са одлуком да су трошкови и неизвесност одвраћајући разлог – те одустају од намераваних поступака; или их предузимају имајући у виду могуће препреке. Ипак, чак и када се реализује, број прекограничних поступака је значајно мањи него што би био да је изричито регулисан.³¹ У прилог таквој претпоставци вреди навести податак да је за само четири године након усвајања Директиве о прекограничним припајањима, од 2008. до 2012. године, предузето 1227 таквих поступака, чиме се њихов број на унутрашњем тржишту ЕУ увећао за 173%, а у наредном периоду (2013–2017.) је број прекограничних припајања у само девет земаља чланица ЕУ износио чак 1163.³²

На основу изнетих података можемо да закључимо да регулисање прекограничних поступака подстиче њихово спровођење, снижава трошкове и пружа правну сигурност и извесност.³³ Најзад, хармонизација отклања потребу даљег регулаторног такмичења у овој области, које је одувек било једно од најосетљивијих не само правних, већ и политичких питања за многе државе чланице.³⁴ Заштити тог интереса, као и интереса других учесника на тржишту, значајно доприноси усвајање нових правила о прекограничним поступцима.

III Прекогранични поступци које је обухватила Директива

Основни извор којим су били регулисани прекогранични поступци представљала је Директива о прекограничним припајањима и спајањима друштава чија је одговорност ограничена, која је након неколико измена, а затим и консолидовањем више извора компанијског права, постала део данашње Директиве о појединим питањима компанијског права. Последња измена те Директиве, о којој говори овај рад, не само да је коренита промена досадашњег поступка прекограничних припајања и спајања, већ привредним друштвима из ЕУ омогућава и друге прекограничне поступке: прекограничне поделе, као и прекограничну промену правне форме – промену регистрованог седишта уз промену меродавног права. Тиме се олакшава извођење прекограничних

31 Детаљно о проценама колико би регулисање прекограничних кретања могло да увећа њихов стварни број вид. Ернст и Јанг студија о прекограничној промени регистрованог седишта и прекограничним поделама друштава – Коначни извештај, 20–21, 27.

32 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 18.

33 Нарочито о различитим аспектима правне сигурности вид. Т. Јевремовић Петровић (2014), 98–111.

34 E. Wymeersch, 1–2.

поступака јер одредбе Директиве детаљно уређују сваки од њих. Такође, уноси се значајна правна сигурност у овој области и обезбеђује заштита интереса различитих лица. Најзад, постигнута је јединствена регулатива, која савладава све негативне последице досадашње „сегментиране“ регулативе.³⁵

Иако заокружен, систем хармонизованих правила која важе за прекограничне поступке ограничен је само на друштва чија је одговорност ограничена. Круг форми дефинисан је за свако национално право, и обухвата националне форме друштава са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва. Осим њих, обухваћене су и друге форме националних права код којих је такође карактеристично ограничење одговорности, попут командитног друштва на акције и разних поједностављених форми друштава са ограниченом одговорношћу.³⁶ У више махова такав приступ је критикован, јер је круг сувише узак, будући да ускраћује да од ових правила корист имају и друге форме друштава.³⁷ Ипак, не треба заборавити да ту могућност друге форме имају на основу примарног законодавства (право на настањивање), али са свим недостацима о којима је раније већ било речи.

Правила која уређују поступке, нарочито њихов ток, затим дејства, заштиту одређених лица, контролу итд., детаљно су предвиђена за сваки од поступака, иако су врло често идентична или готово идентична. Иако практичније из угла оних који желе да сазнају како је сваки посебан поступак уређен, и која правила за њега важе, такав приступ има и недостатака. Најчешће критике истичу да је због великог броја поновљених одредаба значајно увећан обим Директиве о појединим питањима компанијског права, те да је очигледно одсуство систематизације у „општим питањима“ заједничким за сваки прекогранични, па чак и поступак статусне промене.³⁸

Директива о прекограничним поступцима врло је амбициозан пројекат, будући да је обухватио неколико важних поступака. Под прекограничним кретањима је у контексту усвојених правила реч о тзв. правној (а не фактичкој) покретљивости – оној која доводи до промене у меродавном праву које се примењује на статусна питања друштва, уз

35 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 5.

36 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86а ст. 1, раније важећи чл. 119 ст. 1 и нови чл. 60б.

37 J. Schmidt (2019a), 230; Jessica Schmidt, „The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – The Good, the Bad and the Ugly“, *European Company Law Journal*, Nr. 1/2019, 13.

38 Isabelle Corbisier, François Bernard, „Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads“, *European Company Law Journal*, Nr. 1/2019, 19; J. Schmidt (2019b), 14.

коју у неким од њих иду и друге статусне промене.³⁹ Поред већ до сада познатих и регулисаних прекограничних припајања (и спајања), регулисане су по први пут прекограничне поделе и прекограничне промене правне форме. Ипак, међу одредбама се нису нашли други блиски поступци – као што је пренос (целокупне) имовине и обавеза, затим тзв. трингуларна припајања и спајања, нити прекограничне поделе које се комбинују са припајањем (тзв. поделе уз припајање).⁴⁰

Прекогранична припајања и спајања једини су прекогранични поступци који су били до сада изричито регулисани Директивом о прекограничним припајањима и спајањима друштава чија је одговорност ограничена још од 2005. године.⁴¹ После неколико измена које су, између осталог, имале циљ да у мањој мери измене режим прекограничног припајања и учине га једноставнијим и ефикаснијим, дотадашње одредбе посебне директиве су постале део сада важеће консолидоване Директиве о појединим питањима компанијског права. Управо те одредбе су новом Директивом о прекограничним кретањима значајно унапређене, и готово да нема члана у коме није у већој или мањој мери учињена нека измена, макар и техничке природе, чинећи режим јаснијим и логичнијим.

Пре свега, вреди нарочито истаћи да су измене кренуле од саме дефиниције прекограничног припајања. Она је допуњена новим појмовима, чиме је концепцијски шира него до сада. Дотадашња дефиниција прекограничних припајања следила је правила којима се дефинишу национална припајања и спајања, те су се под тим подразумевали: а) прекогранично припајање (поступак у коме најмање једно друштво преноси целокупну имовину и све обавезе на друго, већ постојеће друштво, престајући притом да постоји без спровођења поступка ликвидације; при чему акционари припојеног друштва заузврат стичу акције или друге хартије од вредности које издаје друштво стизалац, сразмерно капиталу припојеног друштва, и уз могућу новчану исплату која не прелази 10% номиналне, односно рачуноводствене вредности акција или других хартија од вредности); б) прекогранично спајање – поступак у коме се два или више друштава спајају тако што преносе целокупну имовину и све обавезе на ново друштво које оснивају, престајући притом да постоје без спровођења поступка ликвидације; при чему акционари спојених друштава заузврат стичу акције или друге

39 F. Schurr, 541; Christoph Teichmann, „Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 7/2019, 242.

40 F. Garcimartin, E. Gandia, 17.

41 Податке о овој Директиви вид. у фн. 17.

хартије од вредности новооснованог друштва, и уз могућу новчану исплату која не прелази 10% номиналне, односно рачуноводствене вредности акција или других хартија од вредности; као и в) поступак прекограничног припајања (пренос целокупне имовине и свих обавеза, при чему друштво преносилац престаје притом да постоји без спровођења поступка ликвидације) друштву које у друштву преносиоцу држи све акције или друге хартије од вредности које представљају његов капитал (потпуно зависно друштво).⁴²

Измене одредаба о прекограничним припајањима овим случајевима додају још један, сматрајући да се под прекограничним припајањем подразумева и: г) поступак у коме најмање једно друштво преноси целокупну имовину и све обавезе на друго, већ постојеће друштво, престајући притом да постоји без спровођења поступка ликвидације; при чему друштво стицалац не издаје нове акције акционару уколико само он држи директно или индиректно све акције у друштвима која се припајају, односно уколико чланови друштава која се припајају држе њихове акције или друге хартије од вредности у истој сразмери у свим друштвима која се припајају.⁴³ Дакле, у овом новом ставу реч је о додатној могућности прекограничних припајања већ повезаних друштава. Не само да је та могућност дата у случају припајања потпуно зависних друштава, већ и када у том поступку учествују тзв. друштва сестре истог матичног друштва у којима оно има учешће у истој сразмери.⁴⁴

Осим концепцијског ширења појма прекограничног припајања, основне измене у досадашњи режим који уређује спровођење поступка су унете одредбе чији је циљ јачање положаја одређених категорија лица. Посебно је том приликом ојачана заштита мањинских чланова друштава која учествују у прекограничним припајањима. Осим њих, унапређена је до сада врло слабо уређена и недовољно хармонизирана заштита поверилаца. Такође, изузетно важно место заузеле су унапређене одредбе о заштити запослених у друштвима која учествују у статусним променама. Најзад, вреди истаћи да су нове одредбе узеле у обзир унапређен начин комуникације у компанијском праву, обезбедивши, тамо где је то могуће, искључиву електронску комуникацију и достављање докумената електронским путем.

42 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 119.

43 Директива о прекограничним поступцима, чл. 1 ст. 6.

44 Исто вид. и Мишљење Немачког удружења адвоката (*Der Deutsche Anwaltverein – DAV*), „Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2017/1132/(EU) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen COM (2018) 241“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 22/2018, 864.

Одредбе о *прекограничним поделама* потпуна су новина у компанијском праву ЕУ. За разлику од припајања друштава, које је било у центру интересовања компанијског права Европске уније, поделе привредних друштава нису никада сматране питањем од пресудног значаја у тој области. Разлог таквом приступу био је очигледан и састоји се, пре свега, у циљу који је поступак припајања, а нарочито његово уређење у прекограничним односима требало да има на функционисање унутрашњег тржишта и конкурентност европских са ваневропским друштвима.⁴⁵ Регулисање прекограничних подела није било од посебног значаја дуго година, иако су националне поделе – где су сви учесници у поступку подвргнути под исто меродавно право – биле регулисане још 1982. године.⁴⁶ Специфичност уређења националних подела на нивоу ЕУ, за разлику од других компанијскоправних института, па и националних припајања и спајања, лежи и у посебној природи тих правила. Она немају циљ, за разлику од најчешћег циља правила садржаних у бројним другим директивама компанијског права, да омогуће или хармонизовано уреде поделе друштава у *свим* земљама Уније, већ да у правима која познају тај поступак обезбеде поштовање правила из Директиве.⁴⁷ Тако поступак поделе друштва не мора да постоји у свим земљама чланицама, али она права која га познају морају да уреде тај поступак у складу са хармонизованим правилима.⁴⁸ Супротно томе, прекограничне поделе су новом Директивом не само хармонизовано уређене, већ је њихово постојање обавезно у свим правима држава чланица ЕУ.

Специфично је и дефинисање појма прекограничних подела, узимајући у обзир да се значајно разликују дефиниције националних и прекограничних подела.⁴⁹ Националне поделе обухватају: а) поделу припајањем (приликом које друштво које престаје да постоји без поступка ликвидације преноси на најмање два друштва сву своју имовину и обавезе, при чему акционари друштва које се дели стичу акције друштва стигалаца, уз евентуалну новчану исплату која не може да прела-

45 Вид. више Татјана Јевремовић Петровић, „Поделе друштава“, *Компанијско право Европске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 351.

46 Националне поделе су биле регулисане ранијом Шестом директивом компанијског права о националним поделама акционарских друштава (*Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies*, OJ L 378, 31. 12. 1982), а њене одредбе унете су у консолидовану Директиву о појединим питањима компанијског права.

47 У време доношења Директиве, једино је француско право имало исцрпна правила о поделама. Вид. Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 99.

48 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 135 ст. 1 и 2.

49 За дефиниције националних подела вид. консолидована Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 136 и 155.

зи 10% номиналне или рачуноводствене вредности додељених акција); и б) поделу оснивањем нових друштава (приликом које се целокупна имовина и обавезе друштва које се дели преноси на најмање два новооснована друштва).⁵⁰

Прекограничне поделе обухваћене новом Директивом се односе само на оне случајеве у којима приликом поделе долази до оснивања нових друштава. Иако је под појмом прекограничних подела обухваћено неколико различитих случајева поделе при којој друштво које се дели може, али и не мора да престане да постоји (издвајање или делимична подела), они ипак нису обухватили и оне поделе код којих истовремено долази до припајања већ постојећем друштву. То је учињено јер су се поделе код којих се једно друштво припаја већ постојећем друштву (подела уз припајање) сматрале не само као сувише комплексне, већ и подложне да се путем њих злоупотребе национална правила, односно правила Уније.⁵¹ Тако се под прекограничном поделом подразумева поступак код кога: а) друштво које се дели преноси целокупну имовину и обавезе на најмање два друштва и притом престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације, док новооснована друштва члановима подељеног друштва издају акције или уделе, или евентуалну новчану исплату која не сме да пређе 10% номиналне, односно рачуноводствене вредности издатих акција или удела – *йоййуна йогела*; б) друштво које преноси део своје имовине и обавеза на једно или више друштава стицалаца, при чему његови чланови стичу акције или уделе у новооснованим друштвима, друштву које се дели или и у једном и у другима, уз евентуалну новчану исплату – *делимична йогела*; као и в) друштво које се дели преноси део своје имовине и обавеза на једно или више друштава, при чему једно или више новооснованих друштава издају акције или уделе друштву које се дели – *йогела издвајањем*.⁵² Дакле, само у првом случају друштво које се дели престаје да постоји, док у друга два случаја оно преноси део своје имовине и обавеза на друго (или друга) друштва, настављајући притом да постоји. Док у другом случају акције или уделе новооснованог друштва стичу акционари друштва које се дели, то је у

50 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 136 ст. 1 и чл. 155 ст. 1. Иако нису посебно даље уређене, када национална права омогућавају поделе код којих се комбинује подела припајањем и оснивањем новог друштва, њихово уређење такође је условљено применом хармонизованих правила за поступак подела предвиђен одредбама Директиве (чл. 135 ст. 3). Та правила ће земље чланице морати да поштују и у случају да предвиђају и регулишу поделе код којих друштво које се дели притом не престаје да постоји (разне врсте делимичних подела или одвајања) (чл. 159).

51 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 8.

52 Директива о прекограничним поступцима, чл. 1 ст. 23 који уводи чл. 1606 ст. 4 у Директиву о појединим питањима компанијског права.

трећем случају само друштво из кога се издваја део имовине и обавеза – дакле, реч је о оснивању новог (притом повезаног) друштва улогом у натури.

Међу другим одредбама које регулишу прекограничне поделе, најважније су оне којима се уређује спровођење поступка и заштита одговарајућих интереса. Њихов садржај суштински се не разликује од других прекограничних поступака.

Од свих одредаба нове Директиве, највећу пажњу свакако су привукле одредбе којима се омогућавају *прекограничне промене правне форме*. Управо је то питање било у центру пажње правничке јавности већ деценијама уназад. О првим случајевима прекограничне промене седишта се расправљало пред Судом ЕУ давних деведесетих година прошлог века, а нарочито почетком овог века, када је поступак прекограничне промене седишта био незамислив. Судска пракса временом је значајно допринела овом проблему, те је пре неколико година довела до широко прихваћене покретљивости друштава на унутрашњем тржишту ЕУ. Управо су одредбе нове Директиве коначно уредиле ово питање у јасно дефинисаном поступку са одредбама усмереним на појачану заштиту појединих категорија лица.

Поступак прекограничне промене правне форме се дефинише као „промена правне форме друштва чија је одговорност ограничена и које је основано у складу са правом једне земље чланице ЕУ и које на територији Уније има своје регистровано или стварно седиште, односно главно место пословања, у друштво чија је одговорност ограничена и које је регулисано правом друге земље чланице ЕУ.“⁵³ Сасвим нов појам прекограничне промене правне форме (прекограничне конверзије) у овом контексту развио се последњих година у упоредном праву. Дакле, то је поступак у коме друштво прелази из правне форме у којој је регистровано у земљи порекла (изласка) у другу правну форму у земљи пријема (уласка), при чему не престаје да постоји и не долази до његове ликвидације.⁵⁴ Тиме је важна одлика овог специфичног поступка *постојање правне континуитете* између оне форме друштва регулисане правом земље изласка и правом земље уласка: то је исто друштво, иако у другој форми која је регулисана другим меродавним правом.

Минимални услов да дође до прекограничне промене правне форме подразумева промену меродавног права, као и захтев да друштво

53 Директива о прекограничним поступцима, чл. 1 ст. 5 који уводи чл. 86а ст. 1 у Директиву о појединим питањима компанијског права.

54 Детаљно о појму и правној природи прекограничне промене правне форме вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Појам и правна природа прекограничне конверзије“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2013, 110–130.

притом промени (најмање) своје регистровано седиште.⁵⁵ Овај захтев логично произлази из поступка регистрације који је нужан у правима свих земаља-чланица Уније за форме друштава које је обухватила Директива (друштва чија је одговорност ограничена). Ипак, смисао овог правила лежи у минималној хармонизацији, будући да отвара могућност да право земље чланице изричито предвиди и друге услове које друштво мора да испуни приликом прекограничне промене правне форме. Типичан пример тог захтева била би истовремена промена не само регистрованог, већ и стварног седишта друштва. То питање је, дакле, препуштено националним захтевима права земље (пријема) које се примењује на друштво након спроведеног поступка прекограничне промене правне форме.

IV Основне карактеристике правила која уређују прекограничне поступке

Сваки од прекограничних поступака који је предвидела Директива садржи детаљно уређен поступак у коме се спроводи. У основи су идентични, узимајући, наравно, у обзир специфичности и разлике сваког од поступака. Будући да је реч о прекограничним поступцима, њихова заједничка одлика је усклађивање и координација поступака који теку паралелно или консекутивно у најмање две земље чланице ЕУ.⁵⁶ То је био примарни циљ усвојених одредаба – да омогуће извођење поступка у предвидивом и релативно безбедном правном окружењу.

Поступци које је увела нова Директива имали су циљ и да уједначе правила која се примењују на заинтересована лица, стварајући једнак (или врло сличан) заједнички режим њихове заштите у свим предвиђеним прекограничним поступцима. Ипак, ова једнакост није увек потпуно оправдана, будући да, за разлику од прекограничне промене правне форме, у којој је суштина заштите настала услед измене меродавног права које се примењује на друштво, то код других поступака не мора увек нужно да буде случај.⁵⁷ Наиме, иако код прекограничних припајања, спајања и подела долази до измене меродавног права за нека

55 Директива о прекограничним поступцима, чл. 1 ст. 5 који уводи чл. 866 ст. 2 у Директиву о појединим питањима компанијског права.

56 Oliver Mörsdorf, „Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 4/2019, 143.

57 Иако је Европска комисија сматрала да механизми заштите треба да буду једнаки у свим прекограничним поступцима, има мишљења и да то не би требало да буде тако, узимајући у обзир различиту природу поступака. Вид. Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 53. Нарочито детаљно о ар-

лица (на пример чланове друштва преносиоца код припајања), то није случај са свим правима и обавезама. Сходно томе, код неких од њих важнији разлог заштите лежи у (прекограничном) преносу имовине и обавеза, и евентуалним интересима појединих лица који могу да буду угрожени услед те чињенице, а не нужно и у вези са променом меродавног права. Отуд, круг лица која се штите код различитих прекограничних поступака не мора да буде идентичан, иако према одредбама Директиве у већини случајева јесте.

Заједничка одлика одредаба Директиве је значајна заштита више категорија лица. Заштита мањинских акционара, односно чланова, као и нарочито поверилаца у до сада регулисаним поступцима у великој мери је била препуштена националним правилима. Положај ових лица и у прекограничним поступцима чешће је био регулисан процесним, а ређе или нимало материјалним хармонизованим правилима.⁵⁸ Осим што у себи носи неизвесност и разлике у националним правима, чиме доводи до неједнаког положаја, таква заштита нарочито неповољно утиче на она лица која немају довољно средстава да ангажују правну помоћ ради информисања и остваривања својих права у другој земљи, те тиме најчешће остају незаштићена.⁵⁹ Тај приступ сада се мења, те се по први пут хармонизовано уређују, на пример, право несасгласних чланова на излазак из друштва или унапређена претходна заштита поверилаца. Ипак, резултат усвојених одредаба није и потпуна хармонизација, будући да земље чланице и даље имају могућност опције да ли ће увести одређена правила или не. Дакле, прихваћен је систем минималне хармонизације, што значи да земље чланице могу да уведу и додатна или строжа правила ради заштите појединих лица, у границама које поставља примарно законодавство, пре свега право на настањивање.⁶⁰ Ово решење је било политички лакше, али према мишљењима бројних водећих стручњака не и најбоље за заштиту појединих лица, будући да је изостала потпуна хармонизација.⁶¹

Посебно је наглашена заштита *мањинских чланова* друштва кроз нове обавезне заштитне механизме. Досадашњи минимум заштите свих чланова појачан је новим одредбама које се сада обавезно захтевају у свим правима земаља чланица када уређују прекограничне поступке, унапређујући тиме нарочито положај мањинских чланова друштва. То

гументу који почива на различитој природи поступака, са критичким освртом на једнаку заштиту вид. F. Garcimartin, E. Gandia, 20.

58 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 18–19.

59 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 21.

60 Martin Winner, „Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 47.

61 Вид. *European Company Law Experts* (2019), 48.

значи да национална права могу да предвиде и строжу заштиту, уводећи додатне захтеве ради заштите ових лица. Неки од института из ове заштите до сада су били предвиђени у само неким, али не и свим националним правима.⁶² То је, пре свега, право најмање несагласних чланова – оних који су гласали против одлуке о прекограничном поступку на излазак из друштва, уколико ова лица након тог поступка постају чланови, односно акционари друштва регулисаног другим (страним) правом.⁶³ Реч је о минималној хармонизацији, па је земљама чланицама дата могућност да право прошире и на друге чланове, односно акционаре. Ипак, многа национална права нису до сада признавала ово право члановима друштва, те је могуће да ће се национални прописи зауставити на минималним правилима предвиђеним Директивом.⁶⁴ У првим радним верзијама Директиве право на излазак из друштва врло је било широко дефинисано, те на пример није било изричито предвиђено ко ће исплатити накнаду несагласним акционарима, односно члановима – поред друштва то су могли да буду и преостали чланови (акционари), па чак и трећа лица – како би се дала што већа флексибилност земљама чланицама у транспоновању овог важног права.⁶⁵ Усвојени текст отклања флексибилност у одговору на то питање – судећи према другим повезаним правилима, то ће по природи ствари бити друштво, али и даље оставља отвореним друга питања, укључујући не само које друштво је у обавези да откупи акције, односно уделе, већ и у ком року и на који начин.⁶⁶ Тиме је остављен значајан простор за даље националне особености.

62 Више о упоредним искуствима са овим институтима вид. С. Teichmann (20196), 245. Сви нови институти којима се штите мањински акционари, односно чланови већ су познати и уређени у српском праву, иако само за поступке уређене овим законом (националне статусне промене и промену правне форме, као и прекогранична припајања и спајања). Вид. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019, чл. 474–477, 507 и 508.

63 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86и, 126а и 160и.

64 Право на излазак из друштва у случају оваквих промена (националних или прекограничних) не познају, на пример, ни белгијско, ни право Луксембурга. Вид. I. Corbisier, F. Bernard, 26; као и Jessica Schmidt, „Coming Soon: „Company Law Package Part 2 – Implementation““, *European Company Law Journal*, Nr. 6/2019, 175.

65 I. Corbisier, F. Bernard, 27; J. Schmidt (20196), 16; J. Schmidt (2019a), 256.

66 Тако, на пример, правило које предвиђа да се то учини након спроведеног прекограничног поступка (најкасније два месеца након његовог дејства) искључује да обавезани буде друштво преносилац (код прекограничног припајања) или друштво које се дели (код прекограничне поделе), већ ће чланове тих друштава намирити друштво стицалац, односно новооснована друштва. Начин реализовања овог права није до краја уређен, али се сматра да има уговорну природу, што је нарочито разрађено у одредбама које регулишу понуду на откуп акција или удела. О правнодогматским недоследностима у таквој конструкцији вид. посебно Мах

Чланови, односно акционари који желе да иступе из друштва, а сматрају да новчана накнада није адекватно утврђена, могу да захтевају у посебном поступку утврђивање праве вредности акција, односно удела и додатну новчану накнаду.⁶⁷ Реч је о посебном праву које је до усвајања нових правила о прекограничним поступцима било познато само у неким националним правима, попут немачког и аустријског.⁶⁸ Хармонизацијом се право на новчану доплату шири на сва национална права као минимум заштите акционара, односно чланова, а његова сврха огледа се у значајнијој правној сигурности и заштити заинтересованих лица приликом спровођења прекограничних поступака.⁶⁹ Ипак, будући да такво право може значајно да оптерети друштво, које мора да исплати некада и већи број несагласних чланова који иступају из друштва, оно је временски ограничено, а поступак у одређеној мери уређен.⁷⁰

Такође је детаљније уређено и право којим чланови, односно акционари имају право да пред надлежним органом воде поступак ради преиспитивања адекватности утврђене сразмере замене акција или удела код прекограничних припајања или подела.⁷¹ Право да преиспитују да ли је накнада адекватна имају само они чланови или акционари који нису имали или нису користили право на излазак из друштва. Дакле, ова два права су алтернативно предвиђена. Иако преиспитивање да ли је накнада адекватно утврђена може негативно да утиче на извесност и

Noack, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Umwandlungsrichtlinie – Das Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 1/2020, 99.

67 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86и ст. 4, 126а ст. 4 и 160и ст. 4.

68 Посебан поступак у компанијском праву постоји, на пример, у праву Аустрије (*Außerstreitverfahren*) и праву Немачке (*Spruchverfahren*). Вид. о њиховим особеностима и паралелама са одредбама Директиве код Max Noack, „Das Company Law Package – Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen“, *Aktiengesellschaft*, Nr. 21/2018, 781. Ово право познато је и у српском праву. Вид. ЗОПД, чл. 508 ст. 2.

69 Афирмативно о минималној хармонизацији овог права вид. Мишљење Немачког удружења адвоката, 860.

70 О значају временског ограничења овог права и детаљним процесним правилима вид. Vanessa Knapp, „Cross border mobility: what do we need in practice?“, *ERA Forum*, March 2018, доступно на адреси: <https://paperity.org/p/86214036/cross-border-mobility-what-do-we-need-in-practice>, 2. 6. 2020, 67.

71 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 126а ст. 6 и чл. 160и ст. 6. По природи ствари, код прекограничне промене правне форме не долази до замене акција или удела, нити потребе утврђивања сразмере – осим у смислу прилагођавања правилима која важе за форму друштва другог националног права, те нема ни потребе за овим правом.

сигурност предвиђеног поступка, и може значајно финансијски да оптерети друштва која учествују у прекограничним поступцима припајања или поделе, сматра се да је, начином на који је даље уређење услова за остваривање овог права препуштено националним правима (попут трошкова, рокова, дејства пресуде и слично), остављено довољно простора да земље чланице подстакну, али и одврате чланове од његовог коришћења.⁷²

Zaštita poverilaca једно је од најосетљивијих питања у свим прекограничним поступцима. Размотрено је неколико могућности које је требало да прошире заштиту до сада постојећег, и притом слабог система њихове заштите који је био познат код прекограничних припајања.⁷³ Једна од идеја ослањала се на увођење спољне контроле и учешће ревизора и других стручњака који би контролисали да ли су повериоци у довољној мери заштићени у прекограничном поступку.⁷⁴ Ипак, толико далеко одредбе Директиве нису отишле, већ је обезбеђена и минимално хармонизована појачана заштита поверилаца. Раније постојећа правила, махом процедуралног карактера, унапређена су материјалним одредбама које пружају извеснију и конкретнију заштиту ове категорије заинтересованих лица.⁷⁵ Она се своди не само на могућност добијања адекватне заштите од друштва, или када то није случај и остваривање додатне заштите пред надлежним органима, већ и појачану превентивну заштиту кроз већу информисаност и заштиту потраживања која су настала, али не и доспела пре објављивања нацрта уговора или плана о прекограничном поступку (тзв. претходна или *ex ante* заштита поверилаца).⁷⁶ Ипак, заштита и даље остаје индивидуална и, по правилу, зависи од иницијативе сваког повериоца понаособ.⁷⁷

Значајна новина у унапређеном режиму заштите поверилаца представља могућност (али не и обавеза) да национално право уведе обавезну изјаву солвентности у случају да друштва која настављају пословање након прекограничног поступка нису у могућности да према њима испуне

72 European Company Law Experts (2019), 212.

73 Вид. Т. Јевремовић Петровић (2010), 279–284.

74 То решење помињало се и у првим верзијама предлога Директиве, али се после од њега одустало. Идеју за увођење ове спољне заштите аутори Директиве су нашли у решењима Европског модел закона, који за прекогранична припајања и поделе уводи овај модел заштите. Вид. детаљно о његовим особеностима Christoph Teichmann, „Corporate Restructuring under the EMCA“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2016, 298–299.

75 Вид. у том правцу и Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 18.

76 Директива о појединим питањима компанијског права, нови члан 86j, 126b и 160j.

77 M. Winner, 55.

своје обавезе. Реч је о изјави административног или управног одбора или тела друштва која указује на његово финансијско стање, најмање месец дана пре њеног објављивања, и чије је објављивање обавезно заједно са нацртом плана прекограничног поступка. У њој надлежно (административно или управно) тело или орган изјављује да на основу разумних уверења не постоји било који разлог због кога друштво након спроведеног прекограничног поступка не би било у могућности да испуни своје обавезе када оне доспеју. Нису предвиђени даљи детаљи правила који би уредили ову одговорност. Теорија сматра да је то учињено свесно и са циљем поштовања националних особености, уз назнаке могућности да поред друштва или уместо њега одговарају и лично чланови тела или органа који дају изјаву, како је то сугерисано у рециталу Директиве.⁷⁸ Немачка теорија сугерише да би требало да буде одговорност друштва, али оставља отвореним питање услова за такву одговорност.⁷⁹ Ипак, не треба очекивати да ова установа заживи у оним правима у којима постоје блиски институти који би могли да представљају функционални еквивалент изјаве солвентности. Најзад, оправдане су и резерве да ће упркос подстицају из Директиве државе чланице бити спремне на увођење овог новог института, непознатог великом броју земаља.⁸⁰

Важне измене досадашње регулативе прекограничних поступака се односе и на појачану заштиту не само чланова друштва и његових поверилаца, већ нарочито и *зайослених* у друштвима која учествују у прекограничном поступку. Дуго времена су у овом питању постојале значајне разлике међу националним правима. Различити национални циљеви, култура и традиција у решавању тог питања по правилу су подразумевали национални приступ, а тиме и немогућност хармонизације.⁸¹ Међутим, прекогранични поступци нужно утичу на интересе најмање две земље чланице које у питању положаја запослених могу да имају значајно различита правила. То је разлог да се овом питању нарочито обазриво приступа, оно је политички врло осетљиво и због тога је одувек имало велики утицај на судбину целокупног уређења прекограничних поступака. Положај запослених поново је био

78 Вид. Директива о прекограничним поступцима, рецитал 25; J. Schmidt (2019a), 262.

79 Мишљење Немачког удружења адвоката, 860.

80 M. Winner, 54.

81 European Company Law Experts (ECLE) Peter Böckli, Paul Davies, Eilís Ferran, Guido Ferrarini, José Garrido, Klaus Hopt, Alain Pietrancosta, Katharina Pistor, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, „Response to the European Commission’s Consultation on the Future of European Company Law“, *Columbia Law and Economics Research Paper*, No. 420, 2012, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2075034, 25. 6. 2020, 3.

предмет разматрања и у правилима нове Директиве, те се као резултат види значајно унапређен положај запослених и нарочито инсистирање на очувању њихових права.

Унапређени положај види се већ у циљевима регулисања, јер се поред обавезних преговора са представницима запослених приликом спровођења статусне промене или промене правне форме нарочито указује да се њихово учешће сматра кључним за успех прекограничног поступка, које због тога треба подстицати.⁸² Дакле, приметно је ширење концепта интереса друштва на различите актере, и нарочито уважавање запослених у оквиру тог интереса. Иако су прекогранични поступци важан предуслов за ефикасно пословање уз уживање основних права и слобода која припадницима ЕУ даје унутрашње тржиште, они су нераздвојни и са другим вредностима на којима се заснива Унија. Посебно овде вреди нагласити Европски стуб социјалних права, који међу својим најважнијим принципима у оквиру поглавља о правичним условима рада истиче и социјални дијалог и учествовање запослених.⁸³ Управо су те тековине социјалних права нашле место у регулисању положаја запослених приликом свих прекограничних поступака.⁸⁴

Међу најважнијим одредбама којима се унапређује заштита запослених, истичу се нужно укључивање представника запослених у процес одлучивања о нацрту (плану) прекограничног поступка у оним правима у којима је то предвиђено националним прописима или праксом.⁸⁵ Осим тога, значајна пажња је посвећена мишљењу запослених и њиховим коментарима о планираним поступцима, било преко представника, или чак и непосредно.⁸⁶ Не треба губити из вида да су најчешће запослени врло заинтересовани за сваки од прекограничних поступака, јер се сваким од њих не мења само друштво у коме су запослени, укључујући често и меродавно право, већ такође и место у коме они обављају посао. Стога се свака од ових измена изузетно тиче сваког запосленог у друштву. Нова правила су нарочито издвојила међу правним последицама које наступају у случају прекограничних поступака да

82 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 32.

83 Европски стуб социјалних права (*European Pillar of Social Rights*), 16. 11. 2017, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf, 4. 6. 2020, друго поглавље о правичним условима рада, принцип 8.

84 Вид. Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 10. Детаљно о историјском развоју учешћа запослених у ЕУ вид. Joti Roest, „Corporate Mobility – The Involvement of Employees“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 78–83.

85 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 11.

86 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86к, 126ц и 160к.

правни континуитет (код прекограничне промене правне форме), односно универзална сукцесија (код прекограничних припајања, спајања и подела) важе у свим правима и обавезама друштва, али нарочито оним правима и обавезама које друштво има према својим запосленима, укључујући ту и права и обавезе из колективних уговора.

Иако су раније одредбе о прекограничним припајањима у највећој мери посебно издвајале заштиту чланова, односно акционара друштва, тај поглед на интересе заинтересованих лица се мења. Тако, на пример, извештај који о планираном прекограничном поступку саставља орган управљања обавезно садржи не само оне делове који су намењени информисању акционара (чланова) друштва, већ и оне који су искључиво намењени запосленима и тичу се њихових права.⁸⁷

Док су право на информисање и консултовање запослених једнако проширени на све прекограничне поступке, укључујући и унапређени режим прекограничних припајања, дотле је додатна, увећана пажња посвећена положају запослених, нарочито њиховом учешћу у управљању друштвом у случају осталих прекограничних поступака.⁸⁸ Будући да прекогранична припајања по правилу воде ка концентрацији и увећању броја запослених, сматра се да има мање (иако и даље) потребе да се посебно мисли на положај запослених, него што је то случај код других поступака.⁸⁹ У случају прекограничних подела се права запослених на учешће у управљању могу лакше изиграти, нарочито кроз селективну деобу права и обавеза, укључујући и уговоре о раду са запосленима у друштвима, како би се смањио њихов број испод прага предвиђеног за обавезно учествовање у органима нових друштава. Дакле, веће су могућности и лакше је изиграти правила у том поступку него што је то случај код прекограничног припајања, будући да поделе воде деконцентрацији и смањењу обима друштва на два или више мањих. Шира заштита запослених у учествовању запослених у управљању предвиђена је осим за прекограничне поделе и код прекограничне промене правне форме, која, иако не утиче по правилу на број запослених, може да угрози њихов положај променом меродавног права.⁹⁰

У свим прекограничним поступцима је предвиђено да ће се на питање учешћа запослених у органима друштва применити правила земље у којој друштво стицалац (или новоосновано друштво, односно друштво које мења правну форму) има своје регистровано седи-

87 Директива о појединим питањима компанијског права, нови чл. 86е, 160е и измењен члан 124.

88 О посебном схватању концепта „учествовања запослених у управљању“ приликом прекограничних поступака вид. више J. Roest, 77.

89 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 60.

90 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 60–61.

ште.⁹¹ Ипак, постоје изузеци када се неће применити ово опште правило, будући да је на тај начин могуће да запослени имају мање, или чак нимало права у погледу учешћа у управљању друштвом.⁹² Посебно је предвиђено да ће се предвидети у националним правима посебна правила за случај када је обим запослених пре спроведеног поступка достигао 4/5 националног прага за обавезну примену правила о учешћу запослених, или када у земљи пријема права која се запосленима дају у том контексту пружају мањи степен укључивања у органе друштва. *Ratio* овог правила лежи у потреби заштите запослених у оним ситуацијама када се друштво приближи доњој граници за укључивање запослених у управљање, те ради изигравања ових правила доноси одлуку о прекограничном поступку којим прелази у земљу у којој важе блажи стандарди заштите запослених.⁹³

Посебна правила која се примењују уместо националних правила земље пријема (односно новооснованог или друштва стицаоца) дефинишу земље чланице у складу са принципима и процедурама које се примењују на запослене у друштвима која учествују у формирању европског акционарског друштва (СЕ).⁹⁴ При том, у поступцима прекограничне промене правне форме и прекограничних подела морају да се обезбеде шире могућности ради постизања договора са запосленима, укључујући одлуку преговарачког тела да примени општа правила земље пријема или земље у којој су регистрована новооснована друштва, могућност примене стандардних правила тек након вођених преговора,⁹⁵ као и обавезну примену правила која су важила пре прекограничног поступка до постизања договора, односно примене стандардних правила када договор није постигнут.⁹⁶

91 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86л, измењени чл. 133 и 160л.

92 Детаљно о изузецима вид. J. Roest, 89–93.

93 European Company Law Experts (2019), 218.

94 Уредба о Статуту СЕ; Директива о учешћу запослених у европском друштву (СЕ) (*Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees*, OJ L 294, 10. 11. 2001). Више о њиховим одредбама вид. Т. Јевремовић Петровић (2010), 294–298.

95 У овоме је једина разлика у режиму учешћа запослених приликом прекограничне промене правне форме и прекограничних подела од прекограничних припајања, код којих је могуће да друштво одмах одлучи да ће применити стандардна правила, без вођења преговора, што у прва два поступка није дозвољено. Критички, наводећи да за то нема довољно разлога, будући да је поступак преговора дуготрајан и скуп, а да стандардна правила пружају сасвим довољну заштиту, вид. J. Roest, 93.

96 Вид. нарочито Директива о појединим питањима компанијског права, нови чл. 86л и 160л.

Посебно је Директива инсистирала на заштити запослених и очувањем постигнутог режима учешћа запослених уз обавезу да се избор правне форме друштва које наставља да постоји после прекограничног поступка учини тако да омогући учешће запослених. Такође, није могуће једном договорен или усвојен режим учешћа запослених доцнијим статусним променама или променом правне форме изменити у наредне четири године.

Најзад, вреди истаћи да су нове одредбе узеле у обзир унапређен начин комуникације у компанијском праву, обезбедивши, тамо где је то могуће, искључиву електронску комуникацију и достављање докумената електронским путем. То се нарочито односи на објављивање нацрта прекограничног поступка, захтев за претходну контролу, као и испуњење обавеза у вези са накнадном контролом у земљи пријема.⁹⁷ Такође се Директива у више махова води начелом ефикасности, те, на пример код претходне контроле прекограничног поступка обавезује земље чланице да заинтересована друштва морају да се обрате само једном надлежном органу, чак и онда када у тој претходној контроли према националном праву учествује више таквих надлежних органа.⁹⁸

V Контрола прекограничних поступака

Иако је основна замисао регулисања прекограничних поступака њихова широка заступљеност у пракси, постоје бројни оправдани разлози потребе заштите интереса одређених лица приликом њиховог спровођења. О неким институтима који у виду имају заштиту конкретних интереса појединих значајних категорија лица већ је било речи. Међутим, прекограничне поступке јасно у усвојеним правилима карактерише и изражена потреба заштите јавног интереса, нарочито жеља да се онемогуће они поступци којима би биле могуће злоупотребе или друге преварне и криминалне радње.⁹⁹

За све прекограничне поступке контрола је униформно уређена. Она има изузетно значајне практичне импликације на спровођење поступка и чини кључни део унапређеног режима који уређује прекограничне поступке. Наиме, кључни проблем који отвара слободно прекогранично кретање без икакве сумње представља могућност разноврсних злоупотреба, почев од изигравања закона, преко преварних

97 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86г, 123 и 160г. Похвално о таквом приступу вид. J. Schmidt (2019а), 251.

98 Вид., на пример, Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86м ст. 3 тач. 2, чл. 127 ст. 3 тач. 2, чл. 160м ст. 3 тач. 2.

99 European Company Law Experts (2019), 199.

до разних криминалних активности. Није ретко да друштва користе разне врсте прекограничних поступака како би избегла строжа правила и стандарде свог националног права. Врло су били распрострањени случајеви оснивања про форма страних, а фактички домаћих друштава, коришћење порески повољнијих режима, као и оних који намећу мање обавезе у погледу социјалног осигурања или заштите запослених.¹⁰⁰

Сваки поступак одвија се у више правних система, најчешће консекутивно, а у неким случајевима и паралелно, и одликује га двостепеност контроле која почива на провери оних фаза поступка који се одвијају у једној земљи чланици према њеним правилима и пред њеним националним надлежним органом или телом. Дакле, обезбеђен је такав ток поступка који не излаже националне органе захтевним проверама испуњености услова спроведеног према страном праву, али захтева максималну сарадњу надлежних националних органа или тела и поверење у међусобни рад. Сарадња је сада врло ефикасна и спроводи се путем савремених средстава комуникације, чије је присуство изражено не само у овом, већ и другим бројним прописима ЕУ који су у последње време усвојени у области пословног права.¹⁰¹

Према одредбама Директиве, механизам заштите у великој мери се своди на поступак претходне, а затим и накнадне контроле прекограничног поступка. Кључну фазу поступка, нарочито у случају прекограничних промена правне форме, али и других кретања, представља фаза претходне контроле. У њој надлежни орган сваке земље чланице спроводи контролу законитости поступка и након њега издаје *иреј-ходни сертификат* (о припајању, спајању, подели или промени правне форме) којим потврђује да су спроведени сви поступци и испуњени услови те земље како би се даље, у другој земљи, реализовало, окончало и регистровало прекогранично кретање (припајање, спајање, подела или промена правне форме).¹⁰² Уколико том приликом надлежни орган уочи самостално или сарадњом са другим националним органима или телима постојање преваре или злоупотребе, има право да ускрати давање сертификата, без кога се поступак даље у земљи пријема не може

100 Процена утицаја Предлога директиве о прекограничним поступцима, 73.

101 Ту нарочито имамо у виду Директиву ЕУ којом се мења Директива 2017/1132 у погледу коришћења дигиталних средстава и поступака у компанијском праву (*Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law (Text with EEA relevance)*, OJ L 186, 11. 7. 2019); као и Уредбу о јединственој дигиталној платформи (*Regulation (EU) 2018/1724 of the European Parliament and of the Council of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012*, OJ L 295, 21. 11. 2018).

102 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86м, 127 и 160м.

спровести. Тим правилима је, дакле, дато право земљама чланицама да спрече прекогранични поступак ако утврде да постоје „озбиљне сумње“ да ће спровођење прекограничног поступка имати преварне или друге недозвољене циљеве, укључујући ту и изигравање националних или прописа на нивоу ЕУ. Међу њима су нарочито, примера ради, наведени случајеви изигравања правила о заштити запослених, социјалним давањима или другим пореским обавезама.¹⁰³ Ипак, реч је о примерима који су илустративни и необавезујући (будући да их садржи рецитал Директиве, који не обавезује земље чланице, али су важан водич у разумевању одредаба којима претходе), што и даље оставља широк простор земљама чланицама у доношењу одлуке да ли ће дозволити прекогранични поступак.¹⁰⁴ Несумњиво је да ће у правима земаља чланица посебно бити предвиђено који би поступци могли да се подведу под ову ситуацију, или приликом имплементације правила Директиве у национално право или, најкасније, до почетка практичне примене ових одредаба.¹⁰⁵ Иницијални предлог Директиве предвидео је могућност ускраћивања издавања сертификата у случају да није испуњен тзв. тест вештачког (измишљеног, преварног) поступка (*artificial arrangement*), али се о овом концепту врло много дискутовало и на крају од њега одустало.¹⁰⁶ Због тога су га заменили већ познати корективни институти злоупотребе, преваре и криминалног поступања. Ипак, и они остају до извесне мере оквирни, те је на надлежном органу да не „злоупотреби могућност злоупотребе“.¹⁰⁷

Ефикасност претходне контроле између осталог зависи и од тога како је она организована. Од ње зависи и могућност уочавања преварних радњи или других злоупотреба, те је та могућност мања што је контрола слабија, и обрнуто. Ту треба посебно истаћи различити домаћај и природу контроле у националним правима. Не само да она може да укључи рад више различитих надлежних органа: суд, нотаре, друге надлежне органе, укључујући пореске и друге органе задужене за финансијски надзор и контролу;¹⁰⁸ већ може да се разликује и према

103 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 35.

104 J. Schmidt (2019a), 238.

105 European Company Law Experts (2019), 203.

106 Врло живу дискусију вид. нпр. на 12. ЕЦФР (ECFR) Симпозијуму посвећеном новим иницијативама хармонизације компанијског права, нарочито прекограничној покретљивости, чему је посвећен цео први двоброј часописа *European Company and Financial Law Review* за 2019. годину. Преглед дискусије о том питању вид. у Ralf Knaier, Jochen Pflieger, „Discussion Report“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019, 190–192.

107 J. Schmidt (2019a), 238.

108 Реч је о ширем кругу надлежних органа који учествују у претходној контроли, него што је то иначе случај у контроли других поступака компанијског права. Такође је

томе у чему се састоји: да ли се односи на материјалне или формалне услове спроведеног поступка, да ли је једнака за све или само за неке фазе поступка и слично.¹⁰⁹ Тиме могућност откривања и уочавања злоупотребе зависи од општих правила којима је национално право уредило контролу прекограничних поступака, и често је она део општег система заштите (контроле) који се примењује у националном компанијском праву. То, даље, уводи могуће неједнакости у положај заинтересованих лица из различитих земаља чланица, пружајући различите стандарде заштите.¹¹⁰

Други гео контроле прекограничног поступка одвија се пред надлежним органом земље у којој се окончава поступак, или у случају оснивања у којој се оснива ново друштво.¹¹¹ Важне новине у овој контроли нарочито се односе на прихватање сертификата који је издао надлежни орган у поступку претходне контроле, будући да се на основу њега неоториво претпоставља да су испуњени сви услови предвиђени правом земље чији је надлежни орган или тело издало сертификат, односно да се без издатог сертификата не може спровести прекогранични поступак.

Иако је и овде поступак контроле у великој мери препуштен националним правима, много се више него раније инсистира на питањима која би могла да буду њен предмет. Дакле, иако је контрола препуштена националном законодавству, сугерише се како би она требало да буде организована и о којим питањима би требало да води рачуна. Злоупотребе могу да се односе на примену меродавног права ради изигравања положаја запослених, обављање делатности у земљама с којим не постоје стварне економске везе нити физичко присуство и слично. Због тога се ради утврђивања злоупотребе или других преварних радњи посебно указује на могућност испитивања одређених „индикативних фактора“, попут стварног места у коме се обављају делатности будућег

шири од круга надлежних органа наведених ради контроле поступка регистрације у компанијском праву према правилима бивше Прве, сада одредбама Директиве о појединим питањима компанијског права. Вид. Директива о прекограничним поступцима, чл. 34; као и нарочито Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 10, 11 и 108.

109 Опис такве контроле свих материјалних и формалних услова прекограничне промене правне форме вид. код Johann Brehm, Kevin Schümmer, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen: Ein Vergleich zur bisherigen Praxis auf Basis der EuGH-Rechtsprechung“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 14/2020, 542.

110 Вид. о том проблему, нарочито пре усвајања одредаба Директиве, Ернст и Јанг студија о прекограничној промени регистрованог седишта и прекограничним поделама друштава – Коначни извештај, 51.

111 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 86о, 128 и 160о.

(или будућих) друштва, места у коме се налази његова управа итд. Управо овде, увођењем „стварне економске везе“, односно критеријумом „стварног седишта“ или места у коме се обављају делатности друштва, теорија сматра да Директива „на мала врата“ поново враћа већ познате критеријуме и даје широке могућности земљама чланицама.¹¹² Указује се и на посебно важну потребу испитивања да ли су у довољној мери заштићени повериоци, посебно да ли су обавезе према држави или другим јавним телима измирене. Такође, да ли би поступак могао да доведе до негативних последица у већ започетим судским и другим поступцима, или би довео до повреде обавеза из радног, социјалног и права заштите животне средине.¹¹³ Ипак, теорија истиче да постоје супериорнији механизми, који се и иначе примењују у случају када постоји злоупотреба или изигравање прописа у пореском праву или другим сродним областима.¹¹⁴ То се посебно односи на *ex post* корекције у предузетом прекограничном поступку, будући да се о њему неће водити рачуна када се одлучује о пореским обавезама (или олакшицама), ако се установи да је реч о поступку предузетом ради злоупотребе или изигравања закона.¹¹⁵ Дакле, предузети прекогранични поступак остаје правно ваљан, а искључене су само оне његове негативне последице које би довеле до злоупотребе пореских прописа.

Најзад, критика је упућена и на могући домашај ограничења или спречавања предузимања прекограничног поступка.¹¹⁶ Тако се истиче да ако постоји адекватна заштита заинтересованих лица – онда и нема великог простора могућим злоупотребама. Уколико се оне, ипак, појаве, додатна заштита чланова, поверилаца или запослених довољно отклања њихове негативне последице. Ипак, чак и тада, вредност правила о контроли лежи у њиховој сврси крајњег заштитног механизма за сва заинтересована лица.

Озбиљност контроле видљива је и из одредаба које не дозвољавају ништавост прекограничних поступака који су спроведени према правилима предвиђеним Директивом. Ипак, у случају да земље чланице уоче да прекогранични поступак доводи до повреде прописа, злоупотребе или преваре којима се избегава примена националног или права

112 Theo Luy, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 27/2019, 1907.

113 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 36–39.

114 Вид. опште правило, чији је циљ спречавање злоупотребе, Директиве о сузбијању избегавања пореских обавеза које директно утичу на унутрашње тржиште (*Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*, OJ L 193, 19. 7. 2016), чл. 6.

115 Више о предности такве контроле вид. *European Company Law Experts* (2019), 204.

116 J. Schmidt (2019), 15.

ЕУ, њихова су овлашћења значајна и у накнадним овлашћењима тако спроведеног прекограничног поступка.¹¹⁷ Дакле, иако је центар пажње на превентивној контроли, није искључена ни могућност накнадне провере прекограничног поступка, нарочито уколико се тек тада уоче релевантне чињенице или околности.

Контрола какву је предвидела нова Директива о прекограничним поступцима изузетно је важан допринос правилима у овој области. Не само да је контрола системски усклађена и унапређена, већ нарочито указује на сасвим нови правац у борби против злоупотребе и изигравања закона. То је уједно била најслабија тачка и највише критикована практична последица до сада остварених случајева прекограничних кретања. То се нарочито односи на разне случајеве промене седишта у другу земљу чланицу које често нису биле вођене оправданим економским циљевима, већ на првом месту потребом избора мање строгог права које би регулисало поједина питања компанијског (али и других грана) права. Тиме је отклоњена и бојазан многих земаља чланица да ће прекогранични поступци заправо имати за циљ постизање недозвољених циљева. Дакле, по први пут је усклађена слобода кретања на унутрашњем тржишту уз истовремено истицање већ познатих граница којима се спречава њена злоупотреба.

VI Закључак

Директива о прекограничним кретањима регулисала је по први пут неке поступке, попут прекограничних подела и прекограничних промена правне форме. Такође је већ постојеће поступке прекограничних припајања и спајања значајно унапредила. Не само да је одговорила потребама слободног кретања на унутрашњем тржишту ЕУ, већ је водила рачуна о широј и обухватнијој заштити интереса одређених лица. Водила се принципима ефикасности, узимајући у обзир потребе модерног доба за електронском комуникацијом и једноставнијим поступцима. На тај начин, регулисање прекограничних поступака заокружено је у комунитарном праву, чиме су створене све претпоставке за њихово спровођење у безбедном правном окружењу, које је ефикасно и предвидиво.

Остварена хармонизација је отклонила потребу за даљим регулаторним такмичењем у области прекограничне покретљивости, што је изузетан успех у овом осетљивом правном и политичком питању за све државе чланице. Посебно вреди истаћи да најзначајнији допринос нове Директиве није само жеља да се припадницима Уније отворе разне

117 Директива о прекограничним поступцима, рецитал 50.

могућности прекограничних кретања. Њен је нарочит допринос заправо у одлучној борби против изигравања закона са којим су земље чланице дуго година биле суочене. Тиме је усвајање Директиве унапредило права припадника Уније, истичући значај функционисања и развоја унутрашњег тржишта, укључујући и несметано право на настањивање. Међутим, њено усвајање пружа заштиту националним интересима земаља чланица ЕУ. Нарочито су међу њима истакнуте оне које су се суочиле са оштром конкуренцијом мање строгих компанијских права других земаља чланица ЕУ. Управо је одредбама ове Директиве постављена граница до које припадници Уније могу да се користе својим правима, а да то не буде истовремено очигледно изигравање закона земље њиховог порекла. Тиме је њен допринос у овој области заиста изузетан. Ипак, коначне импликације ће у великој мери зависити од практичне примене одредаба нове Директиве, и нарочито спремности земаља чланица да спрече злоупотребу, разне преварне или криминалне активности које могу да прате прекогранична кретања, а да притом не злоупотребе своја овлашћења. Стога је посебан изазов у њеној даљој примени одговарајући баланс између права настањивања и утврђивања његових дозвољених граница, питања о коме је већ много речено и о коме би државе чланице требало да воде рачуна у борби против злоупотребе.

Коришћена литература

- Brehm Johann, Schümmer Kevin, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen: Ein Vergleich zur bisherigen Praxis auf Basis der EuGH-Rechtsprechung“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 14/2020.
- Wymeersch Eddy, „Is a directive on Corporate Mobility needed?“, *Financial Law Institute*, Working Paper Series, WP 2006–11, Universiteit Gent, 2006.
- Winner Martin, „Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019.
- Garcimartin Francisco, Gandia Enrique, „Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019.
- Edwards Vanessa, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- European Company Law Experts (ECLE) Peter Böckli, Paul Davies, Eilís Ferran, Guido Ferrarini, José Garrido, Klaus Hopt, Alain Pietrancosta,

- Katharina Pistor, Rolf Skog, Stanislaw Soltysinski, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, „Response to the European Commission’s Consultation on the Future of European Company Law“, *Columbia Law and Economics Research Paper*, No. 420, 2012, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2075034, 25. 6. 2020.
- European Company Law Experts (ECLÉ) Paul Davies, Susan Emmenegger, Eilís Ferran, Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Niamh Moloney, Adam Opalski, Alain Pietrancosta, Markus Roth, Rolf Skog, Martin Winner, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, „The Commission’s 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019. (цитирано као European Company Law Experts (2019))
- Јевремовић Татјана, *Прекогранична њромена седишња друштва у комунишарном њраву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003.
- Јевремовић Петровић Татјана, *Прекогранична сјајања друштва у њраву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Поделе друштва“, *Компанијско њраво Евројске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Право на настањивање“, *Компанијско њправо Евројске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (цитирано као Т. Јевремовић Петровић (2012а))
- Јевремовић Петровић Татјана, „Увод у компанијско право ЕУ: извори и развој“, *Компанијско њправо Евројске уније* (Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (цитирано као Т. Јевремовић Петровић (2012б))
- Јевремовић Петровић Татјана, „Појам и правна природа прекограничне конверзије“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2013.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Регулисање прекограничних конверзија“, *Право и њриврега*, бр. 4–6/2014.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Прекогранична промена регистрованог седишта друштва уз промену меродавног права: случај Полбуд“, *Усклађивање њословној њрава Србије са њравом Евројске Уније (2018)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Jevremović Petrović Tatjana, „Right of establishment: foreign branches in the Republic of Serbia“, *Legal Implications of Trade Liberalization under*

- SAAs and CEFTA (ed. Dušan Popović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2018.
- Knaier Ralf, Pfleger Jochen, „Discussion Report“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019.
- Knapp Vanessa, „Cross border mobility: what do we need in practice?“, *ERA Forum*, March 2018, доступно на адреси: <https://paperity.org/p/86214036/cross-border-mobility-what-do-we-need-in-practice>, 2. 6. 2020.
- Luy Theo, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 27/2019.
- Мишљење Немачког удружења адвоката (Der Deutsche Anwaltverein – DAV), „Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2017/1132/(EU) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen COM (2018) 241“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 22/2018. (цитирано као Мишљење Немачког удружења адвоката)
- Mörsdorf Oliver, „Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 4/2019.
- Noack Max, „Das Company Law Package – Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen“, *Aktiengesellschaft*, Nr. 21/2018.
- Noack Max, „Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Umwandlungsrichtlinie – Das Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 1/2020.
- Roest Joti, „Corporate Mobility – The Involvement of Employees“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019.
- Schmidt Jessica, „Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019. (цитирано као J. Schmidt (2019a))
- Schmidt Jessica, „The Mobility Aspects of the EU Commission’s Company Law Package: Or – The Good, the Bad and the Ugly“, *European Company Law Journal*, Nr. 1/2019. (цитирано као J. Schmidt (2019b))
- Schmidt Jessica, „Coming Soon: „Company Law Package Part 2 – Implementation““, *European Company Law Journal*, Nr. 6/2019. (цитирано као J. Schmidt (2019b))
- Schurr Francesco A., „Schutzbestimmungen und Verfahrensregeln in der neuen Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Ver-

- schmelzungen und Spaltungen“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 13/2019.
- Teichmann Christoph, „Corporate Restructuring under the EMCA“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2016.
- Teichmann Christoph, „The Company Law Package – Content and State of Play“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 1–2/2019. (цитирано као С. Teichmann (2019a))
- Teichmann Christoph, „Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018““, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 7/2019. (цитирано као С. Teichmann (2019b))
- Corbisier Isabelle, Bernard François, „Cross-Border Mobility Within the EU and Specifically in Luxembourg and Belgium: Same Destination, Different Roads“, *European Company Law Journal*, Nr. 1/2019.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

HARMONIZATION OF EU LAW ON CROSS-BORDER MOVEMENT OF COMPANIES

Summary

In this paper the author presents an overview of the EU legal framework for cross-border company's mobility. It gives a historic background to various obstacles related to cross-border mobility and puts it into the context of the European Court of Justice decisions on the various issues of right of establishment.

EU Company Law Directive on Cross-border Mobility regulates cross-border conversions (resulting in the change of applicable law and at least registered seat of the company) and cross-border divisions for the first time. It also improves already existing regime for cross-border mergers. Directive on Cross-Border Mobility gives an opportunity for various internal market participants, including economically strong as well as smaller business forms to use advantages of predictable, efficient legal procedure to perform cross-border operations. It includes various harmonization instruments in order to protect interests of (minority) shareholders, creditors and employees. Double control, including issuance of the pre-merger certificate in the country of origin and control of the procedure in the destination country before cross-border procedure has been registered and becomes effective provides for optimal co-ordination of national authorities, and offers safe business environment for various market participants.

Key words: *EU Law. – Company Law. – Statutory Changes. – Mergers. – Divisions. – Cross-border Conversions. – Right of Establishment. – Harmonization.*

Датум пријема рада: 16. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 8. 2020.

UDK: 340.134:347.9(497.11)

CERIF: S142

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003117B

др *Никола* БОДИРОГА*

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

О ИНИЦИЈАТИВИ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА ЗА ИЗМЕНУ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ¹

Сажетак

Право на изјављивање ревизије у важећем Закону о парничном поступку уређено је на начин који омогућава широку досијујност овој ванредној правној лека сйранкама у поступку. Такво решење представља резултат измена које је овај закон претрпео 2014. године. Основни текстови закона из 2011. године прописивао је да је ревизија дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредности предмета спора објектног дела друшћейене пресуде прелази 100.000 евра према средњем курсу Народне банке Србије на дан одношења тужбе, док је у привредним споровима ревизијски цензус износио 300.000 евра. Ревизија је била дозвољена и по одредбама неких посебних закона. Поред ошћейе ревизије, постојала је и посебна ревизија која се могла изјавити пошћейе друшћейене пресуде која се није могла објективно ошћейе ревизијом ако је по оцени апелационој, односно Врховној касационој суда било потребно да се размотре правна питања од ошћейе интереса или правна питања у интересу

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

¹ Рад је настао у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2020. годину.

*равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе и ако је по-
требно ново тумачење права.*

Изменама Закона о парничном поступку из 2014. године сачињене су ревизијски цензуси на 40.000 евра у општем парничном поступку и на 100.000 евра у поступку о привредним споровима, а дозвољено је изјављивање ревизије и против сваке преиначујуће пресуде другостепеног суда, као и против сваке пресуде другостепеног суда којом је усвојена жалба, укинућа првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака. Ревизија је могла бити дозвољена и по посебном закону, а поред опште ревизије закон је задржао и посебну ревизију, о чијој дозвољености и основаности сада одлучује веће њени судија Врховног касационог суда. Пет година након ступања на снагу ових законских измена, општина седишница Врховног касационог суда упутила је иницијативу за измену Закона о парничном поступку, која би, ако буде усвојена, довела до знајно рескриптивније регулације права на изјављивање ревизије у односу на садашња законска решења. Овај рад представља критичку анализу предлога који су изнети у поменутој иницијативи.

Кључне речи: Општа ревизија. – Посебна ревизија. – Врховни касациони суд. – Измене Закона о парничном поступку.

I Право на изјављивање ревизије према важећим законским решењима

Законом о парничном поступку ревизија је уређена као ванредни правни лек, при чему се разликују општа и посебна ревизија.² У складу са чланом 403 став 1 ЗПП, општа ревизија се може изјавити у року од 30 дана од дана достављања пресуде другостепеног суда. Основни критеријум на којем се заснива дозвољеност опште ревизије представља имовински цензус, јер је ревизија дозвољена у имовинскоправним споровима само под условом да вредност побијаног дела другостепене пресуде прелази износ од 40.000 евра према средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе. У поступку о привредним споровима цензус износи 100.000 евра, односно вредност побијаног дела другостепене пресуде треба да прелази тај износ, а као параметар се узима средњи курс Народне банке Србије на дан подношења тужбе.

Поред имовинског цензуса, као општег критеријума, постоје и допунски критеријуми за оцену дозвољености опште ревизије. Независно од вредности побијаног дела другостепене пресуде, ревизија је увек дозвољена против пресуде другостепеног суда којом је преиначена

² 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.

првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака (члан 403 став 2 тачка 2 ЗПП) и када је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду и сам одлучио о захтевима странака (члан 403 став 2 тачка 3 ЗПП). Општа ревизија подноси се првостепеном суду, који испитује процесне претпоставке за дозвољеност опште ревизије. Против решења првостепеног суда којим је ревизија одбачена може се изјавити жалба (члан 399 став 1 ЗПП), а против решења другостепеног суда којом је потврђено решење првостепеног суда о одбацивању ревизије, може се изјавити ревизија (члан 420 став 4 ЗПП). Општа ревизија може се изјавити због: 1) апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка из члана 374 став 2 тачка 2 ЗПП; 2) битних повреда одредаба парничног поступка из члана 374 став 2 тачке 6, 8, 10 и 11 ЗПП, под условом да су ове повреде истицане у жалби или да су учињене у поступку пред другостепеним судом; 3) битне повреде одредаба парничног поступка из члана 374 став 1 ЗПП која је учињена у поступку пред другостепеним судом; 4) погрешне примене материјалног права и 5) прекорачења тужбеног захтева које је учињено у поступку пред другостепеним судом (члан 407 став 1 ЗПП). О основаности опште ревизије одлучује веће троје судија Врховног касационог суда (даље: ВКС). Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање не представља ревизијски разлог, осим у случају из члана 403 став 2 ЗПП.

Законом о парничном поступку нормирана је и посебна ревизија. Овај специфичан ванредни правни лек може се поднети против другостепене пресуде која не би могла да се побија општом ревизијом ако је по оцени ВКС потребно размотрити правна питања од општег интереса или правна питања која се тичу равноправности грађана, или ради уједначавања судске праксе или ако је потребно ново тумачење права (члан 404 став 1 ЗПП). За разлику од опште ревизије, о дозвољености посебне ревизије одлучује веће пет судија ВКС, а исто то веће одлучује и о основаности посебне ревизије (члан 404 став 2 ЗПП). Законским одредбама није прописано да ли се доноси решење о одбацивању посебне ревизије ако нису испуњене процесне претпоставке прописане чланом 404 став 1 ЗПП, или изрека решења ВКС треба да гласи да се не дозвољава одлучивање о посебној ревизији. У сваком случају, ако се доноси решење о одбацивању посебне ревизије као недозвољене, против тог решења правни лек не би био дозвољен, већ би незадовољна странка једино могла да поднесе уставну жалбу.³ Супротно томе, уколико веће ВКС сматра да има места одлучивању о посебној ревизији, онда се у изреци одлуке дозвољава одлучивање о посебној ревизији и истовремено одлучује о њеној основаности.⁴ Као законски разлог за изјављивање

3 Никола Бодирога, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд, 2019, 223–224.

4 Пресуда ВКС, Рев 349/2017 од 25. 5. 2017. године, из архиве суда.

посебне ревизије прописана је само погрешна примена материјалног права, али не и погрешна примена процесног права, односно битне повреде одредаба парничног поступка, па се због тог разлога посебна ревизија не може изјавити.⁵

Поред опште и посебне ревизије које уређује ЗПП, ревизија може бити дозвољена и по одредбама посебног закона, које у том смислу представљају посебна правила којима се дерогирају одредбе ЗПП. На пример, Законом о забрани дискриминације,⁶ који садржи посебне процесне одредбе о судској заштити у овим поступцима, прописано је да је ревизија увек дозвољена против другостепене пресуде, независно од услова прописаних одредбама ЗПП (члан 41 став 4 ЗЗД). Одредбама Закона о јавном информисању и медијима⁷ прописано је да је против другостепене пресуде којом је тужбени захтев одбијен могуће изјавити ревизију у року од 15 дана од дана пријема другостепене пресуде (члан 126 став 1 ЗЈМ), као и да у парници по тужби за накнаду штете и по тужби за остваривање права на део добити ревизију из става 1 овог члана могу изјавити и тужилац и тужени (члан 126 став 2 ЗЈМ), док против пресуде другостепеног суда у парници по тужби за објављивање одговора ревизија није дозвољена (члан 126 став 3 ЗЈМ). На крају, и у одредбама ЗПП којима су нормирани поједини посебни парнични поступци садржана су правила о дозвољености ревизије. У складу са одредбом члана 441 ЗПП, ревизија је дозвољена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа, док је чланом 447 ЗПП прописано да је ревизија дозвољена у парницама поводом колективних уговора.

II Иницијатива Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку

Општа седница ВКС усвојила је 25. децембра 2019. године иницијативу за измену Закона о парничном поступку. У највећем делу, та иницијатива се односи на одредбе ЗПП којима се уређује дозвољеност опште и посебне ревизије, што је и предмет нашег рада.⁸

5 Сентенца из решења ВКС, Рев 1354/2014 – Рж 315/2014 од 20. 11. 2014. године усвојена на седници Грађанског одељења 7. 4. 2015. године, из архиве суда.

6 Закон о забрани дискриминације – ЗЗД, *Службени гласник РС*, бр. 22/2009.

7 Закон о јавном информисању и медијима – ЗЈМ, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

8 Текст иницијативе опште седнице ВКС за измену Закона о парничном поступку, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Inicijativa%20Opste%20sednice%20Vrhovnog%20kasacionog%20suda%20za%20izmenu%20Zakona%20o%20parnicnom%20postupku.pdf>, 5. 7. 2020.

У иницијативи ВКС најпре се наводи како измене члана 403 став 2 ЗПП из 2014. године, којима је омогућено изјављивање ревизије против пресуде другостепеног суда којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака и против пресуде другостепеног суда којом је усвојена жалба, укинута првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака, нису сасвим јасне, те је било потребно смисао ових законских одредаба употпунити закључцима које је ВКС усвојио 3. и 10. марта 2015. године. Према тим закључцима, цитирана измена члана 403 став 2 ЗПП не може се применити на другостепене судске одлуке у споровима мале вредности, у државинским споровима, нити ако се ради о камати и трошковима поступка као споредним потраживањима, јер је у тим споровима право на изјављивање ревизије искључено на основу изричите законске одредбе. Даље се у тексту иницијативе позива на законске одредбе према којима се спор мале вредности дефинише као спор у којем се тужбени захтев односи на новчано потраживање које не прелази динарску противвредност од 3.000 евра према средњем курсу НБС на дан подношења тужбе, те да се самим тим не може говорити о дозвољености ревизије у овим споровима, јер ревизијски цензус износи 40.000 евра у општем парничном поступку, односно 100.000 евра у поступку о привредним споровима.

За ВКС је спорно и то што се дозвољеност ревизије везује и за врсту одлуке другостепеног суда, тј. дозвољава се ревизија увек када је другостепени суд преиначио првостепену пресуду и када је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака. Истиче се како је овакво законско решење први пут уведено у одредбе ЗПП и како је супротно ранијим законима о парничном поступку и дугогодишњој судској пракси. На тај начин се, према ставовима судија ВКС, онемогућава ефикасно трећестепено одлучивање и то није у складу са улогом коју највиши суд треба да има у нашем судском систему, а ревизија тиме уместо ванредног постаје редовни правни лек. Ако се дозвољеност ревизије, независно од вредности предмета спора побиијеног дела другостепене пресуде, везује за врсту одлуке коју је донео другостепени суд, такво решење према оцени судија ВКС води у неједнаку заштиту права, односно неједнак приступ суду трећег степена, што је супротно члану 36 став 1 Устава Србије.⁹

У даљем тексту иницијативе предлаже се измена члана 469 ЗПП, који уређује када се не могу применити правила која важе за спорове мале вредности. Према важећој формулацији тог члана, не сматрају се споровима мале вредности, у смислу одредаба ЗПП, спорови о непокретностима, спорови из радних односа и спорови због сметања државине.

9 Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Судије ВКС наводе како је овако формулисана одредба анахрона, да потиче од „првог“ ЗПП-а, који је ступио на снагу 1. 7. 1977. године,¹⁰ те да је по аутоматизму преписивана у каснијим процесним законима. Полазећи од постојећег правног контекста и регулативе у области радних односа, према становишту ВКС, цитирана законска одредба члана 469 ЗПП је неодржива. Наводи се како странке имају право на ревизију у споровима о постојању, заснивању и престанку радног односа (члан 441 ЗПП), па то важи и онда када се у тим споровима одлучује и о праву на накнаду из радног односа, док у осталим споровима из радних односа дозвољеност ревизије треба ценити према имовинском цензусу који је прописан општим одредбама ЗПП. Према садашњем стању ствари, о накнадама за трошкове превоза, трошкова за исхрану и регреса одлучује се пред ВКС-ом, јер се не могу применити закључци ВКС од 3. и 10. марта 2015. године. У овим споровима судска пракса може се усаглашавати на нивоу апелационих судова, па нема потребе да се овим предметима бави ВКС. Зато би апелациони судови требало да одлучују по жалбама изјављеним против пресуда основних судова донетим у споровима из радних односа, без обзира на то колики је износ накнаде која се потражује. С тим у вези, ВКС предлаже најпре измену члана 469 ЗПП, тако што би се брисале речи „спорови из радних односа“, па би у складу са новелираним чланом 469 ЗПП и спорови из радних односа могли бити спорови мале вредности уколико је износ тражене накнаде мањи од 3.000 евра према средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе. У вези с тим, предлаже се и измена члана 24 Закона о уређењу судова, како би се у ставу 1 додала нова тачка 4, а према којој би апелациони судови одлучивали по жалбама на пресуде основних судова у свим споровима из радних односа.

Важно место у иницијативи ВКС за измену ЗПП заузима предлог другачијег регулисања посебне ревизије. Полази се од намере законодавца да увођењем института посебне ревизије допринесе правилној примени материјалног права и једнаком тумачењу права у ситуацији када постоје правне празнине или супротстављеност норми које треба да буду примењене у конкретном случају.

Овај институт према оцени судија ВКС није оправдао свој циљ. У пракси је примена посебне ревизије довела до великог прилива предмета у највиши суд, што га онемогућава у обављању других законом прописаних надлежности. Према подацима за период од 1. јануара 2016. године до 31. октобра 2019. године, број изјављених посебних ревизија је непрестано растао. Нарочит проблем представљају масовни спорови у

10 Видећемо у каснијем тексту да се ради о омашки, јер ЗПП који је ступио на снагу 1. 7. 1977. године не може се назвати ни првим ЗПП-ом, па ни првим ЗПП-ом донетим после Другог светског рата.

којима је број посебних ревизија увећан три пута. Процент примљених предмета по посебној ревизији у односу на укупан број ревизијских предмета кретао се од 28,5% у 2016. години до 56,8% за првих десет месеци 2019. године. Тај број је заправо и већи, али се не може статистички исказати јер је потребно дати податке који се односе не само на масовне, него и на друге предмете.

Ако се анализира исход одлучивања по посебној ревизији, у само 5% случајева ВКС је прихватио да о овом ванредном правном леку одлучује, док је у 95% случајева донето решење о одбацавању посебне ревизије. Одлуке о одбацавању посебне ревизије, сагласно важећем законском решењу, доноси веће од пет судија, за разлику од опште ревизије, где одлуку доноси веће троје судија. Тако се троше ресурси највишег суда у земљи, и то у предметима који нису од значаја за остваривање уставне и законске улоге ВКС. Посебна ревизија је замишљена као ванредан правни лек у ситуацијама када општа ревизија није дозвољена, али се према оценама изнетим у иницијативи претворила у покушај да се оствари приступ ВКС, како би се тај суд бавио процесним питањима, каматом и трошковима поступка, што нису питања која заслужују да буду разматрана од стране ВКС.

У пракси се посебна ревизија по члану 404 ЗПП изјављује на исти начин као када је у питању општа ревизија регулисана чланом 403 ЗПП. У највећем броју изјављених посебних ревизија само се помиње одредба члана 404 ЗПП, без навођења било каквих разлога који би оправдали изјављивање посебне ревизије. Тако ВКС постаје преоптерећен предметима којима се по жалби не баве ни апелациони судови, али захваљујући посебној ревизији ти предмети долазе пред највиши суд. Ови предмети захтевају доношење на хиљаде одлука, и то углавном решења којима се овај ванредни правни лек одбацује као недозвољен. Додатно, широко постављена могућност изјављивања посебне ревизије изазива неповерење у законитост и правилност одлука нижестепених судова. Судије ВКС због тога не могу да се посвете решавању оних предмета који су од значаја за остваривање владавине права. На хиљаде донетих решења о одбацавању посебне ревизије анулира значај мериторних одлука у бројним предметима који су од шире друштвене важности. Број одлука донетих о одбацавању посебне ревизије указује на то да се не ради о делотворном и ефикасном правном леку.

Врховни касациони суд види своју улогу у решавању правних питања од велике важности уједначавањем судске праксе путем института решавања спорног правног питања, одлучивањем о ванредним правним лековима у појединачним предметима, усвајањем правних схватања ради попуњавања правних празнина, одржавањем састанака

са апелационим судовима ради разматрања спорних питања грађанске материје, одржавањем саветовања, утврђивањем сентенци и њиховим објављивањем на интернет страници суда и објављивањем одлука како би се успоставила јединствена база судске праксе.¹¹

У тексту иницијативе ипак има простора за задржавање посебне ревизије у одредбама ЗПП, али су потребне одређене корекције и измене. Траже се прецизнији критеријуми на основу којих би се могло проценити када је дозвољена посебна ревизија у споровима у којима општа ревизија није дозвољена. Неопходно је нормирати садржину предлога којим се тражи одлучивање о посебној ревизији, рок за подношење овог правног лека и начин подношења. На крају, треба прописати поступак одлучивања о допуштености и основаности посебне ревизије.

Према ставу судија ВКС, критеријуми за оцену дозвољености посебне ревизије требало би да буду дефинисани на следећи начин. Потребно је да се ради о правном питању од значаја за правну сигурност, развој права и судску праксу, а нарочито: 1) ако се ради о питању о којем ВКС није заузео став, а постоји различита пракса другостепених судова; 2) ако је ВКС заузео став, али се одлуком другостепеног суда одступа од правног става ВКС, а одступање је засновано на разлозима који се не могу квалификовати као оправдани; 3) ако је ВКС заузео став, пресуда другостепеног суда је заснована на том ставу, али би тај став требало преиспитати због разлога изнетих током првостепеног и другостепеног поступка због промена у правном систему услед новоусвојеног законодавства или потврђеног међународног уговора, или због ставова изнетих у одлукама Уставног суда или Европског суда за људска права. Сам подносилац посебне ревизије морао би да наведе и конкретизује правно питање које је од значаја за разматрање од стране ВКС, да се позове на законе и друге прописе којима се то питање регулише, разлоге због којих сматра да је потребно да се ВКС изјасни о том правном питању, уз приложене судске одлуке којима се ти разлози прецизирају.

Поступак одлучивања о посебној ревизији требало би поделити на две фазе. У првој фази би се преиспитивало постојање услова за изјављивање посебне ревизије. Уколико се дозволи изјављивање посебне ревизије, требало би прецизирати у односу на које питање се дозвољава одлучивање од стране ВКС или се посебна ревизија одбацује као недозвољена, јер не постоје законом прописани услови за њено изјављивање. Прва фаза поступка би могла да се одвија пред већем

11 Овакво схватање улоге ВКС у нашем правном систему ослања се и на ставове правне теорије. Вид. Гордана Станковић, Љубица Мандић, *Организационо грађанско процесно право*, Косовска Митровица, 2013, 76–78.

троје судија ВКС. Уколико веће троје судија не одбаци посебну ревизију, онда би се о њеној основаности одлучивало од стране већа пет судија ВКС. То веће одлучивало би само о правном питању у односу на које је дозвољено изјављивање посебне ревизије.

Узимајући у обзир све напред наведено, ВКС сматра да је неопходно успоставити законски оквир који омогућава овом суду да обавља улогу која му је намењена у нашем правном систему, а то значи одлучивање само у оним предметима који су од нарочитог значаја за странке и за уједначавање судске праксе. Због тога се морају изменити законске одредбе којима се уређује дозвољеност опште и посебне ревизије. Образложење је додатно поткрепљено позивањем на одредбе Устава. Чланом 36 Устава јемчи се право на једнаку заштиту права пред судовима, другим државним органима и имаоцима јавних овлашћења, органима аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе (став 1) и право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о нечијем праву, обавези или на закону заснованом интересу (став 2). Из цитираних одредаба произлази да Устав јемчи право на двостепено одлучивање. Право на тростепен поступак могуће је остварити само под законом прописаним условима. Остварење тог права не може ићи на уштрб делотворног одлучивања ВКС. Зато се том суду мора омогућити да доноси одлуке и поступа на начин који је у складу са његовом улогом у организацији правосуђа.

III Критика предложених решења

Иницијатива за измену ЗПП коју је усвојила општа седница ВКС обухвата више одредаба ЗПП, али ћемо се за потребе овог рада ограничити на предлоге који се односе на дозвољеност опште и посебне ревизије. Предложена решења сужавају право странака на употребу ових ванредних правних лекова, и то се односи како на општу, тако и на посебну ревизију. Основни став од којег се полази у иницијативи јесте да члан 36 став 2 Устава гарантује право на двостепено одлучивање, а да је уређивање ванредних правних лекова о којима би одлучивао ВКС у трећем степену ствар законодавне политике. У том смислу, иницијатива се ослања на ставове које је Уставни суд заузео у својој одлуци којом је ценио уставност ревизијског цензуса од 100.000 евра у општем парничном поступку, односно 300.000 евра у поступку о привредним споровима.¹² На то се надовезују и ставови из Препоруке бр. Р (95) 5 Савета Европе о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским

12 Одлука Уставног суда, IУз–2/2010 од 14. 3. 2013. године, из архиве суда. Одлука је усвојена већином гласова, две судије су издвојиле мишљење.

и привредним стварима.¹³ У глави IV ове препоруке наводи се како обраћање суду трећег степена треба да се користи у случајевима који захтевају уједначавање права, ново тумачење права или решавање правних питања од општег интереса.¹⁴

Када је у питању општа ревизија, ВКС предлаже брисање одредбе члана 403 став 2 тачке 2 и 3 ЗПП. У том смислу, наводи се како никада у законодавству и судској пракси није било забележено да се право на изјављивање ревизије везује за врсту одлуке коју је донео другостепени суд. Анализирајући историјат појединих одредаба ЗПП, судије ВКС се позивају на „први ЗПП“ који је усвојен 1976. године и ступио на снагу 1. јула 1977. године. Закон о парничном поступку из 1977. године свакако није први закон којим се уређује парнични поступак на простору некадашње Југославије, нити је то први Закон о парничном поступку донет после Другог светског рата. Први Закон о парничном поступку који је усвојен после Другог светског рата јесте Закон о парничном поступку из 1957. године објављен у *Службеном листу ФНРЈ*, бр. 4/1957 од 23. јануара 1957. године и ступио је на снагу протеклом три месеца од дана објављивања у *Службеном листу*.¹⁵ Ово је битно напоменути зато што из овог превида проистичу и неки други погрешни закључци који се могу пронаћи у иницијативи. На пример, наводи се да никада у ранијем парничном законодавству право на изјављивање ревизије није везивано за врсту одлуке коју је донео другостепени суд. Ни ова констатација није тачна, јер је управо према одредбама Закона о парничном поступку из 1957. године било дозвољено изјавити ревизију против пресуде окружног суда донесене у другом степену, између осталог, и ако је другостепени суд изменио чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди (члан 368 став 2 тачка 3 ЗПП 1957). Додуше, према том закону ревизија је била редован правни лек.¹⁶ Дакле, Закон о парничном поступку из 1977. године није први закон о парничном поступку, али јесте први закон у којем је ревизија била уређена као ванредан правни лек.

За ВКС је спорно што се независно од вредности предмета спора побијеног дела другостепене пресуде дозвољава изјављивање опште

13 Препорука бр. Р (95) 5 Савета Европе о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним споровима (*Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Introduction and Improvement of the Functioning of Appeal Systems and Procedures in Civil and Commercial Cases Adopted by the Committee of Ministers on 7 February 1995 at the 528th meeting of the Ministers' Deputies*).

14 Никола Бодирога, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд, 2012, 233.

15 Срећко Зуглиа, *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, Загреб, 1957, 56.

16 Срећко Зуглиа, Синиша Трива, *Коментар Закона о парничном поступку: II Свезак*, Загреб, 1957, 268–270.

ревизије против пресуде другостепеног суда којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака (члан 403 став 2 тачка 2 ЗПП). Да бисмо одговорили на ставове ВКС о овом питању, требало би се подсетити како је дошло до измене ЗПП којом је омогућено изјављивање ревизије против сваке преиначујуће пресуде другостепеног суда, осим у оним парничним поступцима где је изјављивање ревизије искључено изричитом законском одредбом.

У поводу једне иницијативе поднете Уставном суду, а којом је тражено покретање поступка за оцену уставности одредбе члана 394 Закона о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09), наведено је да странци на чију штету је преиначена пресуда првостепеног суда није обезбеђено право на правно средство, те да странка против те пресуде не може да изјави ревизију, осим ако су били испуњени услови за дозвољеност овог ванредног правног лека, а тада је цензус за изјављивање ревизије износио 100.000 евра у општем парничном поступку. У иницијативи се тврдило да странка независно од исхода одлучивања у поступку пред другостепеним судом може да изјави ревизију само ако су испуњени услови из члана 394 тада важећег ЗПП, а ти услови за изјављивање ревизије били су рестриктивно формулисани. Иницијатор се позвао и на одредбе ЗПП из 1957. године, према којима је ревизија била дозвољена, поред осталог, и када је окружни суд преиначио пресуду среског суда.

Уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за оцену уставности одребе члана 394 тада важећег ЗПП. У образложењу решења Уставног суда најпре се истиче овлашћење Републике Србије да законом уреди поступак пред судовима, а то се односи и на парнични поступак. Приликом прописивања правила одговарајућих судских поступака, законодавац мора да се придржава уставних јемстава, а једно од тих јемстава јесте и право на правно средство из члана 36 став 2 Устава. Јемство садржано у овом члану Устава подразумева да, када су у питању судске одлуке, законодавац мора да предвиди право на жалбу, приговор или друго редовно правно средство којим се може побијати свака првостепена одлука којом се поступак окончава, како би се обезбедило да суд више инстанце може да преиспита законитост и правилност одлуке којом је одлучено о правима странака. У том смислу, одредба члана 36 став 2 Устава не гарантује право на изјављивање ванредних правних лекова, односно не гарантује право странкама да ванредним правним лековима захтевају од надлежног суда да преиспита правноснажну судску одлуку која је донета на њихову штету, већ је прописивање ванредних правних лекова у домену законодавне политике. Према томе, може се закључити да одредбом члана 394 тадашњег ЗПП није

повређено ниједно уставно јемство, јер је обезбеђено право на жалбу у складу са чланом 36 став 2 Устава, имајући у виду да се свака првостепена пресуда којом је одлучено о праву или обавези странке може побијати жалбом. Уставни суд даље закључује како је одредбом члана 394 тада важећег ЗПП уређено право на изјављивање ревизије као ванредног правног лека, да је тим чланом прописано у којим случајевима и у којим ситуацијама се овај ванредни правни лек може користити, те да је овај ванредни правни лек доступан за сва лица под једнаким условима у складу са чланом 394 тада важећег ЗПП. Сами иницијатори нису оспорили уставност члана 394 тада важећег ЗПП, већ су поставили питање зашто ЗПП не садржи одредбу којом би било предвиђено да се ревизија може изјавити и против сваке правноснажне пресуде другостепеног суда којом је првостепена пресуда преиначена, без обзира на то да ли су испуњени прописани услови за коришћење овог правног лека. С обзиром на то да је Уставни суд, полазећи од одредаба члана 167 Устава, у поступку оцене уставности општих аката надлежан да цени да ли су питања садржана у појединим општим актима уређена сагласно Уставу или не, али да не може да поступа као позитиван законодавац, Уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за оцену уставности.¹⁷

Без обзира на то што решењем није прихватио иницијативу за покретање поступка за оцену уставности, Уставни суд је одлучио да о питању које је покренуто иницијативом обавести Народну скупштину: „...Међутим, како у надлежност Уставног суда спада и заштита људских и мањинских права и слобода, Суд је оценио да се поднетом иницијативом покреће питање које је од значаја за потпуно остваривање Уставом зајемченог права на једнаку заштиту права и на правно средство. Наиме, према одредбама члана 373 Закона о парничном поступку (2004), другостепени суд у поступку по жалби може у седници већа или на основу одржане расправе, између осталог, преиначити првостепену пресуду и одлучити о захтевима странака (став 1 тачка 5), а поред тога, уколико је првостепена пресуда већ једном била укинута, другостепени суд не може укинути пресуду и упутити предмет првостепеном суду на поновно суђење (став 3), што значи да се и у овом случају, ако суд нађе да је жалба основана, другостепени поступак завршава доношењем пресуде којом се првостепена пресуда преиначује.“¹⁸ Уставни суд истиче да је

17 Н. Бодирога (2019), 86–87.

18 Овакав закључак Уставног суда се не може прихватити. Када другостепени суд, у складу са одредбом члана 383 став 4 ЗПП (чл. 369 ст. 3 ЗПП из 2004. године), има дужност да отвори главну расправу и одлучи о жалби и захтевима странака, он тада не доноси пресуду којом се првостепена пресуда преиначује. То сасвим јасно произлази из одредбе члана 387 ЗПП који уређује одлуке које другостепени суд

неспорно да је, у формалноправном смислу, пресуда донета у поступку по жалби увек правноснажна судска одлука, те против ње, сагласно општим правилима процесног права, није више могуће користити редовна правна средства. Са друге стране, Уставни суд указује да је неспорно и то да је преиначујућа одлука другостепеног суда, у материјалноправном смислу, нова одлука којом се одлучује о правима и обавезама странака у поступку, и то на начин који је мање или више различит од начина на који је спорни однос био разрешен првостепеном пресудом. Сагласно претходно изнетом, оваква одлука се може оспоравати само у поступку по ванредним правним лековима, под условом да процесни закон предвиђа ванредна правна средства и под условом да, у конкретном случају, одлука другостепеног суда испуњава прописане услове за коришћење неког од предвиђених ванредних правних средстава. Суд истиче да важећа законска решења имају за последицу да се странка, која због исхода спора није имала разлога да изјављује жалбу против првостепене судске одлуке донете у парничном поступку, може наћи у ситуацији да буде ускраћена у остваривању зајемченог права на правно средство ако првостепена одлука буде преиначена на њену штету у поступку по жалби противне странке, а нису испуњени законски услови у погледу врсте и вредности предмета спора за изјављивање ревизије, иако се новом одлуком по први пут на преиначени начин одлучило о њеним правима и обавезама, и то од стране суда који није највиши суд у Републици Србији. По оцени Уставног суда, пропуштање да се законски уреди ситуација која се односи на право странке на изјављивање ревизије против сваке преиначујуће другостепене судске одлуке, независно од тога да ли су испуњени општи законски услови за подношење овог ванредног правног лека, може да доведе у питање остваривање

може донети о жалби. Чланом 387 став 1 тачка 6 ЗПП прописано је да другостепени суд, поред осталих одлука, може и усвојити жалбу, укинути првостепену пресуду и одлучити о захтевима странака. Управо је то ситуација у којој другостепени суд више не може да укида првостепену пресуду и враћа предмет на ново суђење, већ сам мора да закаже главну расправу и на основу ње донесе пресуду којом ће одлучити о захтевима странака. Он тада не преиначује првостепену пресуду, већ на основу расправе доноси пресуду која може имати исту изреку као првостепена пресуда, а може имати и другачију изреку у односу на пресуду првостепеног суда, али је то у сваком случају пресуда која настаје као резултат главне расправе одржане пред другостепеним судом. То је различита ситуација у односу на ону у којој другостепени суд преиначује првостепену пресуду и одлучује о захтевима странака, а која је прописана чланом 387 став 1 тачка 5 ЗПП. До преиначења првостепене пресуде у складу са чланом 387 став 1 тачка 5 ЗПП може доћи ако је на основу одржане расправе другостепени суд утврдио другачије чињенично стање него што је утврђено у првостепеном поступку (разлог за преиначење прописан чланом 394 тачка 1 ЗПП), али до преиначења може доћи и без одржавања главне расправе (разлози за преиначење прописани чланом 394 тач. 2–4 ЗПП).

права на једнаку заштиту права зајемченог чланом 36 став 1 Устава, а тиме и остваривање начела једнакости пред Уставом и законом из члана 21 став 1 Устава. Уставни суд налази да претходно изнете оцене имају посебног значаја у ситуацији када су Законом о парничном поступку, са једне стране, битно пооштрени услови за изјављивање ревизије и када, са друге стране, суштински нису предвиђена друга ванредна правна средства поводом којих би се највиши суд могао изјаснити о законитости преиначене одлуке, јер закон прописује веома ограничене разлоге за изјављивање захтева за заштиту законитости.¹⁹

Цитирана одлука Уставног суда и писмо Народној скупштини потичу из времена рада на Закону о парничном поступку из 2011. године, када је ревизијски цензус износио 100.000 евра у општем парничном поступку, односно 300.000 евра у поступку о привредним споровима. Уставни суд је својом одлуком ГУз–2/2010 од 14. марта 2013. године утврдио да прописивањем тако високих ревизијских цензуса није прекршен Устав.²⁰ Такође, током рада на Закону о парничном поступку из 2011. године није прихваћено решење према којем би се против сваке пресуде другостепеног суда којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака дозволило изјављивање ревизије. Усвајањем Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2014. године²¹ омогућено је изјављивање ревизије против преиначујуће пресуде другостепеног суда, чак и онда када није испуњен услов у погледу ревизијског цензуса који је истим изменама закона смањен на 40.000 евра у општем парничном поступку, односно на 100.000 евра у поступку о привредним споровима.

Изменама Закона о парничном поступку из 2014. године и омогућавањем права на изјављивање ревизије против сваке пресуде другостепеног суда којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака, законодавац је прихватио ставове Уставног суда према којима је преиначујућа пресуда другостепеног суда нова пресуда којом се на другачији начин одлучује о правима странака, па би услед тога

19 Решење Уставног суда, ГУз–1242/2010 од 30. 6. 2011. године, из архиве суда. Уставни суд овде испушта из вида предлог за понављање поступка као ванредни правни лек са најширим кругом разлога, најдужим роковима за изјављивање и најширим опсегом правноснажних судских одлука које се њиме могу побијати.

20 Одлука Уставног суда, ГУз– 2/2010 од 14. 3. 2013. године, из архиве суда. За коментар ове одлуке вид. Никола Бодирога, „Пристап Врховном касационом суду у грађанским стварима – одлука Уставног суда и европски стандарди“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. Стеван Лилић), Књига 3, Београд, 2013, 192–200.

21 Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014. Ступио на снагу 31. 5. 2014. године.

требало омогућити њену контролу у поступку по ванредним правним лековима. Аргумент Уставног суда, према којем је преиначујућа пресуда другостепеног суда у материјалноправном смислу нова пресуда, не може се прихватити ако се анализирају законске одредбе које прописују у којим ситуацијама другостепени суд може преиначити пресуду првостепеног суда.

Другостепени суд ће пресудом да преиначи првостепену пресуду ако: 1) је на основу расправе утврдио другачије чињенично стање него што је оно у првостепеној пресуди; 2) је првостепени суд погрешно оценио исправе или посредно изведене доказе, а одлука првостепеног суда је искључиво заснована на тим доказима; 3) је првостепени суд из чињеница које је утврдио извео неправилан закључак о постојању других чињеница на којима је пресуда заснована; 4) сматра да је чињенично стање у првостепеној пресуди правилно утврђено, али да је првостепени суд погрешно применио материјално право (члан 394 ЗПП).

Када се анализирају сви законом прописани разлози због којих може доћи до преиначења првостепене пресуде од стране другостепеног суда, не може се извести закључак да је преиначујућа пресуда другостепеног суда у свакој од тих ситуација у материјалноправном смислу нова пресуда, како то тврди Уставни суд у одлуци коју смо цитирали. Она јесте „нова“ ако је другостепени суд сам отворио главну расправу под условима прописаним одредбама ЗПП и утврдио другачије чињенично стање од оног које је било утврђено у првостепеном поступку, па је на темељу тог другачијег чињеничног стања засновао своју преиначујућу пресуду (члан 394 тачка 1 ЗПП).²² Може се говорити и о новој пресуди у материјалноправном смислу када другостепени суд утврди да је првостепени суд правилно и потпуно утврдио чињенично стање, али је на тако утврђено чињенично стање погрешно применио материјално право. Другим речима, када се првостепени и другостепени суд слажу у погледу утврђених чињеница, али се не слажу о примени материјалног права (члан 394 тачка 4 ЗПП). Само у ове две ситуације може се говорити о „новој“ пресуди другостепеног суда. Супротно томе, када је дошло до преиначења првостепене пресуде због тога што је првостепени суд погрешно оценио исправе или посредно изведене доказе, а пресуда првостепеног суда је искључиво заснована на тим доказима (члан 394 тачка 2 ЗПП), то свакако не чини пресуду другостепеног суда новом

22 Ако је другостепени суд без отварања расправе и пружања могућности странкама да учествују у поступку и користе се процесним правима своју одлуку засновао на чињеничној подлози која није била основ за одлучивање нижестепеног суда, онда такав пропуст другостепеног суда представља произвољну примену процесног права и повреду права на правично суђење. Одлука Уставног суда, Уж–3907/2013 од 26. 4. 2018. године. Вид. Н. Бодирога (2019), 313–314.

у материјалноправном смислу, већ се преиначујућа пресуда другостепеног суда заснива на другачијој оцени исправа или посредно изведених доказа на којима је првостепена пресуда искључиво заснована. Исто тако, када је првостепени суд из чињеница које је утврдио извео другачији закључак о постојању других чињеница на којима је пресуда заснована (члан 394 тачка 3 ЗПП), а другостепени суд има другачији закључак о тим чињеницама, то не чини пресуду другостепеног суда новом у материјалноправном смислу.²³

Узимајући у обзир све напред изнете аргументе, може се закључити да се преиначујућа пресуда другостепеног суда може третирати као „нова“ само у ситуацијама када је другостепени суд на основу одржане расправе утврдио другачије чињенично стање од првостепеног суда (члан 394 тачка 1 ЗПП) и када је другостепени суд закључио да је чињенично стање у првостепеном поступку правилно утврђено, али је на тако утврђено чињенично стање првостепени суд погрешно применио материјално право (члан 394 тачка 4 ЗПП). То што се у овим два процесних ситуацијама преиначујућа пресуда другостепеног суда може окарактерисати као „нова“ не оправдава аутоматско дозвољавање права на изјављивање ревизије против преиначујуће пресуде, већ представља израз неповерења законодавца у чињенично стање утврђено на расправи пред другостепеним судом које је другачије од чињеничног стања које је утврдио првостепени суд, као и израз неповерења законодавца у примену материјалног права од стране другостепеног суда која је другачија у односу на примену материјалног права од стране првостепеног суда. Ако се руководимо логиком Уставног суда, онда би требало обавезно дозволити правни лек у ситуацији у којој су првостепени и другостепени суд пресудили на исти начин, а онда је ВКС по ревизији преиначио пресуду другостепеног суда.

Све ово нас упућује на закључак да је дозвољавање права на изјављивање ревизије против другостепене пресуде којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака заправо у домену законодавно-правне политике, а не резултат нужне потребе да се у тој ситуацији гарантује право на ванредни правни лек о којем би одлучивао ВКС.²⁴ Дозвољавање ревизије у зависности од врсте одлуке коју је донео другостепени суд нема упориште ни у упоредном праву и

23 Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2009, 939.

24 Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?: уједно и прилог учењу о контролном концепту поступка по правним лековима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1280–1282.

представља последицу неразумевања циљева и задатака које има поступак одлучивања о правним лековима.²⁵

Када другостепени суд усваја жалбу, укида првостепену пресуду и сам одлучује о захтевима странака, не ради се о преиначујућој пресуди (члан 387 став 1 тачка 6 ЗПП), како то у образложењу цитиране одлуке тврди Уставни суд.²⁶ Усвајање ЗПП 2004. године донело је важну новину у наш систем парничног поступка, а то је дужност другостепеног суда да после укидања првостепене пресуде у истом предмету увек мора да отвори главну расправу и да одлучи о жалби и о захтевима странака.²⁷ То правило задржано је и у важећем ЗПП-у. У случају да је првостепена пресуда већ једанпут била укинута, другостепени суд не може да укине пресуду и упути предмет првостепеном суду на ново суђење (члан 387 став 3 ЗПП). У вези са овом одредбом, да напоменемо да ће другостепени суд да закаже расправу и одлучи о жалби и захтевима странака када је у истој парници првостепена пресуда већ једанпут била укинута, а нова првостепена пресуда је заснована на погрешном или непотпуно утврђеном чињеничном стању или су у поновљеном првостепеном поступку учињене битне повреде одредаба парничног поступка, осим ако се побија пресуда на основу признања, пресуда на основу одрицања, пресуда због пропуштања, пресуда због изостанка, као и пресуда донета без одржавања главне расправе, односно ако се ради о пресуди у спору мале вредности (члан 383 став 4 ЗПП). У описаној ситуацији, другостепени суд не може више вратити предмет првостепеном суду на ново суђење, већ сам мора да одлучи о жалби и о захтевима странака. Тада се може поставити питање да ли постоји потреба да се контролише пресуда другостепеног суда од стране ВКС у ситуацији у којој

25 За немачко право вид. Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2014, 421–422; за аустријско право вид. Oskar J. Ballon, Bettina Nunner-Krautgasser, Birgit Schneider, *Einführung in das Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*, Verlag Manz, Wien, 2018, 313–321. У овим правним системима ревизија је редован правни лек којим се побијају другостепене одлуке, при чему постоје значајна ограничења у погледу допуштености. Та ограничења управо имају за циљ да се омогући највишем суду да се бави правним питањима од значаја за уједначавање и развој судске праксе.

26 Ни редовни судови нису умели да протумаче ову законску одредбу на исправан начин, па се у пракси ВКС поставило као спорно питање да ли је у ситуацији када је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду и одбацио тужбу тиме другостепени суд одлучио о захтевима странака. Одговор на постављено питање је, наравно, негативан, али је ВКС ипак морао да заузме став о овом питању. Вид. Закључак ВКС усвојен на седници Грађанског одељења од 2. 6. 2020. године, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Zakljucak%20%20o%20dozvoljenosti%20revizije.pdf>, 5. 7. 2020.

27 Гордана Станковић, „Предговор“, *Закон о парничном процесу*, ИП Јустинијан, Београд, 2004, 27.

другостепени суд усваја жалбу, укида првостепену пресуду због битних повреда одредаба парничног поступка или због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања отклања недостатке које је учинио првостепени суд и на основу одржане главне расправе, на коју се сходно примењују одредбе ЗПП о главној расправи пред првостепеним судом, сам одлучује о жалби и о захтевима странака. Све ово не наводи на закључак да је против пресуде другостепеног суда у тој ситуацији нужно дозволити изјављивање ревизије, већ је у питању правно-политичка процена законодавца.

IV Предлози ВКС који се односе на регулисање посебне ревизије

У иницијативи за измену ЗПП коју је упутила општа седница ВКС, посебна пажња посвећена је посебној ревизији. Наведено је како је број посебних ревизија изјављених у последње три године све већи, те да се посебне ревизије углавном подносе у масовним споровима, да се велики број тих посебних ревизија одбацује, па се због тога изводи закључак како је у питању неделотворан и неефикасан правни лек.

Полазећи од таквог стања ствари, ВКС предлаже да се институт посебне ревизије другачије уреди, односно да се прецизира сам поступак одлучивања о посебној ревизији. Према садашњем стању ствари, посебна ревизија подноси се у оним случајевима када општа ревизија није дозвољена. Међутим, самим законом није прописан рок за њено подношење. Могуће је да странка незадовољна исходом другостепеног поступка одмах поднесе посебну ревизију, а може то учинити и тек када општа ревизија буде одбачена као недозвољена. Да подсетимо, општа ревизија се подноси првостепеном суду који испитује процесне претпоставке за њено изјављивање. Ако општа ревизија буде одбачена као недозвољена, против тог решења првостепеног суда може се изјавити жалба, а против решења другостепеног суда којим је потврђено решење првостепеног суда о одбацивању ревизије – може се изјавити ревизија о којој одлучује ВКС. Да ли је неопходно да странка исцрпи овај правни пут, па да тек онда може поднети посебну ревизију, и од ког тренутка се рачуна рок за њено изјављивање – остаје нејасно. У пракси се дешава да странке истовремено подносе и општу и посебну ревизију.²⁸ Та питања морају бити законом уређена.

Посебна ревизија се према садашњим законским решењима може изјавити због погрешне примене материјалног права, против другостепене пресуде која не би могла да се побија ревизијом, ако је по оцени

28 Пресуда ВКС, Рев2 1597/2019 од 25. 12. 2019. године, из архиве суда.

ВКС потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права (члан 404 став 1 ЗПП). Као разлог за изјављивање посебне ревизије наводи се само погрешна примена материјалног права, али не и битне повреде одредаба парничног поступка. Ако је један од циљева посебне ревизије уједначавање судске праксе, онда се мора истаћи да се та неуједначеност не односи само на примену материјалног права, него и на примену процесног права, па се у том смислу разлози за изјављивање посебне ревизије морају допунити.

Сама садржина посебне ревизије, односно предлога којим се тражи да суд о њој одлучује, законом уопште није уређена. Судије ВКС предлажу да подносилац посебне ревизије мора јасно да идентификује правно питање због којег се тражи одлучивање о посебној ревизији, да се наведу закони и други прописи који су од значаја за то правно питање, као и разлози због којих подносилац сматра да је неопходно да се ВКС изјасни о том правном питању, уз прилагање судских одлука којима се оправдава заузимање правног става о одређеном правном питању. На тај начин би садржина овог ванредног правног лека била знатно детаљније уређена и захтевнија у односу на садржину других правних лекова, како редовних, тако и ванредних. Када је у питању жалба, довољно је да она садржи потпис подносиоца и означање пресуде која се побија да би се по њој могло поступати. Ако у жалби није назначен опсег побијања првостепене пресуде, другостепени суд ће закључити да се првостепена пресуда побија у делу у којем жалилац није успео, а ако нису наведени жалбени разлози, другостепени суд испитаће првостепену пресуду у односу на оне жалбене разлоге на које пази по службеној дужности (битне повреде одредаба ЗПП из члана 374 став 2 тачке 1, 2, 3, 5, 7 и 9, и погрешна примена материјалног права). Када је у питању општа ревизија, ревизијски суд испитује побијану пресуду само у делу у ком се она побија и у границама разлога наведених у ревизији, пазећи по службеној дужности на правилну примену материјалног права и на битну повреду ЗПП из члана 374 став 2 тачка 2. Најстрожи захтеви у погледу садржине ванредног правног лека постоје код предлога за понављање поступка, у којем мора да се наведе законски основ по ком се тражи понављање, околности из којих произлази да је предлог поднет у законском року и докази којима се поткрепљују наводи предлагача (члан 429 став 2 ЗПП). Предлог ВКС у погледу садржине предлога којим се тражи одлучивање о посебној ревизији сматрамо оправданим, нарочито ако се има у виду да је у питању захтев да се преиспита законитост и правилност правноснажне пресуде у предмету у којем општа ревизија није дозвољена; да за одлучивање о посебној ревизији морају

постојати важни разлози који захтевају да ВКС реагује у предмету који је већ правноснажно пресуђен и у којем се општа ревизија не може изјавити. Ти разлози морају указивати на постојање потребе да се ВКС изјасни о правним питањима од значаја за уједначавање судске праксе, ново тумачење права и разматрање правних питања од општег интереса, односно питања од значаја за равноправност грађана. Због тога детаљније регулисање садржине посебне ревизије, односно предлога за њено допуштење, има своје оправдање.

Веће троје судија ВКС би тада најпре одлучивало о дозвољености предлога за изјављивање посебне ревизије, односно о томе да ли су испуњене све процесне претпоставке које се односе на овај предлог.²⁹ Уколико би предлог био одбачен, против тог решења правни лек не би био дозвољен. Када би веће троје судија ВКС дозволило изјављивање посебне ревизије, у том решењу би морало да буде јасно назначено у односу на које правно питање се дозвољава изјављивање посебне ревизије. Ни против тог решења правни лек не би био дозвољен. Странака би могла да изјави посебну ревизију у законом прописаном року, рачунајући од дана пријема решења ВКС, из разлога који су прописани законом, и то само у погледу оног правног питања у односу на које је ВКС решењем дозволио изјављивање ревизије. Предложеним изменама и допунама ЗПП, полазећи од идеја које су напред изнете, посебна ревизија добила би свој прави смисао, а то је уједначавање судске праксе, заузимање правних ставова о спорним правним питањима и давање новог тумачења права у ситуацијама у којима је то неопходно ради разматрања правних питања од општег интереса, односно правних питања која су од значаја за равноправност странака у поступку.

На крају, вреди напоменути да то што је ВКС заузео правни став у поступку одлучивања о посебној ревизији не значи да је тиме спорно правно питање дефинитивно решено, јер се одлуке ВКС, па и оне које су усвојене у поступку по посебној ревизији, могу побијати уставним жалбама, а Уставни суд у својим одлукама често заузима правне ставове, како у погледу материјалног, тако и у погледу процесног права, приморавајући редовне судове, па и ВКС, да своје ставове уподобљавају правним ставовима Уставног суда,³⁰ што отвара шири проблем положаја

29 У периоду до ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2014. године, о дозвољености посебне ревизије одлучивао је апелациони суд који је донео другостепену пресуду, али је против његове одлуке да не дозволи изјављивање посебне ревизије била дозвољена жалба Врховном касационом суду. Вид. одлуку Уставног суда, Уж-2233/2011 од 29. 2. 2012. године, из архиве суда.

30 Вид. пресуду ВКС, Рев 386/2016 од 25. 5. 2016. године у предмету у којем је ВКС прихватио да одлучује о посебној ревизији, налазећи да су пресуде нижестепених судова у супротности са правним ставовима ВКС, те да због тога постоји потреба

Уставног суда у нашем правном систему и овлашћења која он има у поступку одлучивања о уставној жалби. То значи да чак и када би се приступило изменама ЗПП у складу са идејама које је изнео ВКС, тиме би само биле решене правне празнине које прате услове за изјављивање посебне ревизије и поступак одлучивања о овом ванредном правном леку. Уједначавање судске праксе и давање новог тумачења права, што су најважнији циљеви посебне ревизије, неће бити остварени док се јасно не пропишу овлашћења Уставног суда у поступку одлучивања о уставним жалбама изјављеним против одлука редовних судова.

V Уместо закључка

Врховни касациони суд је чланом 143 став 4 Устава дефинисан као највиши суд у Републици Србији. Чланом 30 став 1 Закона о уређењу судова³¹ дата му је надлежност да одлучује о ванредним правним средствима којима се побијају одлуке судова Републике Србије и у другим правним стварима у складу са законом. Његови задаци обухватају и решавање сукоба надлежности између судова, ако за одлучивање није надлежан неки други суд, као и преношење надлежности између судова ако је то неопходно ради лакшег вођења поступка или ако за то постоје други важни разлози. Чланом 31 ЗУрС одређени су послови које ВКС обавља као „надлежност изван суђења“. У том смислу, ВКС обезбеђује јединствену примену права и једнакост странака у судским поступцима, прати примену закона и прописа од стране судова, именује судије Уставног суда, даје мишљење о кандидатима за председника ВКС и обавља друге послове у складу са законом.

Из цитираних законских одредаба закључује се да је обезбеђивање јединствене примене права надлежност ВКС коју тај суд обавља изван суђења, што се одражава и на бројне активности ВКС које се предузимају у циљу обезбеђивања уједначене судске праксе. У тексту иницијативе ВКС, којом се тражи измена ЗПП, наглашава се како највиши суд уједначава судску праксу применом института за решавање спорног правног питања (чл. 180–185 ЗПП), одлучивањем о ванредним правним

за уједначавањем судске праксе. Након тога, у поступку по уставној жалби, Уставни суд својом одлуком Уж–72/2017 од 4. 4. 2019. године поништава пресуду ВКС донету у поступку одлучивања о посебној ревизији због тога што је, према наводима Уставног суда, пресудом ВКС повређено право на правично суђење и право на имовину подносиоца уставне жалбе.

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

лековима у појединачним предметима, усвајањем правних схватања како би се попуниле правне празнине, одржавањем састанака са судијама апелационих судова ради решавања спорних питања из грађанске материје, одржавањем саветовања, утврђивањем сентенци и њиховим публиковањем и стварањем јединствене базе судске праксе.

У оквиру свих наведених активности које се предузимају од стране ВКС у циљу уједначавања судске праксе, а које су подржане у појединим пресудама Европског суда за људска права,³² ипак је најважније пресуђивање у појединачним предметима, што у парничном поступку значи одлучивање о општој ревизији, и нарочито одлучивање о посебној ревизији. Судска пракса се не уједначава заузимањем апстрактних правних ставова, већ пресуђивањем у конкретним случајевима, а у том смеру дате су и примедбе Венецијанске комисије на Нацрт уставних амандмана у области правосуђа.³³

Најважнији инструмент којим ВКС остварује уједначавање судске праксе у парничном поступку јесте ревизија као ванредни правни лек. Законско уређивање услова за дозвољеност ревизије треба да омогући највишем суду у Републици Србији да оствари своје надлежности у домену јединствене примене права и стварања уједначене судске праксе. Управо због тога, право на приступ ВКС не може се тумачити на исти начин као и право на приступ првостепену суду. Ограничења у погледу права на приступ највишем суду у земљи дозвољена су управо како би се створили услови за делотворно и ефикасно обављање послова који су прописани одредбама ЗУрС.

Садашње стање, односно одредбе ЗПП којима се уређује дозвољеност ревизије, како опште, тако и посебне ревизије, нису у функцији остваривања најважнијих надлежности ВКС. Општа ревизија је данас уређена као широко доступан ванредни правни лек, а тростепено одлучивање постало је правило у парничном поступку, уместо да буде изузетак. Дозвољавање ревизије независно од вредности предмета спора побијаног дела другостепене пресуде, увек када је другостепени суд преиначио првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака или када је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо првостепену пресуду и одлучио о захтевима странака, нема оправдања ни у правној теорији, ни

32 Цупара против Србије, пресуда Европског суда за људска права од 12. 7. 2016. године, доступно на адреси: http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosuna-rs/presuda-u-predmetu-cupara-protiv-srbije-predstavka-broj-34683-08-objavljena-12.-jula-2016.-godine/CUPARA_p_34683_08_ser.pdf, 5. 7. 2020, пар. 35–37.

33 Мишљење Венецијанске комисије о Нацрту амандмана на Устав Србије, усвојено на пленарној седници 22. и 23. јуна 2018. године, доступно на адреси: <https://rm.coe.int/opinion-on-the-newly-proposed-amendments-to-the-constitution-of-the-re/168090751b>, 5. 7. 2020.

у упоредном праву. Слично решење постојало је у нашем ЗПП из 1957. године, али је ревизија тада била редован правни лек.

Институт посебне ревизије није адекватно уређен у важећем закону. Постоје бројне правне празнине у погледу рока за изјављивање, разлога због којих се може изјавити и поступка одлучивања. Због тога је неопходна законодавна интервенција како би овај институт и његова правилна примена омогућили ВКС-у да реагује у оним ситуацијама у којима постоји потреба за обезбеђивањем јединствене примене права и спречавањем различитог поступања нижестепених судова у предметима истих чињеничних и правних карактеристика.

Коришћена литература

- Ballon Oskar J., Nunner-Krautgasser Bettina, Schneider Birgit, *Einführung in das Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*, Verlag Manz, Wien, 2018.
- Бодирога Никола, *Нови Закон о њарничном њосџујуку*, Београд, 2012.
- Бодирога Никола, „Пристап Врховном касационом суду у грађанским стварима – одлука Уставног суда и европски стандарди“, *Персџекџиве имџлеменџиације евроџских сџандарда у џравни сисџтем Србије* (ур. Стеван Лилић), Књига 3, Београд, 2013.
- Бодирога Никола, *Усџавна јемсџива у њарничном њосџујуку*, Београд, 2019.
- Зуглиа Срећко, *Грађански њарнични њосџујуак ФНРЈ*, Загреб, 1957.
- Зуглиа Срећко, Трива Синиша, *Коменџар Закона о њарничном њосџујуку: II Свезак*, Загреб, 1957.
- Кеча Ранко, Кнежевић Марко, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће пресуде: последица уставне гаранџије права на правно средство или само правнополитичко питање?: уједно и прилог учењу о контролном концепту поступка по правним лековима“, *Зборник радова Правноџ факулџетџа у Новом Саду*, бр. 4/2017.
- Познић Боривоје, *Коменџар Закона о њарничном њосџујуку*, Београд, 2009.
- Станковић Гордана, Мандић Љубица, *Орџанизационо џрађанско џроцесно џраво*, Косовска Митровица, 2013.
- Станковић Гордана, „Предговор“, *Закон о њарничном њосџујуку*, Београд, 2004.
- Schilken Eberhard, *Zivilprozessrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2014.

Nikola BODIROGA, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

ON INITIATIVE OF SUPREME COURT OF CASSATION FOR AMENDMENTS TO THE CIVIL PROCEDURE CODE

Summary

The current Civil Procedure Code has been in force since February 1, 2012. Its provisions dealing with a special procedure for the protection of collective interests, provisions regulating legal counsel, and provisions related to deadline for requesting reopening of proceedings have been quashed by the Constitutional Court. Significant changes to the Civil Procedure Code have been passed by the Serbian Parliament in 2014. According to these changes, appeal on points of law has become widely accessible for parties to the proceedings. The threshold for lodging this extraordinary legal remedy has been reduced from 100.000 to 40.000 euros in the general procedure, and from 300.000 euros to 100.000 euros in commercial disputes. Regardless of that threshold, appeal on the points of law has become admissible if the second instance court has reversed the judgment of the first instance court and if the second instance court has adopted appeal, quashed the judgement of the first instance court and decided on the claims of the parties. If these conditions for lodging appeal on the points of law have not been met, a party may lodge an appeal on the points of law if the Supreme Court of Cassation declares this legal remedy admissible in order to unify jurisprudence, or to provide new interpretation of the law, or to consider some other issues of general importance. These legislative changes have turned appeal on the points of law into ordinary legal remedy and prevented the Supreme Court of Cassation to perform its main role in our judicial system. Therefore, the Supreme Court of Cassation has proposed necessary changes to the Civil Procedure Code. In this paper, we have analysed these proposals and their impact on the protection of rights of the parties.

Key words: *Appeal on the Points of Law. – Special Appeal on the Points of Law. – Supreme Court of Cassation. – Changes to the Civil Procedure Code.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 28. 8. 2020.

UDK: 347.772(73) ; 343.533:004.738.5 ; 340.142:343.1(497.11)

CERIF: S124, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003141C

др Јелена ЂЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ*
професор, виши научни сарадник на Институту за упоредно право

ЕВОЛУЦИЈА СУДСКЕ ПРАКСЕ У ПОГЛЕДУ ТУМАЧЕЊА СТАНДАРДА ПОСРЕДНЕ ОДГОВОРНОСТИ У ЖИГОВНОМ ПРАВУ САД

Сажетак

*Посредна одговорност се, према општим правилима о одговорности, заснива на постојању савесности, односно на постојању да ли је посредник знао или морао да зна да се путем његове услуге повређује право. Стандард за утврђивање посредне одговорности у живом праву САД је резултат судске праксе. У раду ће бити представљена еволуција судске праксе у погледу тумачења стандарда посредне одговорности. Овај стандард први пут је усвојио Врховни суд САД осамдесетих година XX века у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*, и то у погледу одговорности произвођача и дистрибутера. У деценијама које су уследиле, судска пракса је својим креативним тумачењима проширивала опсег примене овог стандарда, најпре на оперативне посредничке фирме, а касније и на онлајн друштва услуге. Развој дигиталне технологије такође је утицао на то да судска пракса прилагођава стандард посредне одговорности новонасталим околностима у дигиталном окружењу. Иако се, на први поглед, чини да се првобитно постављени*

* Електронска адреса аутора: j.ceranic@iup.rs.

услови нису много променили, анализа судске праксе указује да их амерички судови нису тумачили „окамењено“ и да су одређене пресуде дојрине ле „лабављењу“ сивојих услова посредне одговорности за повреду жића. Најзначајније пресуде у том контексту су оне у предметима: *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*, *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* и *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* Пресуда у предмету *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.* сведочи о јасном одређењу америчких судова за флексибилније тумачење стандарда посредне одговорности у контексту онлајн пружалаца услуга.

Кључне речи: Стандард посредне одговорности. – Судска пракса. – Право САД. – Повреда жића. – Онлајн пружалац услуга.

I Уводне напомене

У праву Сједињених Америчких Држава израз секундарна одговорност (енг. *secondary liability*) представља тзв. „кишобран термин“ (енг. *umbrella term*) који се односи на различите врсте тужби за повреду жигом заштићене ознаке, подразумевајући да суштина лежи у томе да није одговоран само онај који је користио жигом заштићену ознаку тужиоца. У случајевима секундарне (посредне, индиректне) одговорности, тужени је одговоран за повреде до којих је дошло због тога што је трећа страна користила жигом заштићену ознаку тужиоца. Титулар жига стратешки радије подноси тужбу за секундарну одговорност уместо да тужи трећу страну за директно/непосредно nanoшење повреде. Подношење тужбе за секундарну одговорност утиче на ефикасност процеса, јер омогућава титулару жигом заштићене ознаке да се у једном поступку заштити од стране чије понашање омогућава истовремено вишеструке директне/непосредне повреде.¹ Утврђивање секундарне одговорности се, према општим правилима о одговорности, заснива на питању савесности, односно на питању да ли је посредник знао или морао да зна да се путем његове услуге повређује право.

Секундарна одговорност може бити заснована на учешћу (енг. *contributory liability*) или на односу (енг. *vicarious liability*). Према томе, постоје два начина, тј. два пута да се докаже секундарна одговорност.²

1 Graeme B. Dinwoodie, „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: The International Landscape“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 37, Nr. 4/2014, 463.

2 Kurt M. Saunders, Gerlinde Berger-Walliser, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe“, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, Nr. 37/2011, 41.

Одговорност заснована на учешћу почива на томе што је секундарно тужени проузроковао повреду примарног починиоца или јој је допринео, или је повреду примарног починиоца олакшао (енг. *contributory liability*). Овај тип тужбе базира се на нивоу знања туженог у вези са повредом и на мери у којој је тужени активно допринео nanoшењу повреде која може бити предмет тужбе за директну, тј. примарну одговорност.³ Алтернативно, секундарна одговорност (посредна/индиректна одговорност) може се појавити онда када тужени има користи од повреде и у довољно је блиској вези са примарним учиниоцем да ће их закон третирати као једног истог, често зато што је однос довољно близак да је посредник могао да спречи примарни незаконити акт повреде (енг. *vicarious liability*).⁴

Суштина секундарне (посредне/индиректне) одговорности, као што се види и у једном и у другом концепту, лежи у томе да се тужени сматра одговорним за повреду коју је проузроковало погрешно понашање треће стране. Према томе, одговорност је деривативна.⁵

Интересантно је да, упркос деривативној природи секундарне одговорности, није увек неопходно да се докаже примарна повреда. Иако је свака секундарна одговорност у неком смислу деривативна из примарне одговорности, слика постаје донекле компликованија када се узме у обзир да секундарна одговорност заправо уопште не имплицира навођење нити утврђивање нечије примарне одговорности; пружалац услуге може бити сам означен као носилац одговорности, а обично и јесте одговоран у интернет спору у коме је примарни починилац често анониман, инсолвентан или ван домашаја закона.⁶

Термини секундарна, посредна и индиректна одговорност сматрају се синонимима. Чини се да је термин посредна одговорност највише у духу српског језика, те ће он превасходно бити коришћен у раду.

Стандард за утврђивање посредне одговорности у праву САД је резултат судске праксе. У раду ће бити представљена еволуција судске праксе у погледу тумачења услова посредне одговорности. Стандард посредне одговорности установио је први пут Врховни суд САД почетком осамдесетих година прошлог века у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*, и то у контексту одговорности произвођача и

3 Graeme B. Dinwoodie, „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers“, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme B. Dinwoodie), Springer, Cham, 2017, 9.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 Jaani Riordan, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law“, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme B. Dinwoodie), Springer, Cham, 2017, 275–316.

дистрибутера. У деценијама које су уследиле, судска пракса брусила је услове посредне одговорности, проширујући њихов опсег примене, најпре на оператере посредничких тржишта, а касније и на онлајн пружаоце услуга. Осим тога, судска пракса је прилагођавала стандард посредне одговорности новонасталим околностима, пре свега развоју дигиталне технологије. Иако се, на први поглед, чини да се првобитно постављени услови нису много променили, анализа судске праксе указује да их она није тумачила „окамењено“ и да су одређене пресуде допринеле „лабављењу“ строгих услова за утврђивање посредне одговорности. Најзначајније пресуде на том путу, а које ће бити размотрене у редовима који следе, су оне донете у предметима: *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*, *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* и *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* Напослетку ће бити представљена пресуда у предмету *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.* која сведочи о заокрету судске праксе, у смислу флексибилнијег тумачења стандарда посредне одговорности, тј. услова за успостављање посредне одговорности онлајн пружалаца услуга, а у складу са измењеним околностима у дигиталном окружењу.

II Успостављање стандарда посредне одговорности – предмет *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*

Стандард за успостављање посредне одговорности први пут је установио Врховни суд Сједињених Америчких Држава 1982. године у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*⁷ У овом предмету, произвођач лекова, који је тужена страна у спору, продавао је апотекама лекове који изгледају као генерички. Међутим, неке од тих апотека су даље продавале наведени лек представљајући га као брендиран. Тужилац, компанија *Inwood Laboratories Inc.*, тужила је произвођача лекова – компанију *Ives Laboratories Inc.* за посредну повреду жигом заштићене ознаке. Врховни суд САД заузео је следећи став: уколико произвођач или дистрибутер намерно наводи некога на повреду жига, или ако наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у повреду жига, произвођач или дистрибутер посредно је одговоран за сваку повреду нанету преваром.⁸

Према томе, на основу „*Inwood*“ теста (названог према предмету у коме је успостављен), постоје две ситуације када се може установити посредна одговорност:

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

8 *Ibid.*

- 1) намерно навођење;
- 2) наставак снабдевања уз знање о повреди.⁹

До доношења поменуте пресуде, да би се установила посредна одговорност, било је потребно, условно речено, „стварно знање“ да други користи производ у циљу повреде. Након пресуде у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*, за успостављање посредне одговорности критеријум знања подразумева да посредник зна или, пак, само има основа да зна да је укључен у повреду жига. Тиме се сугерише да је и нешто мање од „стварног знања“ довољно да се установи посредна одговорност посредника. Према томе, сама чињеница да посредник има основа да зна да је укључен у повреду жига може бити довољна за његову посредну одговорност.¹⁰

III Тумачење стандарда посредне одговорности од стране америчких судова

Након што је успостављен стандард посредне одговорности (тј. дефинисани услови за утврђивање посредне одговорности) у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*, судска пракса проширила је његов опсег примене, најпре на оператере посредничких тржишта, а касније и на онлајн пружаоце услуга, интернет посреднике (пре свега, сајтове за електронску трговину и сајтове за претраживање). Исто тако, развој дигиталне технологије утицао је на то да судска пракса својим креативним тумачењима прилагођава овај стандард, успостављен осамдесетих година прошлог века, новонасталим околностима у дигиталном окружењу.

У том контексту, најзначајније пресуде су оне у предметима: *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*, *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* и *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* Допринос ових пресуда у погледу тумачења стандарда посредне одговорности, тј. самих услова за успостављање посредне одговорности, биће представљен у редовима који следе.

1. Предмет *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*

Почетком деведесетих година XX века, примена стандарда посредне одговорности проширена је на власнике или оператере посредничких тржишта (у конкретном случају – бувљих пијаца) у предмету *Hard Rock*

9 G. B. Dinwoodie (2014), 472.

10 Elizabeth Levin, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 24, Nr. 1/2009, 508.

*Café Licensing v. Concession Services, Inc.*¹¹ Оно по чему је значајна пресуда из овог предмета је то што је Апелациони суд САД установио да је „намерно затварање очију“ еквивалентно „стварном знању“ и, само по себи, представља довољан основ за утврђивање посредне одговорности.

Што се тиче меритума спора, компанија *Hard Rock Café Licensing Corp.* регистровала је жиг *Hard Rock* за обележавање одевних предмета. Као титулар жига, ова компанија је одобрила употребу жигом заштићене ознаке *Hard Rock* оператерима ресторана *Hard Rock Café*. Дакле, само су они били овлашћени да продају производе који носе жигом заштићену ознаку *Hard Rock*. Компанија *Concession Services Incorporated – CSI*, власник три бувље пијаце, појединачно је продавцима издавала простор за продају робе. На самој пијаци постављен је знак да је забрањена продаја нелегалних производа. Када је компанија *Hard Rock Café Licensing Corp.* утврдила да се на бувљој пијаци продају мајице са кривотвореном жигом заштићеном ознаком *Hard Rock*, о томе је више пута обавестила компанију *CSI*.¹² Пошто компанија *CSI* није реаговала, компанија *Hard Rock Café* је тужила компанију *CSI*. Питање које се нашло пред судом је да ли власник бувље пијаце, који продавцима даје у закуп простор, може бити одговоран за то што они продају кривотворену робу?

Апелациони суд САД утврдио је да компанија *CSI* свесно „затвара очи“ пред повредама које се догађају на пијацама које су у њеном власништву. Суд је „намерно затварање очију“ изједначио са „стварним знањем“ и утврдио да то представља довољан основ за успостављање одговорности. Суд је такође констатовао да компанија *CSI* није предузела разумне кораке да спречи или открије повреду жигом заштићене ознаке на пијацама чији је власник. Према мишљењу суда, да би се сматрало да постоји „намерно затварање очију, особа мора сумњати на повреду и својевољно пропустити да је истражи.“¹³ Дакле, тужени не може бити посредно одговоран за обичан пропуст у предузимању разумних мера предострожности како би спречио непосредну повреду.¹⁴

Суд је у пресуди такође појаснио да власник пијаце нема афирмативну дужност да предузима мере предострожности против продаје фалсификата. Иако „основ да зна“, као један од услова за успостављање посредне одговорности, захтева од власника пијаце (или његових агената) да знају оно што би разумна особа у истим или сличним околно-

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

12 Јелена Теранић Перишић, *Одговорности инјернеј посредника за повреду жија*, Институт за упоредно право, Београд, 2020, 32–33.

13 *Ibid.*

14 К. М. Saunders, G. Berger-Walliser, 42.

стима схватила, не намеће се никаква обавеза тражења и спречавања повреда.

Међутим, компанија *Hard Rock Café* тражила је да суд прошири заштиту тако што би захтевао од власника пијаце и других оператера да буду савеснији чувари трговинских интереса компаније *Hard Rock Café*. За овај захтев, компанија *Hard Rock Café* налазила је упориште у обичајном праву. Ипак, суд је одбио да то учини.¹⁵ Према томе, за разматрање еволуције судског приступа стандарду посредне одговорности ова пресуда је значајна јер је њоме „намерно затварање очију“ изједначено са „стварним знањем“.

2. Предмет *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*

Један од најпознатијих предмета из судске праксе САД уопште јесте спор између јувелирнице *Tiffany & Co.* и сајта за електронску трговину *eBay*. У овом спору, суд је додатно појаснио примену стандарда посредне одговорности на онлајн пружаоце услуга (интернет посреднике). Ова пресуда остаће упамћена, између осталог, по томе што је њоме установљено да је за посредну одговорност интернет посредника потребно да он има више општег знања о томе да се кривотворени производи продају на његовом сајту. Другим речима, он мора да зна за појединачне огласе на којима се нуде кривотворени производи.

Што се меритума спора тиче, компанија *Tiffany & Co.* је 2008. године поднела тужбу против компаније *eBay*. У тужби стоји да је компанија *eBay* одговорна, између осталог, и за посредну повреду жига. Компанија *Tiffany & Co.* окарактерисала је сајт *eBay* као бувљу пијацу на којој се продају фалсификати.¹⁶ Наводи се да је трговачка платформа *eBay* била и да јесте затрпана хиљадама кривотворених производа марке *Tiffany & Co.*, од којих су многи веома лошег квалитета, што директно доводи до тога да је хиљаде потрошача, који верују да купују оригинални Тифанијев накит, заправо преварено.¹⁷

Кључни аргумент компаније *Tiffany & Co.* био је да је компанија *eBay* на неки начин свесно „затворила очи“ пред продајом кривотворене робе марке *Tiffany & Co.*, што повлачи посредну одговорност, као што је установљено у предмету *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.* Компанија *eBay* побијала је овај аргумент доказима о вишегодишњим напорима које, у границама својих могућности, улаже

15 J. Ђеранић Перишић, 33.

16 Matthew Rimmer, „Breakfast at Tiffany’s: eBay Inc, Trade Mark Law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information & Science*, Nr. 1/2011, 7.

17 *Ibid.*

у циљу елиминисања кривотворене робе са своје трговачке платформе. Она је предузела велики број мера како би осигурала аутентичност производа који се нуде на сајту *eBay*.¹⁸

Окружни суд је био мишљења да компанија *eBay* није одговорна за посредну повреду жига. Сваки пут када компанија *Tiffany & Co.* обавести *eBay* о одређеном, конкретном артиклу за који сматра да није оригиналан, *eBay* одмах уклања ту аукцију са свог сајта. Компанија *eBay* је, ипак, одбила да надзире свој сајт и превентивно уклања аукције накита марке *Tiffany & Co.* пре него што постану доступне јавности. Суд је био мишљења да се компанија *eBay* не може сматрати одговорном за посредну повреду жига због одбијања да предузме такве превентивне кораке у светлу своје „основане претпоставке“ или „уопштеног знања“ о томе да се кривотворена роба продаје на сајту *eBay*. Титулар мора тачно знати који су производи кривотворени и који продавци оглашавају такве производе пре него што се затражи да интернет посредник *eBay* предузме одређену активност у правцу уклањања огласа са трговачке платформе.¹⁹ Дакле, Окружни суд је анализу ове проблематике фокусирао на критеријум знања – „опште знање *versus* специфично знање“²⁰ и на основу тога одбио да установи одговорност за посредну повреду жигом заштићене ознаке на сајту *eBay*.

Апелациони суд САД потврдио је пресуду Окружног суда у предмету *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*²¹ у вези са тужбеним захтевом компаније *Tiffany & Co.* који се тиче посредне повреде жига. Позивајући се на ранију судску праксу и „*Inwood*“ тест, Апелациони суд је констатовао да компанија *eBay* није намерно омогућила продају кривотворене робе. Сваки пут када компанија *Tiffany & Co.* достави компанији *eBay* обавештење о повреди (наводећи аукције у којима се нуде на продају кривотворени производи), *eBay* веома брзо уклања те аукције. Стога се тужба компаније *Tiffany & Co.* своди на то да *eBay* наставља да пружа услуге у вези са другим аукцијама, за које на основу општег знања о повредама на сајту *eBay* има основа да зна да су преварне.²²

Апелациони суд САД наводи да је за успостављање посредне одговорности за повреду жига потребно да пружалац услуге има више од општег знања или основа да зна да се његове услуге користе за продају кривотворене робе. Иако је компанија *eBay* признала да генерално зна

18 J. Геранић Перишић, 38–39.

19 Окружни суд Округа Јужни Њујорк, *Tiffany Inc v. eBay Inc*, 576F Supp 2d, 463 (SD NY, 2008).

20 M. Rimmer, 9.

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

22 G. B. Dinwoodie (2014), 473.

да се кривотворена роба марке *Tiffany & Co.* продаје на њеном сајту, то није довољан ниво знања да би се успоставила одговорност на основу „*Inwood*“ теста. Да би се интернет посредник, као што је у конкретном случају *eBay*, могао сматрати одговорним за повреду жигом заштићене ознаке продајом кривотворене робе на сопственој трговачкој платформи, потребно је да има више од општег знања, тј. да зна за појединачне огласе на којима се на продају нуде кривотворени производи.²³

3. Предмет *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*

Следећи предмет из судске праксе који је на неки начин „померио границе“ у вези са тумачењем стандарда посредне одговорности је *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*²⁴ Реч је о спору између америчке компаније за производњу софтвера за учење страних језика *Rosetta Stone* и компаније *Google*. Као одговор на измену *Google*-ове пословне политике за услугу *AdWords* из 2009. године,²⁵ компанија *Rosetta Stone* поднела је тужбу против *Google*-а, наводећи да је активно помагао трећој страни (оглашивачу) у довођењу потрошача у заблуду и у неправедном присвајању жигом заштићене ознаке компаније *Rosetta Stone*, користећи је као: 1) кључну реч за плаћене огласе и 2) у оквиру наслова или текста плаћених огласа на *Google*-овој веб страници. Компанија *Rosetta Stone* тужила је *Google*, између осталог, и због посредне повреде жигом заштићене ознаке (и то за оба облика која познаје америчко право: *contributory trademark infringement* и *vicarious trademark infringement*).

На основу „*Inwood*“ теста, да би компанија *Rosetta Stone* била успешна у делу тужбе који се тиче посредне одговорности, мора да докаже да *Google* намерно наводи другога на повреду жигом заштићене ознаке или наставља да снабдева својим производима некога за кога зна или има основа да зна да је укључен у радње повреде жигом заштићене ознаке. Иако је компанија *Rosetta Stone* доставила суду табеларни приказ који показује да је слала обавештења *Google*-у у вези са линковима који упућују на сајтове на којима се на продају нуди кривотворена роба

23 *Ibid.*

24 Окружни суд државе Вирџинија, *Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc.*, 730 F. Supp. 2d 531, 537 (E. D. Va. 2010).

25 Изменом политике из 2009. године, *Google* је омогућио оглашивачима да користе туђе жигом заштићене ознаке и у тексту огласа, али само по одређеним условима. Оглашивач може користити туђу жигом заштићену ознаку у тексту свог линка уколико: 1) легално препродаје производе који носе жигом заштићену ознаку; 2) продаје компоненте, делове за замену или компатибилне производе који одговарају жигом заштићеној ознаци или 3) обезбеђује неконкурентне информације у вези са робом или услугама које одговарају појму жигом заштићене ознаке.

марке *Rosetta Stone*, суд је сматрао да ови докази нису довољни да би се утврдила посредна одговорност.²⁶

Приликом одлучивања, Окружни суд ослањао се на судску праксу установљену у предмету *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*, у коме је суд одбацио тужбу компаније *Tiffany & Co.* против компаније *eBay*. Окружни суд је утврдио да пријем обавештења о томе да се у огласима који су резултат комерцијалне претраге појављују продавци фалсификованог софтвера *Rosetta Stone* није довољан да се докаже да *Google* зна или има основа да зна да на тим страницама долази до повреде жигом заштићене ознаке. Дакле, опште знање није довољно; тужени мора да снабдева својим производима или услугама „идентификоване појединце“ за које зна или има основа да зна да учествују у повреди жигом заштићене ознаке.²⁷

Ипак, Апелациони суд САД укинуо је пресуду Окружног суда, али само зато што нижи суд, ослањајући се на ниво знања упоредив са оним у предмету *Tiffany Inc. v. eBay, Inc.*, није објаснио другачије процесне положаје у предмету *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*²⁸ Према мишљењу Апелационог суда САД, постојало је бар фактичко питање да ли је *Google* наставио да омогућава услуге онима за које је знао да повређују жигом заштићену ознаку *Rosetta Stone*. Иако ово мишљење можда делује двосмислено, и Апелациони суд САД сматрао је да опште знање није од значаја за утврђивање посредне одговорности.²⁹

Упркос томе што се, на први поглед, чини да је суд у предмету *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* у потпуности следио судску праксу у вези са захтевом за специфично знање, установљеним у предмету *Tiffany Inc. v. eBay, Inc.*, сама чињеница да је суд разматрао могућност успостављања одговорности туженог због тога што је омогућио „познатим учиниоцима повреда и фалсификаторима“ да поново нуде на продају кривотворене производе жигом заштићене ознаке *Rosetta Stone* (на шта је скренуло пажњу Апелациони суд САД када је вратио предмет нижем суду на поновно разматрање), указује на то да је дошло до лаганог „лабављења“ у погледу захтева за специфичним знањем, неопходног да би се неки

26 Вид. Kelley Marie Brogan, „Rosetta Stone Ltd. v. Google Incorporated: Trademarking Language: Google’s Adwords and the Value of Online Searching“, *Law School Student Scholarship*, 2013, доступно на адреси: https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1393&context=student_scholarship, 29. 7. 2020.

27 Јелена Ђеранић, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 45.

28 Апелациони суд САД, *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*, 676F.3d 144 (4th Cir. 2012).

29 G. B. Dinwoodie (2014), 478.

оглас могао уклонити. Наиме, до тада је систем обавештења и уклањања (енг. *Notice and Takedown System*) подразумевао уклањање по принципу „производ по производ“ (или „аукција по аукција“).³⁰

Научна, стручна, а и шира јавност са нестрпљењем је ишчекивала исход овог спора. Било је интересантно видети одлуку нижег суда у вези са могућношћу успостављања одговорности туженог због тога што је омогућио „познатим учиниоцима повреда и фалсификаторима“ да поново нуде на продају кривотворене производе. Дакле, није било речи о појединачним огласима на којима се нуди кривотворена роба, већ само о „познатим учиниоцима повреда и фалсификаторима“. Међутим, до тога да се нижи суд поново изјасни у вези са посредном одговорношћу компаније *Google* – није дошло. Наиме, стране у спору сложиле су се да спор реше вансудским поравнањем.

IV Предмет *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*

Пресуда Апелационог суда САД у предмету *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*³¹ најбоље рефлектује еволуцију судске праксе у погледу тумачења услова за успостављање посредне одговорности. У овом предмету је тужилац, титулар жигом заштићене ознаке *1-800 Contacts*, поднео тужбу, *inter alia*, за посредну одговорност због повреде жигом заштићене ознаке против конкурента – компаније *Lens.com*. Једна од подружница компаније *Lens.com* поставила је збуњујуће огласе, користећи притом жигом заштићену ознаку *1-800 Contacts* у оквиру кључних речи. Тужилац, компанија *1-800 Contacts*, поднела је тужбу против компаније *Lens.com* због посредне повреде жигом заштићене ознаке *1-800 Contacts*. У тужби, уз коју су приложени снимци екрана (енг. *screen shots*) спорних огласа, наводи се да је тужени, компанија *Lens.com*, знала за повреду коју чини њена подружница, али је пропустила да учини „разуман напор како би прекинула праксу подружнице“.³² Чини се, ипак, да компанија *Lens.com* иницијално није знала за повреду. Међутим, након добијања тужбе, компанија *Lens.com* више није могла да порекне да има опште обавештење, па самим тим и опште знање о збуњујућим огласима. Компанија *Lens.com* тврдила је да опште обавештење, које имплицира и опште знање, не испуњава услове за успостављање посредне одговорности на основу „*Inwood*“ теста. Наиме, компанија *Lens.com* није

30 G. B. Dinwoodie (2017), 26.

31 Апелациони суд САД, *1-800 Contacts, Inc. V. Lens.com, Inc.*, 722 F. 3d 1229 (10th Cir. 2013).

32 *Ibid.*

знала која је од више од десет хиљада њених подружница поставила збуњујуће огласе.³³

Уколико би се стандард успостављен у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.* окамењено примењивао, компанија *Lens.com* би имала јачи аргумент у спору са компанијом *1-800 Contacts*. Ипак, Апелациони суд САД одбацио је овакву примену прецедента. У мишљењу које је том приликом изнео, први пут је објаснио захтев за специфично обавештење као покушај да се помире принципи неометања и разумности.³⁴

Образложење захтева да тужени зна идентитет вршиоца повреде лежи у томе да тужени не би могао да заустави повреду, а да притом не заустави и оне који исправно поступају. Међутим, намеће се питање: шта ако тужени не мора да зна идентитет онога ко чини повреду да би повреду прекинуо, а да тај прекид нема никаквог утицаја на оне који се законито понашају? Из пресуде у предметима *Tiffany Inc. v. eBay, Inc.* и *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* не произлази закључак да би суд требало да захтева знање о одређеном преступнику да би утврдио посредну одговорност у таквој ситуацији.³⁵ С једне стране, захтев за специфично знање из „*Inwood*“ теста постоји зато да би заштитио права оних који не врше повреду, у смислу да наставе са законитим коришћењем жигом заштићене ознаке, као и права посредника да им у томе помогну. Управо се у томе и огледа примена принципа неометања. С друге стране, пак, уколико посредник може да прекине штетно понашање без нарушавања законите употребе, онда принцип разумности сугерише да би посредник то требало да уради.³⁶

У предмету *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.* чињенице указују да је компанија *Lens.com* могла да спречи текуће повреде, и то веома једноставно – слањем имејла мрежи подружница.³⁷ Међутим, она то није учинила. Стога је Апелациони суд САД пресудио да је током периода између подношења тужбе и могуће корективне акције компанија *Lens.com* знала да најмање једна од њених подружница објављује оглас који као једну од кључних речи користи жигом заштићену ознаку *1-800*

33 Stacey L. Dogan, „Principled Standards vs. Boundless Discretion: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 37, Nr. 4/2014, 517.

34 *Ibid.*

35 Апелациони суд САД, *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*, 722 F. 3d 1229 (10th Cir. 2013).

36 S. L. Dogan, 517.

37 Апелациони суд САД, *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*, 722 F. 3d 1229 (10th Cir. 2013).

Contacts, а ипак није предузела разумне мере да одмах заустави ову праксу.³⁸

Дакле, Апелациони суд САД прогласио је компанију *Lens.com* посредно одговорном за повреду жигом заштићене ознаке *1-800 Contacts*. Ова пресуда јасно указује да се америчка судска пракса приклонила флексибилнијем тумачењу стандарда посредне одговорности у контексту измењених околности у дигиталном окружењу.

V Закључни осврт

У протеклих неколико деценија, амерички судови суочавају се са тужбама за посредну одговорност. Код овог типа тужбе, суштинско питање је да ли би посредник требало да се суочи са одговорношћу за погрешно понашање треће стране, корисника његових услуга? Судска пракса је у овом случају настојала да помири два супротстављена интереса: с једне стране, очување легитимног коришћења технологија које не подразумева повреде, а с друге стране – смањење броја повреда. Иако није успостављен доктринарни консензус, амерички судови су тежили и теже ка томе да установе оквир који чине три стандарда: специфично знање, разуман одговор и навођење.³⁹

Уколико се предмети анализирани у овом раду посматрају скупа, чини се да указују на то да посредна повреда представља флексибилну доктрину намењену промовисању суштинских принципа секундарне одговорности. С једне стране, ова доктрина осигурава да они који су криви буду и одговорни за то, док с друге стране, када је реч о онима чији акти генеришу ризик од повреда, али сами не врше повреду, подразумева контекстуални приступ како би се на основу њега утврдило шта су знали и шта су могли да учине са својим знањем.⁴⁰ У складу са принципом неометања, на основу доктрине одговорност је обично ограничена на оне који знају за специфичне акте повреде и пропуштају да користе расположиво оруђе да то прекину. Ипак, концепт тзв. „добровољног затварања очију“ (установљен још у предмету *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*), заједно са анализом „разумног одговора“ из предмета *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.*, сугерише да чак и они који имају само опште знање о повреди не смеју пословање конципирати тако да избегну сазнање о повреди, и у обавези су да делују одговорно у прекиду познатих, специфичних повреда.⁴¹

38 *Ibid.*

39 S. L. Dogan, 502.

40 *Ibid.*

41 J. Ђеранић Перишић (2020), 77.

Према томе, стандард посредне одговорности, установљен још у предмету *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.*, уопштује доктринам „добровољног затварања очију“ пружа одмерен, избалансиран и нормативно утемељен приступ посредној одговорности.⁴² Сасвим је извесно да ће и убудуће америчка судска пракса приликом разматрања одговорности онлајн пружалаца услуга наставити својим тумачењима да модификује стандард посредне одговорности, покушавајући да прилагоди услове за успостављање посредне одговорности убрзаном развоју дигиталне технологије.

Коришћена литература

- Brogan Kelley Marie, „Rosetta Stone Ltd. v. Google Incorporated: Trademarking Language: Google’s Adwords and the Value of Online Searching“, *Law School Student Scholarship*, 2013, доступно на адреси: https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1393&context=student_scholarship, 29. 7. 2020.
- Dinwoodie Graeme B., „A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers“, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme B. Dinwoodie), Springer, Cham, 2017.
- Dinwoodie Graeme B., „Secondary Liability for Online Trademark Infringement: The International Landscape“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 37, Nr. 4/2014.
- Dogan Stacey L., „Principled Standards vs. Boundless Discretion: A Tale of Two Approaches to Intermediary Trademark Liability Online“, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 37, Nr. 4/2014.
- Levin Elizabeth, „A Safe Harbour for Trademark: Reevaluating Secondary Trademark Liability after Tiffany v. eBay“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 24, Nr. 1/2009.
- Rimmer Matthew, „Breakfast at Tiffany’s: eBay Inc, Trade Mark Law and Counterfeiting“, *Journal of Law, Information & Science*, Nr. 1/2011.
- Riordan Jaani, „Website Blocking Injunctions under United Kingdom and European Law“, *Secondary Liability of Internet Service Providers* (ed. Graeme B. Dinwoodie), Springer, Cham, 2017.
- Saunders Kurt M., Berger-Walliser Gerlinde, „The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe“, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, Nr. 37/2011.
- Ђеранић Јелена, „Специфичности режима одговорности интернет посредника за повреду жига у праву САД и ЕУ“, *Интелектуална*

42 S. L. Dogan, 517–518.

својина и инјернеј (ур. Душан Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.

Ђеранић Перишић Јелена, *Одјоворносј инјернеј јосредника за јовре-ду жија*, Институт за упоредно право, Београд, 2020.

Jelena ĆERANIĆ PERIŠIĆ, PhD

Professor, Senior Research Fellow at the Institute of Comparative Law

EVOLUTION OF CASE LAW REGARDING THE INTERPRETATION OF THE SECONDARY LIABILITY STANDARD IN U.S. TRADEMARK LAW

Summary

*Secondary liability, according to the general rules on liability, is based on the issue of conscientiousness, in other words whether the intermediary knew or should have known that the right was infringed through his service. In U.S. law, the secondary liability standard is a result of case law. This paper presents the evolution of case law regarding the interpretation of secondary liability standard in U.S. trademark law. This standard was announced by the U.S. Supreme Court in *Inwood Laboratories Inc. v. Ives Laboratories Inc.* regarding the liability of manufacturers and distributors. In the decades that followed, the U.S. Courts, with their creative interpretations, extended the scope of application of this standard, first to intermediary market operators, and later to online service providers (internet intermediaries). Also, the development of digital technology has influenced the case law to adapt the secondary liability standard for trademark infringement to the new circumstances in the digital environment. The most significant cases in this context are *Hard Rock Café Licensing v. Concession Services, Inc.*, *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* and *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.* Finally, *1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.* demonstrates a slight turn of the U.S. Courts' practices towards a more flexible interpretation of secondary liability standard to online service providers.*

Key words: *Secondary Liability Standard. – Case Law. – US Law. – Trademark Infringement. – Online Service Provider.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2020.

UDK: 340.134:347.736/.739(497.11) ; 340.134:347.965.42

CERIF: S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003156L

др *Јелена* ЛЕПЕТИЋ*

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОСПОРЕНА ПОТРАЖИВАЊА И МЕДИЈАЦИЈА У СРПСКОМ СТЕЧАЈНОМ ПРАВУ – *DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA*¹

Сажетак

У овом раду анализиране су одредбе Закона о стечају о медијацији. Аутор прво указује на постојање специјалног законског режима за медијацију спорова у вези са утврђивањем израживања, који се разликује од општег режима медијације. Након тога, анализира одредбе о покретању поступка медијације, посебно се посвећујући питању ко према важећим решењима Закона о стечају може да поднесе предлог за решавање спора путем медијације и каква је улога одбора поверилаца с тим у вези. Затим се бави питањем трајања и окончања медијације, указујући на недоследности домаће решења. Даље се осврће и на питање проширења поступка медијације у вези са стечајним поступком. У закључку, аутор се залаже за укидање ограничења у погледу активне легитимације за подношење предлога за решавање спорног односа медијацијом, предвиђање додатне надлежности одбора поверилаца у фази окончања поступка

* Електронска адреса аутора: jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs.

1 Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ за 2020. годину.

медијације за решавање спорова поводом оспорених појављивања у којем учествује стечајни управник и предвиђање јединствене режима медијације за решавање спорова у вези са стечајним поступком.

Кључне речи: *Стечајна медијација. – Оспорена појављивања. – Трајање медијације. – Одбор поверилаца.*

I Увод

Закон о стечају предвиђа могућност решавања спорова о основности и обиму оспорених потраживања путем медијације.² Законско решење се није мењало од 2009. године, када је усвојен Закон о стечају. Наиме, медијација је тада постала део српског стечајног законодавства. Иако се у Закону о стечају говори о медијацији, у општем закону којим је регулисан поступак медијације употребљава се термин посредовање, који је и део назива тог закона. Конкретно, Закон о посредовању у решавању спорова садржи процесна правила о поступку посредовања.³ Због тога, исправно је говорити о стечајној медијацији или стечајном посредовању. Посредовање је у домаћем праву дефинисано као поступак у којем стране добровољно покушавају да реше спорни однос преговарањем уз помоћ једног или више посредника.⁴ Иста дефиниција медијације је општеприхваћена у правној теорији.⁵ Из дефиниције посредовања произлази да је основно начело посредовања начело добровољности и да је циљ поступка да се спорни однос реши споразумом. Иако Закон о посредовању у решавању спорова у одредби о дефинисању посредовања говори о спорном односу, у другим одредбама помиње се посредовање у решавању спорова, чиме се фактички изједначавају спор и спорни однос. При томе, треба имати у виду да и Закон о стечају говори о решавању спорног односа, позивајући се на Закон о посредовању у решавању спорова.⁶ Узимајући у обзир

2 Вид. Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 115.

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

4 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 2.

5 Вид., на пример, Carlos Esplugues, „General Report – New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives“, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives* (eds. Carlos Esplugues, Luis Marquis), Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015, 11; Christian Bühring-Uhle, Lars Kirchhoff, Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan den Rijn, 2006, 176.

6 Вид. Закон о стечају, чл. 115 ст. 1.

важећа законска решења, исправно је дефинисати медијацију као метод за решавање спорних односа, али и спорова, што је уобичајеније у правној теорији.⁷ У сваком случају, медијација обухвата решавање спорова не само после, већ и пре покретања судског или другог поступка за решавање спорова. Најједноставнија дефиниција стечајне медијације је она под којом се подразумева решавање спорова у вези са стечајним поступком путем медијације.

Поступак посредовања се од других поступака за решавање спорова разликује према томе што у њему учествује треће неутрално лице, које странама помаже да дођу до споразума, без овлашћења да доноси одлуке. Да би спор могао бити решен у поступку посредовања, одређени услови морају бити испуњени – прво, да стране могу слободно да располажу својим захтевима и друго, да законом није предвиђена искључива надлежност суда или другог органа за решавање конкрет-ног спора. Поступак посредовања се покреће закључењем споразума о приступању посредовању. Да би дошло до закључења споразума о приступању посредовању, једна страна мора упутити другој предлог за закључење тог споразума, након чега се друга страна писаним путем мора изјаснити да ли предлог прихвата у року од 15 дана од дана достављања предлога. Поступак се окончава закључењем споразума о решавању спора посредовањем, обуставом по одлуци посредника када даље вођење поступка није целисходно, одустанком једне стране када у посредовању учествују само две стране давањем изјаве о одустајању од даљег спровођења поступка или протеком рока од 60 дана од дана закључења споразума, осим ако стране не одлуче другачије.⁸ Дакле, поступак посредовања се спроводи у року од 60 дана од дана закључења споразума о приступању посредовању, ако се стране другачије не сагласе. Поступак посредовања се спроводи без одлагања у најкраћем могућем времену, у складу са начелом хитности које је предвиђено Законом о посредовању у решавању спорова. Описани режим посредовања може се означити као општи.

Начело хитности је и једно од начела стечајног поступка. У складу са тим начелом, Закон о стечају мења општи режим посредовања и предвиђа краћи рок у којем се поступак медијације мора окончати. Законодавац медијацију везује за институт оспорених потраживања, односно за спорове између стечајног управника и повериоца у случајевима када стечајни управник оспори потраживање стечајног повериоца. Тај режим се може назвати специјалним режимом посредовања или стечајном

7 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 1 и чл. 2 ст. 2 и 3. Вид., на пример, Моника Милошевић, *Увод у медијацију*, Београд, 2011, 15.

8 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 24 ст. 1.

медијацијом према позитивноправним решењима. У овом раду, решење које предвиђа стечајни пропис је изложено критици, након чега су дати конкретни предлози за унапређење важећег решења. Свако побољшање важећег решења могло би да доведе до растерећења судова у одређеном обиму, што је значајно са аспекта реформе правосуђа и преговарачког поглавља 23 у поступку приступања Србије Европској унији.

II Специјални режим посредовања у споровима о основаности и обиму потраживања оспорених у стечајном поступку

Закон о стечају као *lex specialis* предвиђа посебна решења у погледу покретања и трајања поступка медијације. Специјална правила примењују се само у случају медијације за решавање спорова о основаности и обиму потраживања када је потраживање које је пријављено у стечајном поступку оспорио стечајни управник. Да би поступак медијације био покренут, неопходан је предлог овлашћеног лица. Према важећем решењу Закона о стечају, стечајни управник уз сагласност одбора поверилаца или поверилац оспореног потраживања могу предложити решавање спора о утврђивању потраживања у поступку медијације. Стечајни судија не може упутити стране на обавезну медијацију без сагласности страна у спору. Предлог се подноси у складу са Законом о посредовању у решавању спорова. Наиме, поступак се покреће закључењем споразума о приступању посредовању.⁹ Имајући у виду да покретање поступка медијације не доводи до застоја стечајног поступка, поступак се не покреће достављањем споразума о приступању посредовању стечајном судији, већ његовим закључењем.¹⁰ Споразум о приступању посредовању се закључује и у случајевима када су се стране раније обавезале да ће спор покушати да реше путем посредовања пре покретања судског или другог поступка. У сваком случају, да би дошло до покретања поступка медијације, споразум мора бити постигнут до

9 Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 18 ст. 1.

10 Према Закону о посредовању у решавању спорова, поступак посредовања се покреће достављањем споразума о приступању посредовању суду или другом органу ако се странке у току судског или другог поступка сагласе да спор реше посредовањем уз застој судског поступка. Дакле, потребно је испуњење два услова да би се покретање поступка везивало за обавештење суда. Прво, да је до споразума дошло у току судског поступка и друго, да то подразумева и застој судског поступка. Први услов је у случају стечајне медијације испуњен, јер до споразума долази у току стечајног поступка, који је врста судског поступка, али други услов није испуњен, јер се конкретан спор не решава у стечајном поступку, па нема места примени ове одредбе. Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 18 ст. 2.

закључења испитног рочишта. Споразум о приступању посредовању се закључује када постоји предлог стечајног управника уз сагласност одбора поверилаца, или предлог повериоца оспореног потраживања и сагласност повериоца који је оспорио потраживање, односно стечајног управника уз сагласност одбора поверилаца. Дакле, на страни стечајног дужника тражи се сагласност два стечајна органа – стечајног управника и одбора поверилаца да би споразум о приступању посредовању био закључен. Споразум о приступању посредовању могао би да буде закључен и на самом испитном рочишту. Уколико споразум буде постигнут, стечајни судија издваја спорну пријаву из листе потраживања.

III Покретање поступка медијације

Закон о стечају предвиђа посебна решења за покретање поступка медијације. Пре свега, предвиђа ко може да поднесе предлог за покретање поступка медијације (активно легитимисана лица). Такође, предвиђа посебну надлежност одбора поверилаца у вези са поступком стечајне медијације. Уобичајено решење у европским правним системима је да медијација у трговинским стварима отпочиње на предлог страна у спору (добровољна медијација), а не по налогу суда. С друге стране, обавезна стечајна медијација је уобичајена у америчком стечајном праву.¹¹ Ипак, примери обавезне стечајне медијације, када се поступак медијације покреће доношењем одлуке о упућивању страна на решавање спора путем медијације коју доноси стечајни судија (обавезна медијација), могу се пронаћи и међу европским законодавствима. Тако, на пример, словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији предвиђа обавезну стечајну медијацију.¹² Наиме, судија може упутити странке у поступку и стечајног управника на решавање спора који произлази из стечајног поступка, или је са њим у вези, путем медијације када оцени да је то у датим околностима примерено.¹³ Словеначки закон регулише и добровољну стечајну медијацију за решавање спорова у вези са стечајним поступком. Поступак медијације

11 Вид., на пример, Ralph R. Mabey, Charles J. Tabb, Ira S. Dizengoff, „Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR“, *South Carolina Law Review*, Vol. 46, Nr. 6/1995, 1303.

12 Словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији (*Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*), *Uradni list*, бр. 13/14, 10/15, 27/16, 31/16, 38/16, 63/16, 54/18, 69/19 и 74/20.

13 Вид. словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији, чл. 48a.

се покреће закључењем споразума о приступању медијацији у року који Закон предвиђа за подношење тужбе, о чему стране морају обавестити стечајног судију у року од три дана од дана закључења тог споразума. Рок за подношење тужбе не тече за време поступка медијације, који може да траје 30 дана од покретања поступка.¹⁴

Према решењу домаћег Закона о посредовању у решавању спорова, у случајевима када суд према посебном закону има обавезу да укаже странкама на могућност посредовања, мора им пружити све потребне информације.¹⁵ Домаћи Закон о стечају не предвиђа обавезу стечајног судије да стране информише о могућности решавања спора путем медијације. С друге стране, према Закону о парничном поступку, који се сходно примењује на питања која Законом о стечају нису уређена, суд има обавезу да укаже странкама на могућност вансудског решавања спора медијацијом.¹⁶

1. Подносилац предлога за решавање спорног односа путем медијације према стечајноправним правилима

Предлог за решавање спорног односа путем медијације може поднети поверилац оспореног потраживања или стечајни управник уз сагласност одбора поверилаца, што значи да до стечајне медијације може доћи само када стечајни управник оспори потраживање повериоца.¹⁷ Према стечајноправним решењима, поступак не може иницирати поверилац који је оспорио потраживање. То би се могло протумачити на два начина. Прво, да спорови о основаности и обиму потраживања између поверилаца, у случајевима када поверилац оспори потраживање другог повериоца, нису медијабилни или друго – да се на те случајеве примењују општа правила о поступку медијације из Закона о посредовању у решавању спорова. Друго тумачење је проблематично са аспекта услова у погледу медијабилности који се односи на искључиву надлежност суда, при чему би прихватање става да ти спорови јесу медијабилни довело до примене два режима медијације за решавање спорова поводом оспорених потраживања у зависности од тога ко учествује у поступку медијације, што није оправдано. Због тога, требало би прихватити став

14 Вид. словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији, чл. 486 ст. 6 и 7.

15 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 9 ст. 2.

16 Вид. Закон о стечају, чл. 7 ст. 1; Закон о парничном поступку, *Службени гласник*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 11 и чл. 305 ст. 3.

17 Закон о стечају, чл. 115 ст. 1.

да спорови између поверилаца поводом оспорених потраживања нису медијабилни. Када је реч о потраживањима која је стечајни управник признао, резултат поступка посредовања може да буде без утицаја на стечајну масу и друге повериоце или да произведе позитивне ефекте. Наиме, уколико поверилац којем је потраживање оспорио други поверилац попусти у поступку посредовања, преостаће више средстава за расподелу другим повериоцима. Другачије речено, уколико исход поступка медијације буде постизање споразума, његова садржина не може да има негативне ефекте на остале повериоце. При томе, поверилац који је оспорио потраживање и даље може покренути парницу уколико споразум о решавању спора посредовањем не буде постигнут у поступку медијације. Дакле, колективна заштита поверилаца не може да буде аргумент у прилог тврдњи да ови спорови треба да буду немедијабилни, па Закон о стечају треба у том погледу изменити.

Предвиђање могућности да поступак медијације буде покренут на предлог повериоца који је оспорио потраживање другог повериоца или на предлог повериоца којем је други поверилац оспорио потраживање, уз постојање сагласности стране којој је предлог упућен, отвара питање да ли у поступак медијације у том случају треба да буде укључен и стечајни управник. Уколико се паралела направи са парничним поступком, имајући у виду да поступак посредовања према општим правилима о посредовању може бити покренут након покретања судског поступка, одговор на постављено питање зависи од одговора на друго питање – да ли стечајни дужник треба да буде обухваћен тужбом за утврђење у парници коју подноси поверилац који је оспорио потраживање другог повериоца? У нашој судској пракси прихваћен је став да тужбом мора да буде обухваћен и стечајни дужник, док у теорији постоје ставови да то није потребно и да Закон о стечају треба у том правцу мењати.¹⁸ Медијација је могућа без обзира на то да ли ће у њој учествовати стечајни дужник или не, јер је подобна и за спорне односе у којима учествује више лица. Имајући у виду да је сврха медијације да споразум између страна у спору буде постигнут, као и да је могућа пре покретања судског поступка, довољно је да у њој учествују поверилац оспореног потраживања и поверилац који то потраживање оспорава. Учешће стечајног дужника није потребно јер стечајни управник није оспорио потраживање, па тако није ни директни учесник спорног односа који би могао да буде решен медијацијом, при чему резултат медијације не може да има негативне ефекте на стечајну масу. С друге стране, његово учешће може да буде корисно јер стечајни управник може да изнесе аргументе због којих није оспорио потраживање, што може релаксирати став повериоца који јесте оспорио потраживање.

18 Вид. Вук Радовић, *Стечајно право – књижа прва*, Београд, 2018, 508.

Стечајна медијација за решавање спорова поводом оспорених потраживања могућа је у случајевима када је стечајни управник оспорио потраживање повериоца. Према Закону о стечају, стечајни управник може оспорити и извршна потраживања и водити парницу у законом одређеним случајевима, при чему се тада стечајни управник (или поверилац који је оспорио извршно потраживање) упућује на парницу. Правила о стечајној медијацији се свакако не могу применити када поверилац оспори извршно потраживање другог повериоца, јер је медијација према стечајним правилима могућа само када стечајни управник оспори потраживање.

Ове случајеве разликује од других то што је реч о потраживањима која су пријављена на основу извршне исправе.¹⁹ У том смислу, може се поставити питање да ли медијацију треба искључити када је реч о решавању спорова поводом оспорених потраживања која су пријављена на основу извршне исправе. Идеја искључења стечајне медијације базирала би се на томе што се спорови у којима постоје докази о праву једне стране сматрају неподобним за медијацију.²⁰ С друге стране, чињеница је да Закон о стечају дозвољава оспоравање извршних потраживања и вођење парнице у набројаним случајевима. Учествовање у поступку медијације омогућило би страни која има доказе да изнесе аргументе другој страни у спору, која због тога може да попусти. Дакле, нема сметњи да и ови спорови буду решени у поступку медијације.

У хрватском праву поверилац који је оспорио потраживање другог повериоца може поднети предлог за решавање спора у поступку медијације.²¹ Наиме, када стечајни управник оспори потраживање повериоца или када поверилац оспори потраживање другог повериоца које је стечајни управник признао, предлог за решавање спора у поступку мирења може дати поверилац оспореног потраживања, пове-

19 Вид. Закон о стечају, чл. 117 ст. 6; Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, чл. 41. Списак извршних исправа у Закону о извршењу и обезбеђењу није коначан. На пример, управо споразум о решавању спора путем посредовања може имати снагу извршне исправе уколико садржи клаузулу извршности и када су потписи страна и посредника оверени од стране суда или јавног бележника. Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 27 ст. 1.

20 Поред спорова у којима постоје докази о праву једне стране, за медијацију нису подобни ни спорови у којима су захтеви страна у супротности са принудним прописима или су засновани понашањем страна које није законито, спорови у којима постоје злоупотребе, спорови у којима постоји велика неравнотежа између страна и спорови у којима је једна од страна уверена да је у праву. Живка Спасић, „Медијација у стечајном поступку“, 2015, доступно на адреси: <http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Medijacija%20u%20stecajnom%20postupku%20Zivka%20Spasic.pdf>, 15. 5. 2020, 3.

21 Хрватски Закон о стечају, *Narodne novine*, бр. 71/2015 и 104/2017, чл. 262 ст. 1.

рилац који је оспорио потраживање и стечајни управник уз сагласност одбора поверилаца. Подносиоци предлога за решавање спорног односа према решењу црногорског права могу бити поверилац оспореног потраживања и стечајни управник.²²

2. Улога одбора поверилаца

Начело добровољности је основно начело посредовања које се односи на његово спровођење.²³ Узимајући у обзир последице отварања стечајног поступка на стечајног дужника, јасно је да сагласност за приступање медијацији даје стечајни управник, који може и да иницира поступак медијације када је стечајни дужник страна у спору. Такође, имајући у виду специфичну сврху стечајног поступка и потребу заштите свих стечајних поверилаца, оправдано је поставити питање улоге одбора поверилаца у вези са поступком медијације. Према решењу домаћег права, уколико је медијацију предложио стечајни управник уз претходно добијену сагласност одбора поверилаца, да би поступак медијације био покренут потребна је сагласност повериоца оспореног потраживања, и обрнуто – уколико је иницијатор поверилац, потребна је сагласност стечајног управника и одбора поверилаца. Сагласност страна у спору мора бити обезбеђена до закључења испитног рочишта да би стечајни судија издвојио спорне пријаве из листе потраживања.

Одобрење поверилаца, било у фази покретања или окончања поступка медијације, осигурава да ће повериоци бити третирани на једнак начин. У српском праву, начело једнаког третмана и равноправног положаја поверилаца истог стечајног реда, односно исте класе у поступку реорганизације је предвиђено Законом о стечају.²⁴ У сваком случају, заштита поверилаца који не учествују у поступку медијације може бити претходна или накнадна, у зависности од тога када се повериоци изјашњавају. У домаћем праву постоји претходна заштита поверила-

22 Вид. црногорски Закон о стечају, *Službeni list RCG*, бр. 1/2011, 53/16, 32/18 и 62/18, чл. 118 ст. 2.

23 Остала начела су: равноправност страна у поступку посредовања; начело посредовања и присуствовања у поступку посредовања, према којем правно лице које је страна у посредовању заступа законски заступник уписан у регистар (стечајни управник за субјекте стечаја) или овлашћени пуномоћник; начело искључења јавности у поступку посредовања; начело поверљивости; начело неутралног поступања посредника; начело хитности, према којем се поступак посредовања спроводи без одлагања и у најкраћем року и начело о прихватљивости доказа у другим поступцима, према којем се изнети предлози током посредовања не могу користити у другим поступцима. Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 9-16.

24 Закон о стечају, чл. 4.

ца, имајући у виду да одбор поверилаца своју улогу у вези са стечајном медијацијом исцрпљује у фази покретања поступка медијације. Накнадна сагласност одбора поверилаца могла би бити неопходна само уколико би се закључење споразума о решавању спора путем посредовања сматрало радњом од изузетног значаја. У том случају, улога поверилаца не би се сводила само на давање претходне сагласности у фази покретања поступка медијације, већ би била значајна и за окончање поступка медијације. Радње од изузетног значаја су оне радње које имају или могу да имају значајан утицај на стечајну масу.²⁵ Стечајни управник је дужан да свим члановима одбора поверилаца упути захтев за давање сагласности за предузимање радње од изузетног значаја. Одбор поверилаца може оспорити предложену радњу, односно изразити неслагање са предузимањем намераване радње или предложити другу радњу, чиме ускраћује сагласност на предузимање радње. Значајно је напоменути да се у немачком Стечајном закону управо у одредби о радњама од изузетног значаја, које се могу предузети уз сагласност одбора поверилаца, помиње поравнање (нем. *Vergleiche*), што је могло имати утицаја на домаћег законодавца.²⁶ Међу примерима радњи од изузетног значаја, домаћи Закон о стечају не помиње медијацију.

Одбор поверилаца има значајнију улогу у српском него у црногорском праву у погледу стечајне медијације, будући да црногорски закон не предвиђа сагласност одбора поверилаца као услов за покретање поступка посредовања. С друге стране, одбор поверилаца има још значајнију улогу у хрватском праву, него што је то случај у српском. Наиме, улога одбора поверилаца се не исцрпљује у давању сагласности за решавање спора у поступку мирења, већ је она значајна и за окончање поступка мирења. Конкретно, у надлежност одбора поверилаца спада и давање сагласности на предлог споразума који је постигнут у поступку мирења.

Већ је речено да према решењу хрватског права стечајни управник уз сагласност одбора поверилаца, поверилац оспореног потраживања

25 Закон о стечају, чл. 28 ст. 1.

26 Вид. немачки Стечајни закон из 1994. године (*Insolvenzordnung*; даље у фуснотама: *InsO*), чл. 160 ст. 2 тач. 3. У немачком праву, Закон о медијацији (*Mediationsgesetz*; даље у фуснотама: *MediationG*) усвојен је тек 2012. године, након што је у Европској унији усвојена Директива о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима (*Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, OJ L 136, 24. 5. 2008). Медијација се може применити као метод решавања спорова у оквирима немачког стечајног права. Вид. Burkard Hess, Nils Pelzer, „Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation“, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives* (eds. Carlos Esplugues, Luis Marquis), Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015, 295.

или стечајни поверилац који је оспорио потраживање које је признао стечајни управник, могу предложити решавање спора у поступку медијације.²⁷ Уколико је медијацију предложио поверилац оспореног потраживања, да би поступак медијације био покренут потребна је сагласност повериоца који је оспорио потраживање или стечајног управника и одбора поверилаца уколико је стечајни управник оспорио потраживање. Уколико се стране сагласе до закључења испитног рочишта, суд ће из листе испитаних потраживања издвојити оспорена пријављена потраживања. Уколико споразум у поступку мирења буде постигнут, стечајни управник је дужан да достави предлог споразума одбору поверилаца у року од 8 дана од пријема тог предлога. Одбор поверилаца се у року од 8 дана мора изјаснити о предлогу споразума. Ђутање одбора поверилаца изједначава се са давањем сагласности на предлог споразума. Другачије речено, уколико се одбор поверилаца не изјасни у року, сматра се да је сагласан са предлогом споразума. Овим решењем је улога одбора поверилаца у финалној фази поступка медијације донекле умањена, али је свакако значајно то што одбор поверилаца може да се изјасни и да спречи постизање споразума који сматра неодговарајућим. Разлози због којих би одбор поверилаца могао да ускрати сагласност нису предвиђени. Подразумева се да је реч о случају када споразум има негативне ефекте на остале повериоце који не учествују у поступку мирења. У сваком случају, суд уноси потраживање чија је основаност утврђена у поступку посредовања у листу потраживања као утврђено потраживање, а уколико основаност потраживања није утврђена, оспорено потраживање суд уноси у листу испитаних потраживања као оспорено потраживање. У другом случају, примениће се одредбе о упућивању на парницу.

Може се закључити да решење хрватског права пружа већу заштиту поверилаца у поступку медијације у вези са стечајним поступком, него што је то случај у српском праву. Поставља се питање да ли то решење треба преузети у домаће право и да ли постоји неко алтернативно решење. У том смислу, одлука стечајног судије може да замени сагласност одбора поверилаца. Наиме, у надлежност стечајног судије може да спада и одобравање споразума који је постигнут у поступку медијације. То решење је прихваћено у америчком праву. Наиме, судско одобрење се сматра захтевом обезбеђивања једнакости поверилаца, односно њиховог права да буду једнако третирани.²⁸

Имајући у виду решења домаћег права, поставља се питање да ли треба проширити надлежност поверилаца на давање, односно ускра-

27 Вид. хрватски Закон о стечају, чл. 262 ст. 1.

28 William J. Jr. Woodward, „Evaluating Bankruptcy Mediation“, *Journal of Dispute Resolution*, Nr. 1/1999, 9.

ћивање сагласности на предлог споразума о решавању спора посредовањем. С друге стране, постоје предлози у правцу укидања надлежности одбора поверилаца у фази покретања поступка медијације, с обзиром на то да стечајни управник може да учествује у другим поступцима без сагласности одбора поверилаца.²⁹ На крају, постоје и мишљења да медијација у погледу оспорених потраживања није оправдана ни сврсисходна, с обзиром на то да су стечајни управник и поверилац оспореног потраживања имали прилику да заједно разматрају и преиспитају оспорено потраживање.³⁰ Конкретно, поверилац оспореног потраживања има право да захтева од стечајног управника да заједно са њим поново прегледа његову пријаву са додатним доказима и након тога коначно одлучи да ли ће признати или оспорити потраживање. Ако стечајни управник не поступи у складу са захтевом повериоца оспореног потраживања, стечајни поверилац може уложити приредбу о којој одлучује стечајни судија.³¹ У прилог тврдњи да стечајна медијација не треба да буде допуштена, помиње се и питање зашто би стечајни управник променио претходну одлуку о неоснованости потраживања у поступку медијације, имајући при том у виду да промена мишљења указује на могућност злоупотребе од стране стечајног управника и да медијација може довести до одуговлачења стечајног поступка.³² На крају, ово решење се критикује и са аспекта да постизање споразума у поступку медијације лишава повериоце права да оспоре то потраживање.³³ Наиме, према решењу Закона о стечају, повериоци могу да оспоравају пријављена потраживања других поверилаца до закључења испитног рочишта на коме се испитују њихове пријаве потраживања, што значи да након тога немају то право.³⁴ Дакле, успешно окончан поступак медијације доводи до тога да поверилац оспореног потраживања може да захтева да се његово потраживање уврсти у листу утврђених потраживања и онда када споразум о решавању спора посредовањем нема снагу извршне исправе, при чему повериоци немају право да оспоре потраживање које је утврђено у поступку медијације.³⁵

Отпор према стечајној медијацији је природан отпор према новинама, који није карактеристичан само за домаћу теорију и праксу. Наиме,

29 Живка Спасић, „Медијација у стечајном поступку“, 2016, доступно на адреси: http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Zivka_Spasic_rad.pdf, 15. 5. 2020, 4.

30 Тако: Драгиша Слијепчевић, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016, 365.

31 Вид. Закон о стечају, чл. 113 ст. 5 и 6.

32 Д. Слијепчевић, 366.

33 *Ibid.*

34 Вид. Закон о стечају, чл. 114 ст. 4.

35 Д. Слијепчевић, 366.

сличних отпора према стечајној медијацији било је и у Сједињеним Америчким Државама, посебно код стечајних судија. Конкретно, главни аргументи против медијације у случајевима реорганизација у складу са поглављем 11 сводили су се на оцену да је медијација непотребна с обзиром на то да је реч о поступцима који су сами по себи довољно компликовани и да медијација није од велике користи у том смислу, а да при том ствара трошкове у виду накнаде медијатора, који падају на терет стечајне масе.³⁶ И поред тих критика, стечајна медијација је с временом само добила на значају.

Постоји више разлога због којих стечајна медијација треба да буде посебно предвиђена у домаћем праву, иако правила о стечајној медијацији треба побољшати. Општи аргументи у прилог регулисања стечајне медијације су то што је стечајна медијација кратак поступак, који може смањити оптерећеност судова и довести до уштеде трошкова у односу на стечајну масу. Важно је истаћи да предвиђање посебних правила о стечајној медијацији отклања све дилеме у погледу медијабилности спорова у вези са стечајним поступком. Када је реч о важећим решењима у погледу стечајне медијације, треба имати у виду да могућност заједничког преиспитивања оспореног потраживања постоји само у случајевима када је потраживање оспорио стечајни управник, али не и други повериоци, и да медијација није предвиђена за решавање спорова када поверилац оспори потраживање другог стечајног повериоца. Дакле, поновно испитивање и медијација односе се само на случајеве када су стране у спору стечајни управник, као заступник стечајног дужника, и поверилац оспореног потраживања. Такође, треба истаћи да би стечајни управник могао да промени мишљење у поступку медијације, иако је претходно заједно са повериоцем преиспитивао оспорено потраживање, због тога што поступак медијације омогућава стечајном управнику да конкретном питању посвети значајно више времена него што је то случај код поновног заједничког прегледања пријаве потраживања. Интерес стечајног повериоца да учествује у поступку медијације се састоји у могућој уштеди времена и новца, док се интерес стечајног управника манифестује у томе што ће учествовање у поступку медијације у мањем обиму умањити стечајну масу, него у случају да парница буде покренута и спор изгубљен.³⁷ Даље, не треба изгубити из вида да је за покретање поступка медијације неопходна сагласност одбора поверилаца, што представља противтежу отпадања могућности поверилаца да оспоре конкретно потраживање. Дакле,

36 Cassandra G. Mott, „Macy’s Miracle on 34th Street: Employing Mediation to Develop the Reorganization Plan in a Mega-Chapter 11 Case“, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 14, Nr. 1/1998, 200.

37 Вид. Ж. Спасић (2016), 9.

стечајни повериоци могу да спрече медијацију и оспоре потраживање благовремено. Управо због тога, улога одбора поверилаца јесте значајна у фази покретања стечајне медијације, за разлику од случајева код других поступака. Да би се додатно осигурала заштита поверилаца, требало би омогућити и одбору поверилаца да се изјасни о предлогу споразума који је постигнут у поступку медијације, као што је то случај у хрватском праву. Такође, ради додатне промоције медијације, треба предвидети да се ћутање одбора поверилаца сматра давањем сагласности. На крају, треба истаћи да медијација не доводи до одуговлачења стечајног поступка, јер се поступак медијације одвија паралелно са стечајним поступком.³⁸ Да закључимо, у контексту домаћег права, критике стечајне медијације би отпале уколико би била предвиђена надлежност одбора поверилаца за давање сагласности на предлог споразума који је постигнут у поступку медијације, када у том поступку учествује стечајни управник.

IV Трајање поступка медијације

Стечајни поступак и поступак медијације се међусобно не искључују. Отварање стечајног поступка производи правне последице на поступак медијације који је у току, а утиче и на реализацију раније уговорене медијације када се над уговорном страном отвори стечајни поступак. Исто тако, и поступак медијације утиче на одређени начин на стечајни поступак, као и на актере у стечајном поступку.

Поступак посредовања траје најдуже 30 дана од дана закључења испитног рочишта. Стечајни судија може одобрити продужење тог рока најдуже до истека рока од 60 дана од дана закључења испитног рочишта под одређеним условима. Прво, мора бити поднет предлог за продужење рока; друго, мора постојати сагласност свих учесника у поступку медијације и треће, продужење мора бити оправдано. Закон не даје додатна објашњења у погледу тога који су то оправдани разлози, односно случајеви. Реч је о изузетку, па стране у спору морају навести разлог за одобрење продужења рока за решавање спора у поступку медијације. Ово решење спречава злоупотребе које су могуће у пракси. Ипак, треба имати у виду да је за продужење неопходно да постоји сагласност стечајног повериоца јер Закон говори о сагласности свих учесника у поступку посредовања. Имајући у виду да одбор поверилаца није учесник у поступку медијације, сагласност одбора поверилаца није

38 Вид., на пример, Lisa A. Lomax, „Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 68, Nr. 1/1994, 75.

потребна и управо то оправдава решење којим се судији даје могућност да одбије предлог за продужење рока за трајање поступка медијације. Предвиђање рока од 30 дана као правило јесте у складу са начелом хитности стечајног поступка у којем није дозвољен застој и прекид.³⁹ Реч је о специјалном режиму, јер поступак медијације према општим правилима траје до 60 дана.

Рок од 30 дана за стечајну медијацију предвиђа и словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији, при чему рок почиње да тече покретањем поступка медијације.⁴⁰ Поступак обавезне стечајне медијације се у словеначком праву покреће доношењем одлуке о упућивању на медијацију, при чему покретање поступка не доводи до застоја стечајног поступка ако судија другачије не одлучи. Поступак добровољне медијације почиње закључењем споразума о приступању посредовању, као и у српском праву. Рок у којем се посредовање у хрватском праву мора окончати је 60 дана од дана закључења испитног рочишта. Посебан рок за посредовање није предвиђен у црногорском Закону о стечају.

V Окончање поступка медијације

Уколико поверилац утврди своје потраживање у поступку медијације, односно уколико споразум о решавању спора посредовањем буде закључен, поверилац има право да захтева да његово потраживање буде увршћено у листу утврђених потраживања. Дакле, у нацрту за главну деобу међу свим утврђеним потраживањима наћи ће се и потраживање које је утврђено након испитног рочишта у поступку посредовања.⁴¹ Закон о стечају ћути о томе да ли је могуће окончати поступак медијације тако да стечајни управник у потпуности или само делимично призна потраживање повериоца, односно тако да поверилац у потпуности одустане од свог захтева или се сагласи са делимичним признањем потраживања. Имајући у виду да Закон предвиђа да поверилац има право да захтева да се његово потраживање уврсти у листу утврђених потраживања уколико до споразума дође, језичким тумачењем може се закључити да исход успешне медијације не мора да подразумева узајамно попуштање.⁴²

39 Вид. Закон о стечају, чл. 8.

40 Вид. словеначки Закон о финансијском пословању, стечајном поступку и принудној ликвидацији, чл. 48а ст. 6.

41 Закон о стечају, чл. 139 ст. 3 тач. 1.

42 Значајно је напоменути да се према Закону о посредовању у решавању спорова на закључење, дејство и престанак споразума који је закључен у поступку посре-

Уколико његово потраживање не буде утврђено у поступку посредовања, поверилац стиче статус повериоца оспореног потраживања. Тај статус у домаћем праву подразумева да се поверилац оспореног потраживања упућује на парницу, односно на наставак парничног или арбитражног поступка ради утврђивања оспореног потраживања у року од 15 дана од дана истека рока за медијацију. Према решењу црногорског Закона о стечају, поверилац чије је потраживање оспорено може покренути парницу у року од 8 дана од дана истека рока за посредовање.⁴³ Рок у којем лице које је упућено на парницу мора покренути парницу у хрватском праву износи 8 дана од дана правоснажности решења о упућивању на парницу, односно пријема другостепене одлуке.⁴⁴ Одредбе о упућивању на парницу примењују се у случајевима када је поступак мирења окончан без успеха.

На парнице о оспореном потраживању након неуспеле медијације, према решењима домаћег права примењују се правила поступка у привредним споровима, осим када је предвиђена примена других правила.⁴⁵ Уколико поверилац оспореног потраживања не покрене или не настави парнични или арбитражни поступак у датом року, губи својство стечајног повериоца за оспорено потраживање. С друге стране, уколико је оспорено извршно потраживање, на парницу се упућују стечајни управник или поверилац који је оспорио потраживање пријављено на основу извршне исправе, при чему је последица непокретања парнице то што се пријављено потраживање које је оспорено сматра признатим.

Док траје сам поступак медијације, не долази до застоја стечајног поступка, већ се само не доноси одлука о признању или оспоравању конкретног потраживања.⁴⁶ Како ће стечајни судија поступати након окончања поступка медијације, зависи од тога да ли је медијација окончана са или без споразума о решавању спора медијацијом. Стечајни судија доноси закључак о исправци листе признатих потраживања на

довања сходно примењују одредбе Закона о облигационим односима о вансудском поравнању, којим је предвиђено да није реч о поравнању уколико нема узајамног попуштања. Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 28; Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 1090 ст. 3.

43 Црногорски Закон о стечају, чл. 120 ст. 1.

44 Вид. хрватски Закон о стечају, чл. 267 ст. 1.

45 Владимир Козар, Немања Алексић, *Коментар Закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, Београд, 2018, 277; Закон о парничном поступку, чл. 480–487.

46 *Билијен судске праксе Привредној апелационој суда*, бр. 3/2010, одговор на питање бр. 41, 138.

захтев повериоца када је у поступку медијације потраживање утврђено, док се, с друге стране, потраживање које није утврђено у поступку медијације уноси у листу оспорених потраживања, а закључак којим се потраживање оспорава доставља повериоцу упућујући га на парницу.⁴⁷ Дакле, уколико се поступак медијације оконча успешно, специфичност стечајне медијације се односи на дејство споразума о решавању спора путем посредовања. И црногорски закон предвиђа да потраживање које је утврђено након испитног рочишта у поступку посредовања мора бити наведено у листи свих потраживања која су садржана у нацрту решења за главну деобу.⁴⁸

Стечајни управник има обавезу да стечајног судију обавести о исходу медијације у року од 30 дана од дана закључења испитног рочишта, односно у истом року који је предвиђен за поступак медијације. Подразумева се да уколико је одобрено продужење, рок који стечајни управник има да обавести стечајног судију износи 60 дана од дана закључења испитног рочишта. Обавештавањем се наставља поступак утврђивања потраживања у стечајном поступку. Обавезу обавештавања о исходу медијације има стечајни управник, без обзира на то ко је био подносилац предлога за медијацију – стечајни управник (уз сагласност одбора поверилаца) или поверилац оспореног потраживања. Боље решење би било да се предвиди рок који је везан за окончање поступка медијације у погледу обавезе стечајног управника да обавести стечајног судију о резултату медијације, имајући у виду да се у судској пракси повериоцу чије потраживање није утврђено у поступку медијације која је окончана доставља закључак којим се потраживање оспорава са упутом на парницу. Решење би могло да гласи да стечајни управник обавештава стечајног судију о исходу медијације одмах по њеном окончању.

Домаћи Закон о стечају треба изменити у погледу предвиђеног тренутка од када почиње да тече рок од 15 дана, који поверилац оспореног потраживања има на располагању да покрене или настави парнични или арбитражни поступак. Према Закону о стечају, рок се везује за окончање поступка медијације. Део одредбе „односно од дана истека рока за медијацију у складу са чл. 115 овог закона“ треба брисати. Наиме, поступак се може окончати без постизања споразума истеком рока, али и на друге начине. Дакле, поред окончања поступка истеком рока, поступак се без позитивног исхода може окончати још и одлуком посредника да се поступак обустави када је даље вођење поступка нецелисходно, као и изјавом једне од страна да одустаје од даљег спровођења поступка (осим када у поступку учествује више страна које након одустанка

47 *Ibid.*

48 Црногорски Закон о стечају, чл. 146 ст. 3 тач. 1.

једне одлуче да наставе поступак посредовања).⁴⁹ Стечајном повериоцу се након окончања поступка медијације доставља закључак, па је природно да се рок од 15 дана рачуна од дана пријема закључка са упутом на парницу.

VI Трошкови

Стране треба у самом споразуму о приступању посредовању да реше питање трошкова поступка медијације.⁵⁰ Ако се стране другачије не споразумеју, свака сноси своје трошкове, а заједничке трошкове сноси на једнаке делове. У заједничке трошкове спадају награда за рад посредника и трошкови које је имао у вези са посредовањем.⁵¹ Трошкови медијације које сноси стечајни дужник, као страна у спору коју заступа стечајни управник, могу се сматрати обавезом стечајне масе, будући да су настали радњама стечајног управника.⁵² Законом о стечају није потребно предвиђати посебна правила о трошковима у вези са поступком медијације.

VII Закључак

Недостаци важећег решења у српском праву најбоље се могу уочити поређењем са решењима о стечајној медијацији која су предвиђена у стечајним законима држава у региону. Идеја промовисања медијације евидентна је у свим анализираним стечајним прописима. Српско, хрватско и црногорско право у начелу садрже слична, али не и истоветна решења о медијацији у законима који регулишу стечајни поступак. Ова решења се од српског разликују према могућим подносиоцима предлога за решавање спора путем стечајне медијације, као и у погледу улоге одбора поверилаца у стечајној медијацији. Када се упореде црногорско и хрватско решење, може се закључити да се она битно међусобно разликују и према броју лица која могу поднети предлог за решавање спора посредовањем, као и у погледу улоге одбора поверилаца. Наиме, у црногорском праву поверилац који је оспорио потраживање другог повериоца не може поднети предлог за решавање спора посредовањем, при чему одбор поверилаца нема посебних надлежности у вези са посредовањем. У хрватском праву, и поверилац који је оспорио потраживање другог повериоца може иницирати посредовање, док је улога одбора поверилаца двострука. Прво, да би поступак посредовања био

49 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 24 ст. 1.

50 Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, чл. 19.

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

52 Вид. Закон о стечају, чл. 104 ст. 1 тач. 1.

покренут, неопходна је сагласност одбора поверилаца. Друго, да би споразум из поступка мирења био закључен, неопходна је сагласност одбора поверилаца. У првом случају, сагласност се може исказати само активном радњом, док се у другом случају ћутање након истека рока који је предвиђен за изјашњавање сматра давањем сагласности. Српско решење налази се негде између црногорског и хрватског решења.

За разлику од српског, црногорског и хрватског законодавца, словеначки законодавац је изабрао другачији пут. Наиме, имајући у виду словеначка законска решења о обавезној и добровољној медијацији, може се закључити да је словеначко право далеко више наклоњено стечајној медијацији него што је то случај са другим правима, укључујући и српско стечајно право. Словеначки законодавац је направио храбар корак напред у погледу стечајне медијације 2013. године, по свему судећи, угледавши се на решења америчког права. Специфичност словеначког решења се огледа у томе што је регулисана не само добровољна, већ и обавезна стечајна медијација. У словеначком праву питање подносилаца предлога за покретање поступка медијације није релевантно будући да се стечајна медијација не везује само за оспорена потраживања. Дакле, законска решења су адекватна и конзистентна у циљу промовисања стечајне медијације.

Први корак на путу побољшања и промовисања медијације у српском стечајном праву треба да буде измена правила о медијацији за решавање спорова у вези са оспореним потраживањима, чиме би се отклониле постојеће нелогичности и ограничења, а други предвиђање и уједначавање правила о медијацији за решавање свих спорова у вези са стечајним поступком. Прво, када је реч о медијацији спорова о основности и обиму потраживања, треба прецизирати моменат почетка рачунања рока за покретање парнице у случају неуспеле медијације. Конкретно, треба га везати за достављање закључка о упућивању на парницу. Друго, ограничења у погледу подносилаца предлога за покретање поступка медијације не треба да постоје, будући да се интереси поверилаца могу заштитити на адекватнији начин, који се везује за стечајне органе. Треће, у вези са претходним, улога одбора поверилаца треба да буде значајна не само у фази покретања поступка медијације за решавање спорова поводом оспорених потраживања, већ и у фази окончања тог поступка. Наиме, одбору поверилаца треба омогућити да се изјасни о предлогу споразума о решавању спора посредовањем. На крају, специјални режим стечајне медијације треба да буде исти за све спорове у вези са стечајним поступком у погледу дужине трајања поступка, чиме би се јасно указало на то да су и други спорови у вези са стечајним поступком медијабилни.

Коришћена литература

- Bühning-Uhle Christian, Kirchhoff Lars, Scherer Gabriele, *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan den Rijn, 2006.
- Woodward William J. Jr., „Evaluating Bankruptcy Mediation“, *Journal of Dispute Resolution*, Nr. 1/1999.
- Esplugues Carlos, „General Report – New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives“, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives* (eds. Carlos Esplugues, Luis Marquis), Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015.
- Козар Владимир, Алексић Немања, *Коментар Закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, Београд, 2018.
- Lomax Lisa A., „Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs“, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 68, Nr. 1/1994.
- Mabey Ralph R., Tabb Charles J., Dizengoff Ira S., „Expanding the Reach of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR“, *South Carolina Law Review*, Vol. 46, Nr. 6/1995.
- Милошевић Моника, *Увод у медијацију*, Београд, 2011.
- Mott Cassandra G., „Macy’s Miracle on 34th Street: Employing Mediation to Develop the Reorganization Plan in a Mega-Chapter 11 Case“, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 14, Nr. 1/1998.
- Радовић Вук, *Стечајно право – књиџа прва*, Београд, 2018.
- Слијепчевић Драгиша, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2016.
- Спасић Живка, „Медијација у стечајном поступку“, 2015, доступно на адреси: <http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Medijacija%20u%20stecajnom%20postupku%20Zivka%20Spasic.pdf>, 15. 5. 2020.
- Спасић Живка, „Медијација у стечајном поступку“, 2016, доступно на адреси: http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Zivka_Spasic_rad.pdf, 17. 5. 2020.
- Hess Burkard, Pelzer Nils, „Mediation in Germany: Finding the Right Balance between Regulation and Self-Regulation“, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives* (eds. Carlos Esplugues, Luis Marquis), Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015.

Jelena LEPETIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

DISPUTED CLAIMS AND MEDIATION IN SERBIAN INSOLVENCY LAW – *DE LEGE LATA* AND *DE LEGE FERENDA*

Summary

In this paper, the author analyses the Insolvency Act's provisions on mediation. Firstly, the author points out the existence of a special legal regime for mediation of disputes related to the determination of claims, which differs from the general regime of mediation. Afterwards, the provisions on initiating mediation proceedings are analysed, with the special emphasis on the persons authorized to submit proposal for resolving a dispute in the mediation procedure according to the provisions of the Insolvency Act as well as the role of the creditors' committee in this regard. Then, the author analyses the issue of the duration and termination of mediation, pointing out the inconsistencies of the domestic solution. Furthermore, the issue of the costs of mediation proceedings in connection with insolvency proceedings is addressed shortly. In conclusion, the author advocates the abolition of restrictions on active legitimacy for submitting proposals for resolving disputes through mediation, prescribing additional competencies of the creditors' committee at the final stage of the mediation procedure in relation to the disputed claims in which the insolvency administrator participates, and providing a single regime of mediation for disputes regarding insolvency proceedings resolution.

Key words: *Insolvency Mediation. – Disputed Claims. – Duration of Mediation. – Creditors' Committee.*

Датум пријема рада: 30. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 6. 2020.

UDK: 341.63:339.5 ; 341.63:339.727.22/.24

CERIF: S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003177J

др **Марко ЈОВАНОВИЋ**, LL.M.*

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

СИНГАПУРСКА КОНВЕНЦИЈА КАО НОВИ ЕЛЕМЕНТ ПРАВНОГ ОКВИРА ЗА МЕЂУНАРОДНУ ТРГОВИНСКУ МЕДИЈАЦИЈУ¹

Сажетак

Аутор се у овом раду бави анализом главних одредаба недавно закључене Конвенције о међународним поравнањима произашлим из медијације (Сингапурске конвенције). Посебна пажња је посвећена једном посебно иновативном елементу Конвенције – концепту функционалне признања уговора о поравнању, који је кључан за разумевање принципа олакшаној извршења поравнања. Према се може наслути да ће се на овај начин медијација учинити још атрактивнијом методом алтернативној решавања међународних трговинских спорова, јер ће се олакшаним извршењем поравнања време и трошкови решавања спорова смањити, постоји велика опасност да овај концепт у пракси доведе до великих тешкоћа, чије би размере и озбиљности могле озбиљно да угрозе одрживост правног оквира за медијацију који Сингапурска конвенција

* Електронска адреса аутора: marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs.

¹ Рад је израђен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2020. годину.

има амбицију да успостави. Како би се те теškoће избегле, потребно је да дође до темељне реформе како унутрашње, тако и међународној правној оквира за медијацију у провинским споровима са елементом иностраности.

Кључне речи: Међународна провинска медијација. – Сингапурска конвенција. – Уговор о јоравнању. – Функционално при- знање.

I Увод

Друга половина XX века представља време процвата различитих облика алтернативних начина решавања међународних трговинских спорова. На пољу арбитраже, 1958. године је закључена Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, која је током година бивала све шире прихваћена, тако да данас има више од 160 уговорних страна,² што значи да је правни оквир признања и извршења страних арбитражних одлука практично глобално унификован. То арбитражу доводи у значајну предност над судским решавањем спорова, јер је режим признања страних судских одлука тек понегде регионално унификован, а међународни уговор којим би се правно уређење овог питања уједначило на глобалном плану сачињен је тек у јулу 2019. године усвајањем коначног текста Хашке конвенције о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима која, како се то у овом тренутку чини, неће ступити на снагу у скорој будућности.³

2 Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (*United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*; даље у фуснотама: Њујоршка конвенција). Ажурирана листа уговорних страна Њујоршке конвенције, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, 1. 6. 2020. У тренутку писања овог рада, „најмлађа“, 163. страна уговорница Конвенције, био је Палау, који је сагласност на обавезивање изразио 31. марта 2020. године и у односу на кога Конвенција почиње да се примењује 29. јуна 2020. године.

3 У тренутку писања овог рада, Хашку конвенцију о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговинским стварима из 2019. године (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*; даље у фуснотама: Хашка конвенција) потписале су само две државе (Уругвај и Украјина), а ниједна од њих је још увек није ратификовала. Према члану 28 ставу 1, Хашка конвенција ће ступити на снагу првог дана првог месеца након месеца у коме истекне рок у коме је друга по реду држава која је изразила сагласност на обавезивање Конвенцијом могла да поднесе изјаву да не пристаје да буде обавезана Конвенцијом у односу на прву по реду државу. Рок за

Паралелно са порастом прихваћености Њујоршке конвенције, интензивирала се и делатност Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) на плану хармонизације различитих елемената правног оквира међународне трговинске арбитраже.⁴ Свој допринос континуираној популаризацији и афирмацији арбитраже дају и институције за решавање међународних трговинских спорова редовним изменама својих арбитражних правилника, којима се правила арбитражног поступка модернизују, унапређују и прилагођавају актуелним приликама међународне трговине.⁵

Потребе додатног смањења трошкова, уштеде времена неопходног за решавање спорова из међународних пословних односа, као и избегавања дубље конфронтације страна у спору условиле су развој и других метода алтернативног решавања спорова.⁶ Међу тим методима издвајају се, између осталих: мирeње (концилијација), мини-парница, одбори за решавање спорова, вештачење.⁷ Кључни допринос изградњи правног оквира за одвијање ових начина решавања спорова дале су институције које пружају услуге решавања спорова из међународних пословних односа, попут Међународне трговинске коморе у Паризу (ICC),⁸ Немачког арби-

подношење такве изјаве, према члану 29 ставу 2 Конвенције, износи 12 месеци од дана депоновања инструмената ратификације. Ажурирана листа уговорних страна Хашке конвенције о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговинским стварима, доступно на адреси: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>, 1. 6. 2020.

- 4 Међу бројним актима сачињеним у оквиру УНЦИТРАЛ-а, по практичном значају се нарочито истичу Арбитражни правилник из 1976. године (*UNCITRAL Arbitration Rules*), са изменама из 2010. и 2013. године, и Модел закон о међународној трговинској арбитражи из 1985. године (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*), са изменама из 2006.
- 5 Примера ради, Међународна трговинска комора у Паризу тренутно користи правилник из 2017. године, којим је измењена ранија верзија правилника из 2012. године; Лондонски међународни арбитражни суд је 2014. године сачинио правилник којим је изменио претходну верзију из 1998. године; Сингапурски међународни арбитражни центар је у периоду 2007–2016. године ажурирао свој арбитражни правилник на тачно три године (2007, 2010, 2013. и 2016. године).
- 6 Више о утицају потреба међународне пословне заједнице на развој алтернативних механизма решавања спорова вид. Carita Wallgren, „ADR and Business“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 3–6.
- 7 Више о тим методима решавања спорова вид.: Christian Bühring-Uhle, Lars Kirchhoff, Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Hague, 2006², 195–203; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 244–254.
- 8 Вид.: Правилник о одборима за решавање спорова из 2015. године (*ICC Dispute Board Rules*), доступно на адреси: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules>, 1. 6. 2020; Правилник за вештачење у споровима из документарног

тражног института (*DIS*),⁹ Белгијског центра за арбитражу и медијацију (*CEPANI*)¹⁰ итд.

Нарочито динамичан био је развој медијације, која се током времена претворила у најчешће коришћен неадјудикативни облик алтернативног решавања спорова.¹¹ Растућу заинтересованост субјеката међународног трговинског права за коришћење медијације морала је да прати одговарајућа активност на плану стварања одговарајућег правног оквира за њено извођење, као и његово стално модернизовање и усавршавање. Свој допринос на том пољу дале су не само институције за решавање међународних трговинских спорова кроз сачињавање правилника за медијацију, већ и поједине државе кроз доношење посебних закона о медијацији, али и међународне организације, попут УНЦИТРАЛ-а, у оквиру кога је 1980. године донет Правилник о посредовању.¹² Такође, у оквиру УНЦИТРАЛ-а је 2002. године усаглашен, а 2018. године измењен, Модел закон о међународној трговинској медијацији.¹³

Ипак, најкрупнији корак учињен је 2018. године усвајањем коначног текста Конвенције о међународним поравнањима произашлих из медијације (Сингапурска конвенција), која је и предмет анализе у овом

пословања из 2015. године (*ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise*), доступно на адреси: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/docdex/docdex-rules>, 1. 6. 2020. Више о развоју различитих облика алтернативног решавања спорова у оквиру Међународне трговинске коморе вид.: Peter Wolrich, „ADR under the ICC ADR Rules“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 73–92; Pierre Genton, „An Efficient Dispute Management Tool: The Dispute Board and the ICC DB Rules“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 93–110.

- 9 Вид.: Правилник о мирењу Немачког арбитражног института из 2002. године (*DIS Conciliation Rules*), доступно на адреси: <http://www.disarb.org/en/16/rules/disconciliation-rules-02-id9>, 1. 6. 2020; као и Правилник о вештачењу из 2010. године (*DIS Rules on Expertise*), доступно на адреси: <http://www.disarb.org/en/16/rules/disrules-on-expertise-id29>, 1. 6. 2020.
- 10 Вид. Правилник о мини-парници Белгијског центра за арбитражу и медијацију (*CEPANI Mini-trial Clause*), доступно на адреси: https://www.arbitrationbelgium.com/Other%20ADR%20Rules/minitrial_en.pdf, 1. 6. 2020.
- 11 Г. Кнежевић, В. Павић, 226.
- 12 УНЦИТРАЛ Правилник о посредовању у међународном трговинском праву (*United Nations Commission on International Trade Law Conciliation Rules*), доступно на адреси: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>, 1. 6. 2020.
- 13 Актуелни текст Модел закона о међународној трговинској медијацији (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002)*), доступно на адреси: https://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/51st-session/Annex_II.pdf, 1. 6. 2020.

раду.¹⁴ Задатак ће нам бити да размотримо у којој мери кључна решења садржана у овој Конвенцији представљају еволутивни напредак у развоју алтернативних метода решавања међународних трговинских спорова, а у ком погледу би могла да се упореде са генетским инжењерингом којим се „ДНК“ медијације мења на начин да се краткорочно задовоље неке горуће потребе међународне пословне заједнице, при чему се истовремено ствара и потреба за системским изменама ширег правног оквира за медијацију како би механизам постављен Сингапурском конвенцијом био одржив на дужи рок. Да бисмо заузели став о овом питању, најпре ћемо укратко описати настанак Конвенције и објаснити њен циљ (II), а затим ћемо описати кључне одредбе Конвенције (III) како бисмо могли да их критички анализирамо (IV).

II Настанак и циљ Сингапурске конвенције

Сингапурска конвенција резултат је једног не претерано дугог, али прилично турбулентног међународног преговарачког процеса. Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право је на свом састанку 2014. године прихватила предлог Сједињених Америчких Држава да се размотри потреба и могућност уређивања питања побољшања могућности извршења споразума који проистекну из медијације, и за тај задатак задужила своју Радну групу II.¹⁵ Иако прво заседање Радне групе посвећено овом питању није давало наду да ће бити могуће постићи компромис о главном правцу рада, дискусије су се ипак наставиле. Главни заговорници идеје да је на пољу медијације потребно закључити међународни уговор били су САД и Израел, док су делегације Европске уније и неких њених држава чланица биле на становишту да је строга хармонизација правила у овој области непотребна и да нема потребе ићи даље од већ постојећег Модел закона о међународној трговинској медијацији.¹⁶ Оба тора су била веома чврста у својим ставовима и током неколико састанака није било изгледа да је могуће постићи сагласност о начину на који треба приступити решавању задатка постављеног пред Радну групу. Ипак, захваљујући снежној олуји за време фебруарске седнице 2017. године, која је онемогућила одржавање састанака у згради

14 Конвенција о међународним поравнањима проишавшим из медијације (*Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*; даље у фусногама: Сингапурска конвенција).

15 Вид. документ А/CN.9/822, доступно на адреси: <https://undocs.org/en/A/CN.9/822>, 3. 6. 2020.

16 Timothy Schnabel, „The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Nr. 1/2019, 5–6.

Уједињених нација, и околности да су делегати главних супротстављених страна били смештени у истом хотелу, што им је дало прилику за „неформалне консултације“, постигнут је компромис о форми и садржају инструмента који ће бити резултат рада Радне групе.¹⁷

Тај компромис је затим веома брзо претворен у дело – нацрт текста Конвенције о међународним уговорима о поравнању проистеклим из медијације усаглашен је годину дана касније.¹⁸ Комисија је на својој седници 2018. године прихватила тај нацрт и препоручила га за усвајање Генералној скупштини Уједињених нација.¹⁹ Генерална скупштина УН је прихватила текст Конвенције својом Резолуцијом бр. 73/198 од 20. децембра 2018. године, којом је одлучила и да ће Конвенција бити отворена за потписивање 7. августа 2019. године у Сингапуру.²⁰

Церемонија отварања Конвенције за потписивање је протекла изузетно успешно и том приликом је чак 46 држава, међу којима је и Србија, потписало Конвенцију.²¹ По том критеријуму, Сингапурска конвенција се може сматрати једним од најуспешнијих инструмената сачињених у оквиру УНЦИТРАЛ-а. Број држава-потписница је наставио да расте и у наредном периоду,²² а до половине марта 2020. године Конвенцију су ратификовале три државе,²³ чиме су створени услови да, у складу са чланом 14 ставом 1 Конвенције, она ступи на снагу 12. септембра 2020. године, шест месеци од депоновања трећег инструмента ратификације. Пар месеци касније, Конвенцију је ратификова-

17 *Ibid.*, 7–8.

18 Вид. Извештај са 68. заседања Радне групе II, документ A/CN.9/934, доступно на адреси: <https://undocs.org/en/A/CN.9/934>, 3. 6. 2020.

19 Вид. Извештај са 51. седнице Комисије УН за међународно трговноско право, документ A/73/17, доступно на адреси: <https://undocs.org/en/A/73/17>, 3. 6. 2020, пасус 49.

20 Резолуција бр. 73/198 од 20. 12. 2018. године, доступно на адреси: <https://undocs.org/en/A/res/73/198>, 3. 6. 2020.

21 Државе потписнице Сингапурске конвенције су (према редоследу потписивања): Сингапур, Авганистан, Белорусија, Бенин, Брунеј, Чиле, Кина, Колумбија, Република Конго, Демократска Република Конго, Есватини (бивши Свазиленд), Фици, Грузија, Гренада, Хаити, Хондурас, Индија, Иран, Израел, Јамајка, Јордан, Казахстан, Лаос, Малезија, Малдиви, Маурицијус, Црна Гора, Нигерија, Северна Македонија, Палау, Парагвај, Филипини, Катар, Јужна Кореја, Самоа, Саудијска Арабија, Србија, Сијера Леоне, Шри Ланка, Источни Тимор, Турска, Уганда, Украјина, САД, Уругвај и Венецуела.

22 До тренутка писања овог рада, Сингапурску конвенцију је потписало још шест држава, и то: Јерменија, Чад, Еквадор, Габон, Гвинеја-Бисао и Руанда. Ажурирана листа уговорних страна Сингапурске конвенције, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, 3. 6. 2020.

23 Конвенцију су ратификовали: Фици (25. фебруара 2020. године), Сингапур (25. фебруара 2020. године) и Катар (12. марта 2020. године).

ла и Саудијска Арабија,²⁴ у односу на коју ће Конвенција почети да се примењује 5. новембра 2020. године.

Општи циљ Сингапурске конвенције јесте подстицање коришћења медијације као алтернативног решавања међународних трговинских спорова тиме што ће се олакшати принудно извршење уговора о поравнању насталих у поступку медијације.²⁵ Очекује се да ће Сингапурска конвенција подстаћи стране-уговорнице да почну, односно наставе да развијају правне и институционалне капацитете за медијацију, како би је учиниле лакше доступном.²⁶ Међутим, идеја о олакшавању извршења уговора о поравнању спроведена је у дело на један прилично јединствен начин који, будући неубичајен, отвара одређена мање или више сложена питања и поставља дилеме у погледу тумачења и начина примене. Управо ће о томе бити више речи у одељцима посвећеним приказу и анализи кључних одредаба Сингапурске конвенције.

III Кључне одредбе Сингапурске конвенције

Текст Сингапурске конвенције је прилично кратак. Случајно или не, тек Сингапурска конвенција се састоји из истог броја чланова као и Њујоршка – 16. Премда Конвенција не систематизује те одредбе у уже групе, њених 16 чланова би се, према предмету уређивања, могло поделити у три целине. Прву целину²⁷ би чиниле опште одредбе (одредбе о пољу примене, дефиницијама појмова коришћених у Конвенцији и њеним општим принципима); у другу целину²⁸ би се сврстале суштинске или оперативне одредбе (одредбе о условима за позивање на уговор о поравнању, условима за давање дејства том уговору и решавању проблема паралелног истицања захтева за давање дејства у различитим поступцима), док би се у трећу целину²⁹ убројале међународно-јавноправне одредбе *stricto sensu*, којима се одређује однос Конвенције и других извора међународног права и уређују питања ступања на снагу, резерви, измена, временског дејства, примене у односу на регионалне економске међународне организације и иступања из Конвенције.

Како би детаљан приказ свих одредаба Конвенције превазишао предвиђени обим и сврху овог рада, у наставку ћемо се ограничити на

24 Саудијска Арабија је ратификовала Сингапурску конвенцију 5. маја 2020. године.

25 Вид. преамбулу Сингапурске конвенције.

26 Nadja Alexander, Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 18.

27 Сингапурска конвенција, чл. 1–3.

28 Сингапурска конвенција, чл. 4–6.

29 Сингапурска конвенција, чл. 7–16.

разматрање оних одредаба за које процењујемо да ће бити кључне за практичну примену Конвенције, а то су правила о пољу примене (1), општим принципима (2) и сметњама за давање дејства уговорима о поравнању (3).

1. Поље примене Конвенције

Поље примене Сингапурске конвенције прилично детаљно је уређено њеним чланом 1. Према тој одредби, Конвенција се примењује на писане споразуме који проистичу из медијације (уговори о поравнању) и који су закључени у циљу решавања трговинског спора са елементом иностраности. Кључни појмови ове одредбе (медијација, обухваћени типови споразума који проистичу из медијације, обухваћене врсте трговинских спорова, писана форма и релевантан елемент иностраности), ближе су дефинисани самом Конвенцијом.

„Носећи“ појам члана 1, па и целе Сингапурске конвенције, јесте појам медијације. Медијација је дефинисана као поступак којим стране настоје да мирно реше свој спор уз помоћ трећег лица или трећих лица која нису овлашћена да наметну своје решење странама у спору.³⁰ Конкретан назив овог поступка није релевантан за његову квалификацију као медијације у смислу Сингапурске конвенције.³¹ Овако широка дефиниција медијације и, нарочито, одредница да конкретан назив поступка решавања спора не одређује његову квалификацију, могу се оценити као веома корисни, и то из најмање два разлога. Прво, на овај начин се избегава ситуација у којој би истицање понекад вештачких разлика између, у основи, веома сличних облика алтернативних начина решавања спорова, као што су медијација и концилијација, постало макар и формални основ за спорење о применљивости Конвенције.³² Друго, широка дефиниција медијације омогућава да Конвенцијом буду обухваћени различити појавни облици или модели медијације (експертска, фацитативна, трансформативна, дијагностичка итд.).³³ Међутим, може се поставити питање да ли се под термином „поступак“ медијације уводи захтев за постојањем институционализованог или бар структурисаног, односно одређеним правилима омеђеног процеса или је, пак, свака, чак и неформална делатност медијатора усмерена ка проналажењу за обе странке прихватљивог решења подобна да се сматра медијацијом у смислу Конвенције. У настојању да нагласе значај ове дилеме и учине

30 Сингапурска конвенција, чл. 2 ст. 3.

31 Сингапурска конвенција, чл. 2 ст. 3.

32 Вид. у том смислу: T. Schnabel, 15.

33 Детаљније о томе вид. N. Alexander, S. Chong, 53.

је што очигледнијом, неке делегације су током преговора истицале да не би било прикладно да под „кишобран“ Конвенције дођу потпуно неформално „испреговарана“ решења спорова до којих се, примера ради, дошло уз помоћ трећег лица у кафићу.³⁴ Упркос овом веома упечатљивом и сликовитом исказивању разлога забринутости, већина Радне групе је ипак била мишљења да наметање захтева организованости или процесноправне структурисаности не би било у складу са флексибилношћу медијације као метода алтернативног начина решавања спорова, па је дефиниција појма медијације остала широка.³⁵

Што се тиче обухваћених типова споразума, Конвенција се не примењује на споразуме које је одобрио суд, односно на пресуде донете на основу поравнања нити на споразуме који у држави закључења имају извршну снагу судске одлуке, као ни на арбитражне одлуке донете на основу поравнања.³⁶ Премда употребљена терминологија овде одудара од очекиване процесноправне прецизности, што се објашњава различитошћу начина на који је ово питање уређено у појединим унутрашњим правним системима,³⁷ намера твораца Конвенције је јасна – Конвенција се не примењује на она поравнања чије је извршење уређено правилима која се примењују на извршење судских и арбитражних одлука. Управо због различитости начина на који национални правни системи поравнањима могу да признају извршну снагу судске одлуке, сугерише се да би појам судске одлуке требало тумачити аутономно, без везивања за конкретни правни систем, а са ослонцем на „функционалне карактеристике пресуде сагледане из упоредноправне перспективе“.³⁸

У светлу ове потребе за аутономним тумачењем појмова садржаних у Конвенцији, која је изричито прописана и у неким другим међународним уговорима из области међународног трговинског права,³⁹ могло би се очекивати да ће Сингапурском конвенцијом бити дефинисан појам трговинског спора. Сингапурска конвенција то, међутим, није учинила, већ је (само) изричито искључила неке предмете спорова из поља примене Конвенције.⁴⁰ То су спорови из породичноправних,

34 T. Schnabel, 15.

35 *Ibid.*, 16.

36 Вид. Сингапурска конвенција, чл. 1 ст. 3.

37 N. Alexander, S. Chong, 32–33.

38 *Ibid.*, 36.

39 Вид., на пример, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (*UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), чл. 7 ст. 1.

40 Појам трговинског спора је, међутим, дефинисан у фусноти 1 УНЦИТРАЛ-овог Модел закона о медијацији, па се зато у литератури наводи да би та дефиниција могла да буде коришћена и у контексту Сингапурске конвенције. Вид. у том смислу N. Alexander, S. Chong, 27.

наследноправних и радноправних односа, као и потрошачки спорови.⁴¹ Управо ова последња група спорова привлачи посебну пажњу, и то из неколико разлога. Пре свега, треба приметити да су потрошачки спорови дефинисани перифрастички, коришћењем суштински исте формулације која је употребљена у члану 2(a) Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (Бечка конвенција): то су спорови из трансакција које је закључила једна страна за личну или породичну употребу или за потребе домаћинства.⁴² Појам „потрошач“ употребљен је узгредно и наведен у загради, као индикативна одредница. Из тога се може извући неколико закључака. Један, који је по нашем мишљењу неспоран, јесте тај да се појам „потрошачког“ спора за потребе примене Конвенције има (такође) тумачити аутономно, без обзира на значење које му придаје неки национални правни систем. Ово је од изузетне важности јер међу појединим правним системима могу да постоје разлике у погледу одређења појма потрошачке ствари. Други закључак, који није толико очигледан као претходни, али га ипак сматрамо умесним, јесте да је приликом тумачења појма „потрошачког“ спора у контексту Сингапурске конвенције могуће користити се, или се бар инспирисати, праксом судова и арбитража у тумачењу члана 2(a) Бечке конвенције. Овај закључак произлази не само из текстуалне сличности наведених одредаба, већ и из околности да су обе конвенције, и Бечка и Сингапурска, донете под окриљем истог преговарачког форума – УНЦИТРАЛ-а. Остаје, наравно, да се види да ли ће такав закључак бити подржан у пракси.

Да би споразум који проистиче из медијације ушао у поље примене Сингапурске конвенције, потребно је да буде сачињен у писаној форми. Овај услов ће бити задовољен уколико је садржај споразума забележен (енг. *recorded*) у било ком облику.⁴³ Конвенција посебно прописује да ће услов писане форме бити задовољен и када је споразум закључен у електронској комуникацији, уколико је садржај те комуникације доступан за касније коришћење, тј. позивање на њега.⁴⁴ Дакле, услов писане форме је постављен прилично широко и то на начин из кога се може закључити да је разлог захтевања писане форме избегавање или барем умањивање могућности за избијање спорова поводом доказивања садржаја споразума који проистиче из медијације. У теорији се као нарочито позитивно оцењује изричито допуштање да споразум који ће се извршавати у складу са одредбама Конвенције може да буде закључен и

41 Сингапурска конвенција, чл. 1 ст. 2.

42 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године, чл. 2(a).

43 Сингапурска конвенција, чл. 2 ст. 2.

44 Сингапурска конвенција, чл. 2 ст. 2.

у електронској комуникацији, јер то даје подстрек развоју тзв. „онлајн“ медијације,⁴⁵ чији различити облици у данашње време доживљавају процват.⁴⁶

Конечно, Сингапурска конвенција ће се примењивати само на споруазуме закључене у поступку медијације са елементом иностраности. Према члану 1 ставу 1 Конвенције, релевантан елемент иностраности може да се испоји у субјекту, објекту и правима и обавезама. Релевантан елемент иностраности у субјекту постоји када најмање две стране у споразуму који проистиче из медијације имају места пословања у различитим државама. Сингапурска конвенција, дакле, користи једну специфичну персоналну повезницу – место пословања, која је употребљена и у Бечкој конвенцији. С обзиром на то да се ради о једном посебном концепту, требало би га тумачити на аутономан начин и у светлу праксе тумачења овог појма у контексту Бечке конвенције.⁴⁷ Вреди приметити да, за потребе примене Сингапурске конвенције, елемент иностраности у субјекту треба да постоји у моменту закључења споразума, а не нужно и током целог поступка медијације.⁴⁸ Осим у субјекту, релевантан елемент иностраности може да се јави и у објекту (тако што је предмет уговора везан за другу државу) или у правима и обавезама (тако што се суштински део обавеза из споразума има испунити у другој држави).

2. Општи принципи Конвенције

Члан 3 Сингапурске конвенције, у коме су изложени њени општи принципи, кључан је за разумевање новине коју Конвенција уноси у правни живот. Ипак, пре него што се изнесе и протумачи садржај ове одредбе, потребно је учинити једну значајну уводну напомену. Наиме, премда рубрум члана 3 Конвенције гласи „Општи принципи“, тај назив не одговара садржају ове одредбе. У својој суштини, члан 3 Сингапурске конвенције не садржи било какве опште смернице или руководне норме које би се могле оквалификовати као принципи или начела.

45 N. Alexander, S. Chong, 49.

46 Детаљније о различитим облицима онлајн медијације вид. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, 17–26.

47 За тумачење концепта „места пословања“ и његове разлике у односу на уобичајене персоналне повезнице за правна лица вид. Марко Јовановић, „Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2016, 259–274.

48 T. Schnabel, 20. Такође, треба истаћи и да, *a contrario*, промена места пословања након закључења споразума неће значити да је испољен релевантан елемент иностраности у субјекту.

Напротив, ова одредба садржи две врло конкретне обавезе чији су адресати стране-уговорнице Конвенције. Прво, стране-уговорнице су обавезане да изврше споразуме који проистичу из медијације (уговоре о поравнању) у складу са домаћим правилима поступка, а под условима прописаним Конвенцијом.⁴⁹ Друго, уколико се јави спор за који једна страна тврди да је решен уговором о поравнању, страна-уговорница је обавезна да омогући тој страни да се позове на уговор о поравнању како би доказала да је спор већ решен, и то опет у складу са домаћим правилима поступка, а под условима прописаним Конвенцијом. Посматране заједно, ове две обавезе откривају новину коју смо најавили на почетку овог пасуса: Сингапурска конвенција претвара споразуме који проистичу из медијације у *sui generis* изворе права који, упркос својој уговорној природи, добијају дејства која традиционално карактеришу кондемпнаторне судске и арбитражне одлуке, а то су дејство материјалне правноснажности и дејство извршности.

Може се поставити питање шта је узроковало ову својеврсну „правну алхемију“. Она је последица концепцијског опредељења твораца Конвенције да не користе термин „признање“ (споразума проистеклих из поступка медијације), по чему се разликује од својих „сродника“ – Њујоршке и Хашке конвенције. Разлози оваквог опредељења били су двојаки. На првом месту, многе делегације су током преговора изразиле отпор према коришћењу термина „признање“ јер он, по њиховом схватању, аутоматски означава наступање процесних последица које може да произведе само акт државног или од државе признатог органа (суда, односно арбитраже), па је због тога правнотехнички неподобан.⁵⁰ Такође, Конвенција ни на једном месту не лоцира „порекло“ уговора о поравнању, већ елемент иностраности посматра у односу на уговорне стране, место испуњења обавеза и предмет уговора о поравнању.⁵¹ Сходно томе, коришћење термина „признање“ није ни било могуће, јер се не зна шта је „страни“ споразум проистекао из медијације. У таквој ситуацији, творци Конвенције су се определили да у њу унесу скуп правила који коментатори називају институтом „функционалног признања“⁵² – одлучили су да појам признања не помињу, већ само да опишу она дејства која ће уговору о поравнању бити Конвенцијом додељена, а која суштински одговарају неким од дејстава домаћих, односно признатих страних судских или арбитражних одлука. Међутим, као што се то може очекивати када се парафразирају значењски јасно

49 Сингапурска конвенција, чл. 3 ст. 1.

50 T. Schnabel, 9–10, 38.

51 Сингапурска конвенција, чл. 1 ст. 1.

52 T. Schnabel, 38–40.

фиксирани појмови процесног права, плашимо се да формулације употребљене у члану 3 Конвенције могу да отворе врата непрецизности, недоследности и, у крајњем исходу, правној неизвесности, што ћемо детаљније размотрити у наредном, аналитичком одељку овог рада.

3. Сметње давању дејства уговору о поравнању

Будући да се Конвенција уздржава од коришћења појма „признање“, она у члану 5 говори о „сметњама давању дејства уговору о поравнању“ (енг. *grounds for refusing to grant relief*). Ова парафраза је условљена бригом за термилошку и правнотехничку доследност, али се суштински односи на сметње „признању“ споразума проистеклих из медијације. Сходно томе, члан 5 Сингапурске конвенције показује доста сличности и по „конструкцији“ и по садржају са истоврсним одредбама сродних међународних уговора – чланом V Њујоршке конвенције⁵³ и чланом 7 Хашке конвенције.

Најпре, све три конвенције сметње признању разврставају у две групе: оне на чије се присуство пази по службеној дужности и оне на чије се присуство пази по приговору странке. Као сметње на чије се присуство пази по службеној дужности, Сингапурска конвенција одређује супротност уговора о поравнању јавном поретку државе „признања“ и неподобност спора поводом кога је закључен уговор о поравнању да буде решен медијацијом.⁵⁴ Давање дејства уговору о поравнању ће се одбити на приговор странке уколико надлежни орган нађе да страна у уговору о поравнању није имала потребну способност; да је уговор о поравнању неважећи, без дејства или не може да се испуни; да још није постао коначан или обавезујући за стране; да је касније измењен; да су обавезе из уговора о поравнању већ испуњене или су нејасне, односно неразумљиве; ако би давање траженог дејства уговору о поравнању било супротно одредбама тог уговора; ако је медијатор озбиљно повредио стандарде који се односе на медијатора или поступак медијације, а та повреда је утицала на закључење уговора о поравнању, као и уколико је медијатор пропустио да странама изнесе околности које рађају

53 За детаљно поређење члана V Њујоршке конвенције и члана 5 Сингапурске конвенције вид. Jean-Christophe Boulet, „The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation“, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 20, Nr. 4/2019, 1213–1224.

54 Ово је класичан основ за ускраћивање признања који је предвиђен и Њујоршком (вид. чл. V ст. 2 тач. б) и најновијом Хашком конвенцијом (вид. чл. 7 ст. 1 тач. с). Разлике постоје на плану конкретного формулисања садржаја ове сметње, као и што се према Сингапурској, исто као и према Њујоршкој конвенцији, на неслагасност са јавним поретком пази по службеној дужности, док је по Хашкој конвенцији ово сметња чије постојање мора да истакне противник признања стране судске одлуке.

основану сумњу у његову независност и непристрасност, а тај пропуст је имао суштински утицај на неку од страна на тај начин да она не би закључила уговор о поравнању да се наведени пропуст није десио.

Као што се види, већина ових сметњи је суштински, а често и текстуално, идентична сметњама признању страних арбитражних одлука прописаним Њујоршком конвенцијом. Премда је похвално настојање да се међународни правни оквир признања аката којима се решавају трговински спорови гради на кохерентан начин, поставља се питање да ли је овај начин испољавања паралелизма био сасвим неопходан. Наиме, због разлике у правној природи арбитражних одлука, са једне, и уговора о поравнању, са друге стране, коришћење језика својственог арбитражним одлукама у систему Сингапурске конвенције ће довести до преклапања сметњи за „признање“. Примера ради, ако су странке накнадно измениле уговор о поравнању, тиме су истовремено остварене сметње из члана 5(1)(b)(iii) (накнадна измена уговора), али и члана 5(1)(b)(i) (иницијални уговор о поравнању је без дејства), као и члана 5(1)(b)(ii) (иницијални уговор није коначан за стране). С обзиром на то да је правна последица у сваком случају иста, оваква и слична преклапања неће у практичном смислу спречити остваривање циљева Конвенције, али на методолошком плану могу да наруше принцип једнообразности њене примене.

Пажњу привлаче и оне сметње које по својој формулацији подсећају на сметње предвиђене Њујоршком конвенцијом, али у контексту медијације имају сасвим другачији значај. На пример, одбијање давања дејства уговору о поравнању када тражено дејство није у складу са тим уговором подсећа на одбијање признања арбитражне одлуке у случају прекорачења њене надлежности. Али, док се код арбитраже ради о раскораку арбитражног споразума и арбитражне одлуке, сметња из члана 5(1)(d) Сингапурске конвенције се фокусира само на уговор о поравнању, а не и на споразум о медијацији. Према томе, позивање на сметњу из члана 5(1)(d) Сингапурске конвенције ће бити могуће онда када је у самом уговору о поравнању предвиђен неки модалитет који се односи на услове или начин његовог „признања“. То, примера ради, могу да буду одредбе којима се предвиђа да се уговор о поравнању неће извршавати према одредбама Сингапурске конвенције (тзв. *opt-out*) којима се одређује круг страна-уговорница у којима може да се тражи извршење у складу са Конвенцијом⁵⁵ или, пак, одредба којом је предвиђено да пре подношења захтева за принудно извршење уговора о поравнању странке одрже још један састанак са медијатором.⁵⁶

55 N. Alexander, S. Chong, 109.

56 T. Schnabel, 49.

Конечно, Конвенција прописује и одређене сметње које су сасвим специфичне и везане су за настанак уговора о поравнању. Ради се о сметњама које се тичу понашања медијатора. Конкретно, уговору о поравнању неће бити дато тражено дејство ако је медијатор озбиљно повредио неки стандард који се односи на медијаторе или медијацију или ако је пропустио да странама изнесе околности које рађају основну сумњу у његову независност и непристрасност, а те повреде и пропусти су утицали на медијацију на тај начин да до закључења уговора о поравнању не би дошло да повреде или пропуста није било.⁵⁷ Ове сметње имају две значајне заједничке тачке. Прво, њима се настоји заштитити интегритет уговора о поравнању – свака од ових сметњи појединачно има за циљ да обезбеди то да је уговор о поравнању резултат сагласности воља страна у спору на коју не сме да буде недозвољеног или неприкладног утицаја медијатора. Друго, свака од ових сметњи подразумева постојање врло тешке повреде дужности медијатора. Та тежина повреде се огледа не само у грубости огрешења о дужности (Конвенција користи синтагму „озбиљна повреда“ – енг. *serious breach*), већ и о крајње изузетној последици – закључењу уговора о поравнању које би, да није било повреде дужности, изостало. Дакле, није довољно да се докаже да би уговор о поравнању у одсуству повреде имао само другачији садржај. Овај изузетан карактер сметњи садржаних у члану 5(1)(e) и (f) Сингапурске конвенције објашњава се тиме да су ове одредбе у Конвенцију унете у склопу ширег компромиса око сачињавања њених одредаба – многе делегације током преговора нису уопште желеле да се сметње овог типа уносе у Конвенцију, а онда су, у оквиру ширег договора, ипак пристале на њихово укључивање, али под условом да буду врло уско формулисане.⁵⁸

IV Критички осврт на кључне одредбе Конвенције

Разуме се да ће потпуни(ји) критички осврт на Сингапурску конвенцију моћи да се учини тек када слика о њој буде употпуњена сегментом практичне примене, за шта ће, по свој прилици, бити потребно сачекати још неко време. У овом тренутку, суд о Конвенцији може да се гради само на основу читања њених одредаба, што је ипак довољно да се назру њене главне предности и потенцијалне мане.

Уколико Конвенција успе да оствари свој основни циљ – олакшано спровођење уговора о поравнању, може се претпоставити да ће деловати подстицајно на коришћење и даљи развој медијације као облика

57 Сингапурска конвенција, чл. 5 ст. 1 тач. е и f.

58 T. Schnabel, 49.

алтернативног решавања међународних трговинских спорова. Допринос се може посматрати на два плана. Прво, Сингапурска конвенција треба да уреди једно поље које до сада није било предмет међународне хармонизације или унификације, а то је прекогранично дејство уговора о поравнању. Друго, ограничавајући поље своје примене на уговоре о поравнању који нису потврђени судском или арбитражном одлуком, Сингапурска конвенција би могла да убрза и појефтини решавање спорова утолико што странке више неће морати да иду пред суд или арбитражу како би свој споразум преточиле у лако извршну исправу. Осим практичног, овај допринос има и теоријски значај, јер додатно афирмише медијацију као консенсуални, неадјудикативни механизам решавања спорова, чији исход не мора даље да се „прерађује“ и укалупљује у друге акте како би се обезбедила његова спроводљивост.⁵⁹

Али, домашај овог доприноса ће потенцијално бити ограничен уколико се у пракси јаве проблеми на терену квалификовања одлука донетих у сложеним, односно хибридниим поступцима решавања спорова који комбинују арбитражу и медијацију. На могућност јављања ових потешкоћа се већ сада указује у неким коментарима Сингапурске конвенције,⁶⁰ али треба сачекати и видети да ли ће даља еволуција правног оквира арбитраже и медијације учинити да ове дилеме нестану или, напротив, постану још озбиљније него што се то тренутно може наслутити. Ограничење поља примене Сингапурске конвенције на међународне уговоре о поравнању може довести и до неједнаког третмана „међународних“ и „унутрашњих“. Наиме, уколико усвајање Сингапурске конвенције не буде праћено одговарајућим изменама унутрашњег правног оквира за медијацију, може се, барем у неким државама, десити да међународни уговори о поравнању на основу Конвенције стекну својство директне извршности, што, уколико не дође до реформе унутрашњег правног оквира, не би била привилегија коју могу да уживају стране у уговору о поравнању без елемента иностраности.

Позитиван допринос Сингапурске конвенције се може тражити и на терену њеног уклапања у шири оквир унификованог права међународне трговине. У том погледу, може се оценити похвалним то што Конвенција користи неке аутономне институте који су се већ етаблирали у међународном трговинском праву и у погледу чијег тумачења већ постоји богата упоредна пракса, као што је то случај са концептом места пословања. Треба приметити да се у Сингапурској конвенцији не користе само концепти који су разрађени у оквиру УНЦИТРАЛ-а, већ и у другим међународним организацијама за унификацију међународног

59 *Ibid.*, 11.

60 N. Alexander, S. Chong, 37.

приватног права. Тако је, на пример, поступљено на плану разграничења домена примене домаћих процесних правила страна-уговорница и Конвенције у поступку извршења уговора о поравнању и позивања на тај уговор у циљу доказивања да је спорно питање њиме решено. Наиме, члан 3 Сингапурске конвенције прописује да ће се ово разграничење обавити „у складу са домаћим правилима поступка, а под условима прописаним Конвенцијом“. Овом синтагмом, која одражава принцип прихваћен и у неким конвенцијама закљученим под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право,⁶¹ заправо се прописује да су стране-уговорнице и даље слободне да самостално уређују сâм поступак извршења, односно позивања на уговор о поравнању⁶² у складу са општим правилом међународног приватног права, по коме је за процесна питања меродавно право државе седишта органа пред којим се поступак води (*lex fori*),⁶³ али стране-уговорнице не могу да постављају другачије услове за давање дејства уговорима о поравнању од оних које прописује Конвенција.

Корисно је и то што се Сингапурска конвенција у доброј мери ослања на „архитектуру“ и логику Њујоршке конвенције, на чију примену су већ навикнути судови у преко три четвртине држава света. Али, и овде треба бити опрезан, јер упркос значајним сличностима, постоје веома важне разлике између Сингапурске и Њујоршке конвенције које примењивачи не би смели да превиде или занемаре. Тако, примера ради, за разлику од Њујоршке конвенције која у свом члану II уређује одређена питања пуноважности и давања дејства арбитражном споразуму, Сингапурска конвенција ни на који начин не уређује споразуме о медијацији. Према томе, ако би у поступку пред судом тужена страна тражила одбацивање тужбе услед постојања споразума о медијацији, а медијација још није окончана (или чак ни започета), нема одредбе Сингапурске конвенције која би суду наложила да „да дејство“ споразуму о медијацији. Такође, разлике постоје и у начину примене неких сметњи давању дејства уговору о поравнању, које текстуално подсећају на сметње предвиђене Њујоршком конвенцијом, али у контексту медијације имају другачију примену, попут одбијања давања дејства уговору о поравнању

61 Вид.: Хашка конвенција о пророгационим споразумима из 2005. године (*Convention on Choice of Court Agreements*), чл. 14; Хашка конвенција о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговинским стварима из 2019. године, чл. 13.

62 У овај круг питања би, примера ради, спадало одређење врсте поступка у коме се тражи извршење, уређивање надлежности суда или другог органа, прописивање процесних радњи које треба предузети и прописивање рокова за њихово предузимање итд.

63 N. Alexander, S. Chong, 68–69.

када тражено дејство није у складу са тим уговором. Из овога проистиче још једна важна специфичност Сингапурске конвенције које судови који је буду примењивали морају у сваком тренутку да буду свесни – приликом давања дејства уговору о поравнању, судови морају да имају у виду да њихов задатак није да признају страну судску или квазисудску одлуку, приликом чега би њихова пажња, у првом реду, била усмерена на релативно узак круг углавном процесноправних услова. Напротив, у режиму Сингапурске конвенције главни задатак суда је да утврди да ли је уговор о поравнању заиста израз слободно и ваљано исказане, верно представљене и меродавним правом дозвољене аутономије воље.

Сложеност и осетљивост овог задатка суда указује на то да ће највећи изазов у примени Сингапурске конвенције управо бити прихватање да се за потребе примене Конвенције уговор (о поравнању) има сматрати (квази)јудикатом. Управо у погледу тога се јављају највећи разлози за забринутост у погледу могућих домета Конвенције. Главни извор потенцијалних проблема на овом пољу јесте начин формулисања већ поменутог института „функционалног признања“ прихваћеног у члану 3 ставу 2 Сингапурске конвенције.⁶⁴ Та формулација отвара најмање два сложена питања.

Прво се односи на домашј члана 3 Сингапурске конвенције. На шта се заправо мисли под изразом „спор који се тиче ствари за коју странка тврди да је решена медијацијом“ (*истицао аутор*)? Да ли се ова формулација ограничава на идентичне правне ствари или се, пак, протеже и на повезане захтеве? Системским тумачењем Конвенције стичемо утисак да наведеној формулацији треба дати шири домашј. Али, ова претпоставка, као и тачан домашј одредбе у специфичним граничним случајевима, који ће се неминовно појавити, ће тек морати да се потврде у пракси.

Друго, још сложеније питање односи се на дејства „признања“ уговора о поравнању. Коментатори Конвенције истичу да сврха члана 3 става 2 Сингапурске конвенције није да уговор о поравнању сведе на ниво доказане чињенице, чије би процесно дејство било једнако дејству било ког другог доказа изведеног у поступку.⁶⁵ Али, ако би „признање“ уговора о поравнању требало да се изједначи или бар приближи признању стране судске или арбитражне одлуке, поставља се питање каква све процесна дејства уопште може да произведе „признати“ уговор о поравнању. Ко-

64 Сингапурска конвенција, чл. 3 ст. 2 гласи: „Ако се јави спор о питању за које страна тврди да је већ решено уговором о поравнању, страна-уговорница ће дозволити страни у спору да се позове на уговор о поравнању у складу са својим процесним правилима, а под условима предвиђеним Конвенцијом, како би доказала да је спорно питање решено.“

65 Т. Schnabel, 40.

лико год то концепцијски звучало чудно, чини се да Конвенција ствара основ да се уговору о поравнању призна дејство које суштински одговара дејству материјалне правноснажности и прејудицијелном дејству. Али, да ли је начин на који је „функционално признање“ формулисано довољан да уговору о поравнању омогући интервенцијско дејство? Које су границе чињеничног дејства (ако га уопште има) „признатог“ уговора о поравнању?⁶⁶ Одговор на ова питања би требало тражити у општим правилима о тумачењу међународних уговора садржаним у члановима 31 и 32 Конвенције о међународном уговорном праву из 1969. године, али би ова правила, с обзиром на турбулентност расправе о члану 3 у оквиру Радне групе и тешкоће које су пратиле постизање компромиса о усвојеном тексту,⁶⁷ требало врло пажљиво примењивати.

Концепт „функционалног признања“ рађа још једну значајну дилему која упада у очи захваљујући једном посредном аргументу. Наиме, на основу члана 12(4)(b) Сингапурске конвенције, који прописује да правила регионалних економских интеграција о признању и извршењу одлука између чланица интеграције имају предност у примени над правилима Конвенције, јасно се показује важна процесна разлика између „давања дејства“ уговору о поравнању и класичног признања. То значи да ако се, примера ради, нека страна у поступку пред судом државе чланице Европске уније позове на уговор о поравнању, а суд, примењујући Сингапурску конвенцију, захтев те странке одбије, захтев за „давање дејства“ више неће моћи да се истакне у европском судском простору, јер ће га „истиснути“ слобода кретања судских одлука унутар ЕУ.⁶⁸ Ово тумачење потврђује да се „давање дејства“ остварује тако што се одлука о захтеву стране која се позива на уговор о поравнању инкорпорише у одлуку о захтеву тужиоца и не представља самосталну одлуку о „признању“.⁶⁹ Ако би се управо наведени пример модификовао

66 Примера ради, из перспективе српског права, да ли потраживање из уговора о промету робе или услуга између правних лица у погледу кога је закључено поравнање застарева у року од три године, како је предвиђено чланом 374 Закона о облигационим односима или се уговор о поравнању у режиму Сингапурске конвенције сматра поравнањем закљученим пред надлежним органом и чини да се рок застарелости продужи на десет година, како то прописује члан 379 Закона о облигационим односима? 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 гласник РС*, бр. 18/2020.

67 Више о томе вид. Т. Schnabel, 34–41.

68 Овај пример, наравно, претпоставља да су Европска унија и све њене државе чланице стране-уговорнице Сингапурске конвенције, што у овом тренутку није случај. Пример је током преговора о Сингапурској конвенцији навела делегација Немачке. Вид. Т. Schnabel, 59.

69 Да је другачије, одлука о „признању“ би свакако била без дејства у другим државама чланицама ЕУ јер важи принцип *exequatur sur exequatur ne valet*, по коме

тако што би се искључио елемент регионалне економске интеграције и претпоставило да је захтев за „давање дејства“ уговору о поравнању одбијен у држави X, а та страна је затим намеравала да се на уговор позове у некој другој страни-уговорници Конвенције, држави Y, замисливо је да дође до утркивања између стране која се позива на уговор о поравнању, и која ће хтети да што пре почне поступак у држави Y, и стране којој тај уговор не иде у прилог, и која ће журити да у држави Y што пре призна одлуку из државе X како би на тај начин покушала да постигне ефекат који се аутоматски постиже у регионалним економским интеграцијама на основу члана 12(4)(b) Конвенције. Ту би се онда отворило питање хијерархије између (признате) стране судске одлуке и уговора о поравнању, као и проблем одређивања шта се има сматрати ранијом одлуком. Такође, спорно би било и да ли судска одлука из државе X која је, по претпоставци, несагласна садржају уговора о медијацији представља накнадну измену поравнања у смислу сметње за давање дејства из члана 5(1)(b)(iii) Конвенције.

У концепту функционалног приближавања уговора о поравнању страним јудикатима који уводи Сингапурска конвенција видимо простор и потребу за даљим развојем правног оквира медијације. Наиме, оно што омогућава олакшано признање арбитражних одлука у систему Њујоршке конвенције јесте поверење да је арбитражни поступак изведен *lege artis*, као и да је контрола арбитражне одлуке у држави порекла, према условима који су суштински идентични или бар веома слични условима за признање, била адекватна. Насупрот томе, решавање спора у поступку медијације није поверено независном трећем лицу, већ је у великој мери у рукама самих страна у спору. Штавише, независан трећи у поступку медијације – медијатор – по правилу не сме да утиче на садржај поравнања.⁷⁰ У таквом стању ствари, а имајући у виду формулацију услова за одбијање давања траженог дејства уговора о поравнању према Сингапурској конвенцији, не би требало искључити могућност да се поводом захтева за давање дејства поравнању у оквиру неког другог поступка поведе „парница у парници“, што може да буде штетно за процесну економичност, ефикасност и, у крајњем исходу, правну сигурност. Како би се овакав расплет избегао, потребно је да се правни оквир меродаван за одвијање поступка медијације,

признање стране судске одлуке у европском судском простору мора да се тражи у свакој држави чланици појединачно. Више о томе вид. Peter Hay, „Recognition of a Recognition Judgment Within the European Union – Double Exequatur and the Public Policy Barrier“, *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Várady* (eds. Peter Hay, Lajos Vékás, Yehuda Elkana, Nenad Dimitrijevic), CEU Press, Budapest, 2009, 143–164.

70 Више о улози медијатора и његовом држању у односу на предмет спора вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 226–228.

квалификација и овлашћења медијатора додатно развије на глобалном нивоу, како би се обезбедило да флексибилност медијације не буде злоупотребљена.⁷¹ Нарочито је значајно да до еволуције правног оквира за спровођење медијације дође на глобалном нивоу, јер Сингапурска конвенција не узима у обзир „националну припадност“ уговора о поравнању; не дозвољава могућност стављања резерве којом би се из поља примене Конвенције изузели уговори о поравнању који су везани за јурисдикције у односу на које постоји сумња у погледу квалитета примене суштинских принципа медијације⁷² и прихвата принцип универзалне примене: страна-уговорница ће Конвенцију примењивати сваки пут када се утврди релевантан елемент иностраности у складу са чланом 1 ставом 1, без обзира на то да ли он упућује на неку другу страну-уговорницу или на државу која није обавезана Конвенцијом.

Дакле, већ у овом тренутку се може оценити да је Сингапурска конвенција, упркос малом броју одредаба, један веома сложен извор права који ће изменити неке суштинске принципе права алтернативног решавања спорова. Зато се може очекивати да ће многа нова спорна теоријска и практична питања бити покренута када она буде ступила на снагу.

V Закључак

Ступање на снагу Сингапурске конвенције донеће многе новине у право решавања међународних трговинских спорова. Овим извором права се попуњава „тријада“ конвенција, чији је циљ уједначавање услова за признање аката којима се решавају међународни трговински спорови арбитражом (Њујоршка), судским путем (Хашка) и медијацијом (Сингапурска). Од та три извора, Сингапурска конвенција, без сумње, садржи најоригиналнија решења која су у овом раду била представљена и анализирана. Основни принцип Конвенције – олакшано прекогранично извршење уговора о поравнању, вероватно ће допринети додатној афирмацији медијације и учинити је још чешће коришћеним методом алтернативног решавања спорова. Будући да странке у спору више неће имати тако јак подстицај да своје поравнање претворе у судску или арбитражну одлуку како би обезбедиле његово олакшано извршење, устаљивање механизма „давања дејства“ уговорима о поравнању допринеће скраћивању времена и уштеди новца потребног за решавање међународних трговинских спорова.

71 У овом смислу и: N. Alexander, S. Chong, 18.

72 Сингапурска конвенција, чл. 8. Сходно чл. 8 ст. 2, на Конвенцију се могу изјавити само оне резерве које су изричито предвиђене, а евентуална резерва *ratione territoriae*, односно *ratione originis* није једна од њих.

Међутим, управо је принцип олакшањег извршења уговора о медијацији, отелотворен кроз механизам функционалног признања, због своје иновативности истовремено и главни извор забринутости због проблема који потенцијално могу да настану приликом примене Конвенције. Неки од тих проблема су анализирани у овом раду, али је врло вероватно да ће се ступањем на снагу Конвенције јавити и додатне теоријске и практичне дилеме које се у овом тренутку не могу довољно јасно наслутити или назрети. Како би се ризик од потешкоћа у примени Сингапурске конвенције што више умањило, потребно је да се национални правни системи држава које су потписале Конвенцију темељно реформишу пре него што законодавци донесу одлуку о њеној ратификацији. Те реформе треба, пре свега, да буду управљене ка избегавању проблема на које смо у овом раду указали, али и ка отклањању неједнакости у третману домаћих и међународних уговора о поравнању, до чега би могло да дође ако се међународним уговорима (посредством Конвенције) омогући директно давање дејства, а домаћим (на основу унутрашњег неререформисаног права) не. Као подстицај и оријентир реформама унутрашњих правних оквира за медијацију, било би пожељно и корисно да дође до даљег развоја међународноправног оквира за овај метод решавања спорова. Корак у том правцу је већ учињен изменама УНЦИТРАЛ-овог Модел закона о медијацији, до чега је дошло по постизању сагласности о коначном тексту Сингапурске конвенције, али простора за даљи напредак још увек има, и то нарочито на плану правила која уређују професионалне стандарде, дужности и квалификације медијатора.

У сваком случају, Сингапурска конвенција представља веома специфичан елемент у правном оквиру за међународну трговинску медијацију. Посматрана сама за себе, она ће вероватно створити више проблема него што ће понудити решења. Али, ако се остатак правног оквира за међународну трговинску медијацију прилагоди посебностима Сингапурске конвенције, делотворност медијације ће бити побољшана и отвориће се простор за још ширу употребу овог механизма алтернативног решавања спорова.

Коришћена литература

- Alexander Nadja, Chong Shouyu, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Boulet Jean-Christophe, „The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation“, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 20, Nr. 4/2019.

- Bühning-Uhle Christian, Kirshoff Lars, Scherer Gabriele, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, The Hague, 2006².
- Wallgren Carita, „ADR and Business“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.
- Wolrich Peter, „ADR under the ICC ADR Rules“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.
- Genton Pierre, „An Efficient Dispute Management Tool: The Dispute Board and the ICC DB Rules“, *ADR in Business* (eds. J. C. Goldsmith, A. Ingen-Housz, G. H. Pointon), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.
- Јовановић Марко, „Место пословања или седиште? О правном значају разлике у преводу Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе“, *Право и приврега*, бр. 7–9/2016.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, Schultz Thomas, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Schnabel Timothy, „The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Nr. 1/2019.
- Hay Peter, „Recognition of a Recognition Judgment Within the European Union – Double Exequatur and the Public Policy Barrier“, *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Várady* (Peter Hay, Lajos Vékás, Yehuda Elkana, Nenad Dimitrijevic), CEU Press, Budapest, 2009.

Marko JOVANOVIĆ, LL.M., PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE SINGAPORE CONVENTION AS A NEW ELEMENT OF THE LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE TO INTERNATIONAL COMMERCIAL MEDIATION

Summary

This paper offers an analysis of the key provisions of the recently concluded Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the Singapore Convention). A special attention is given to a particularly innovative element of the Convention – the so-called functional recognition of the settlement agreements. This concept is crucial for the overall understanding of the new mechanism that the Singapore Convention seeks to introduce. Although it may be assumed that the adherence to the functional recognition approach is likely to decrease the costs and reduce the time necessary for resolution of international commercial disputes, it is also prone to inducing many problems susceptible of jeopardizing the long-term sustainability of the system that the Singapore Convention aspires to establish. In order to avoid those problems, national and international sources of law applicable to commercial mediation should be fundamentally revisited and reformed.

Key words: *International Commercial Mediation. – Singapore Convention. – Settlement Agreement. – Functional Recognition.*

Датум пријема рада: 8. 6. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 8. 2020.

UDK: 331.31:656.1]:349.23

CERIF: S144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003201J

др **Светислав ЈАНКОВИЋ***
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВОЗАЧА У **UBER** СИСТЕМУ ПРЕВОЗА ПУТНИКА¹

Сажетак

У раду се разматра правни положај возача у односу на корисника услуге превоза, али и сирам Uber-а, као организатора тржишта превоза и самог превозиоца, односно шпедијера. Возачев положај је у великој мери одређен правном природом Uber-овог положаја по принципима механизма „клицалице“ – ако је Uber посредник, онда је возач превозилац, и сувројно – ако је Uber превозилац, онда је возач његов помоћник. Такође, ако се возач одреди као превозилац, онда је нејасно да ли је он јавни или приватни превозилац, имајући у виду (не)одређеност круга корисника услуге превоза.

У првом делу рада је приказан утицај економије дељења и техничкој најрејка на стварање нових облика превоза. Затим је указано на правни проблем новог начина организовања услуге превоза, као и правне квалификације основних лица у њему (пре свега, возача и Uber-а, али и корисника као шпедијера). Најзад, на крају се у оквиру закључка возач

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

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

одређује превозиочевим помоћником, док се њејов јоложај зайосленој код превозиоца и даље чини сиорним.

Кључне речи: Возач. – Превозилац. – Uber. – (Не)јавни превозилац. – Помоћник. – Посредник у превозу.

I Упознавање са темом

Последњих десетак година појављују се различита технолошка оруђа како би се олакшало одвијање најучесталијег ванлинијског превоза путника у градовима. Та оруђа се односе, најпре, на усавршавање рачунара и интернет везе, који у свом садејству знатно олакшавају организовање пружања разноврсних привредних услуга.² Дакле, напредак технике олакшава пружање услуга и задовољење потреба не само у непосредном виду (унапређењем самих превозних средстава када је реч о саобраћају), него и у посредном, који се тиче организације пружања ових услуга.³

Када је о превозу путника реч, технолошки напредак се последњих десетак година није толико одразио на непосредно пружање ове услуге,⁴ колико на организовање самог превоза. Дакле, технички напредак возила, који је иначе видљив и сталан, не мења саму структуру путничког друмског превоза, колико напредак технике у погледу доступности информација, односно техничког савладавања асиметрије информација на тржишту овог вида превоза. Конкретно, појава Uber-а је битно променила однос снага на тржишту друмског превоза путника који се до тада одвијао, са једне стране, кроз јавни градски, међуградски и приградски превоз, а са друге стране кроз такси превоз. Од појаве Uber-а, појављује се, из тржишног угла посматрања, још један конкурент постојећим видовима превоза, док се његова појава из правног угла гледања чини нејасном и спорном.⁵

2 Пре свега, мисли се на услуге у туризму и саобраћају, али и у класичној продаји робе (посебне и опште потрошње). Nikole Steinmetz, „Sharing Economy – Modelle und Empfehlungen für ein verändertes Konsumverhalten“, *Handel mit Mehrwert* (Hrsg. Gerrit Heinemann, H. Mathias Gehrckens, Thomas Täuber), Springer Gabler, Wiesbaden, 2019, 235.

3 H. Mathias Gehrckens, „Das Transformationsdilemma in Einzelhandel“, *Handel mit Mehrwert* (Hrsg. Gerrit Heinemann, H. Mathias Gehrckens, Thomas Täuber), Springer Gabler, Wiesbaden, 2019, 59.

4 То, наравно, не значи да се напредак технике у блиској будућности неће одразити и на непосредно пружање услуге превоза, имајући у виду незаустављиву појаву тзв. аутономних превозних средстава, тј. оних која ће путнике превозити без непосредног, техничког пружаоца ове услуге, тј. у возилима без возача.

5 Henrique Schneider, *Uber – innovation in society*, Palgrave Macmillan, Seattle, 2017, 33.

Uber се појављује 2009. године у Сан Франциску, када почиње да се примењује рачунарски програм који уз помоћ интернет везе чини олакшаним повезивање пружалаца услуге друмског јавног превоза и конкретних корисника услуге (путника).⁶ Повезивање се врши тако што рачунарски програм, који је јавно доступан, нуди (предлаже) најприкладније пружаоце превозних услуга конкретним путницима, а са претходно већ формиране листе возача. Тај програм је, заправо, алгоритам који израчунава својства и потребе возача и путника и као резултат предлаже могућа повезивања која би у крајњем исходу требало да се обликују кроз конкретан уговор о превозу.

Дакле, појава *Uber*-а није утицала на новост у техничким карактеристикама превозног средства, него на побољшање обавештености путника о могућим превозиоцима, са једне стране, а са друге – на стварање тржишног поља за могуће превозиоце у оквиру кога ће моћи да пружају своју услугу. Са стране пружаоца превозничке услуге, појава *Uber*-а је имала двоструки значај – до тада постојећим превозиоцима (пре свега таксистима) је омогућила додатни тржишни „канал“ у коме ће моћи да пружају своју услугу, али је такође омогућила да превозничку услугу пружају и они који се до тада таквом делатношћу нису бавили, тако што би вишак свог времена привредно искористили превозећи потенцијалне путнике својим возилима. Тако се путем *Uber*-а створило ново тржиште за, чини се, стару услугу јавног превоза путника у друмском саобраћају.

Uber функционише тако што јавна доступност његовог рачунарског програма омогућава да се корисници региструју тако што ће најчешће преузети програм у виду апликације на својим вишенаменским (мобилним) телефонима (енг. *smartphone*).⁷ При томе, под корисницима се најпре подразумевају путници, с обзиром на то да је сама апликација путнички (потрошачки) оријентисана, што се испољава кроз чињеницу да се конкретан уговор о превозу склапа тако што корисник одабира једног од понуђених/предложених возача за конкретну превозну дистанцу.⁸ Међутим, под корисницима се сматрају и сами возачи, који су предмет путничког (претходно сутерисаног) избора, јер и они користе

6 Emek Basker, *Handbook on Economics of Retailing and Distribution*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2016, 458.

7 Youngme Moon, „Uber: Changing the Way the World Moves“, *Harvard Business School Collection*, Nr. 1/2015, 3.

8 Заправо, економија дељења почива на три парадигме, од којих је усредсређеност на потрошача само једна од основних, док се преостале две односе на нов начин расподеле „тржишног колача“ и, најзад, у крајњем исходу на нов начин живота (пре свега, у погледу оптималнијег коришћења сопствених добара – превозних средстава у овом случају). Julian Pfeiffer, *Theoretische Betrachtung operativer und strategischer Konstellationen & Potentiale von Peer-to-Peer Sharing Geschäftsmodellen*, Grin Verlag, 2017, 13.

услуге повезивања и, уопште, омогућавања тржишта. Но, управо је њихов правни положај неизвесан и споран, јер није јасно да ли су они у истој корисничкој равни са путницима или су они, ипак, ближи *Uber*-у као организатору читавог система њиховог повезивања ради пружања превозничке услуге.⁹

II Правни проблем

Основни правни проблем који се јавља у систему пружања превозничке услуге путем *Uber*-а се састоји у нејасноћи његове улоге, односно у недореченој правној квалификацији. Ради олакшања свог положаја, представници *Uber*-а теже да га одреде као простог посредника који повезује превозиоца (возача) и путника на тржишту (рачунарског алгоритма) које је сам створио.¹⁰ На тај начин посматрано, *Uber* се не би могао сматрати одговорним за неваљано пружену услугу превоза јер је он, наводно, није ни пружио, него је само утицао на повезивање стране (возач) која ју је пружила са оном која ју је користила (путник).¹¹

Са друге стране, чини се да преовлађују аргументи да се *Uber* сматра превозиоцем, јер одлучујуће утиче на сам начин пружања превозничке услуге. Дакле, не само на организацију кроз повезивање страна које представљају понуду и тражњу, него и учешћем у самој понуди превоза и њеном даљем вршењу. Сматра се да *Uber*, а не конкретни возач, пружа услугу превоза тако што има кључну улогу у сваком делу овог уговора – почев од закључења, испуњења, па до престанка. Његова при-

9 *Uber* се у правном и техничком смислу може поистоветити са берзом као средством вишестране трговине. Наиме, *Uber* као и берза служи као тржиште путем кога ће се вишестрана понуда и тражња у оптималном тржишном „тренутку“ преклопити и резултирати закључењем правног посла који за каузу има чинидбу продаје (додуше, у случају *Uber*-а чинидбу продаје услуге превоза). Истовремено, *Uber* је попут берзе и правни субјект, који као организатор може да постане одговоран за чинидбе које се продају на његовом тржишту, односно којима је омогућио улаз на своје тржиште. Међутим, за разлику од берзе која се не поистовећује са продајцима акција на тржишту које је она створила, *Uber* се, чини се, преовлађујуће поистовећује са возачима са листе могућих пружалаца превозничке услуге, чинећи тако јединствену (превозничку) целину, односно једну уговорну страну. О берзи као средству вишестране трговине вид. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 37, 65.

10 О правној природи уговора закљученог путем *Uber* апликације вид. Светислав Јанковић, „Правни режим уговора о друмском превозу путника закљученог путем интернет платформе“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 391.

11 Као и сваки посредник, могао би евентуално да одговара за тзв. лош избор друге уговорне стране уколико је она била пословно неспособна или, пак, у очитој немогућности испуњења конкретне чинидбе. О одговорности посредника вид. Михаило Велимировић, *Уговори у привреди*, Пословна политика, Београд, 1994, 143.

сутност у сваком од поменутих појавних облика уговора о превозу се испољава: прво, кроз утицај на првобитни одабир превозилаца који ће се наћи на листи са које ће путник коначно одабрати неког од њих; друго, кроз искључиви утицај на обликовање општих услова под којима ће се услуга превоза пружати и најзад, треће, кроз наплату услуге превоза од које ће се у крајњем исходу издвојити одређени део за самог возача као непосредног пружаоца ове услуге.

Дакле, правно одређење *Uber*-а се може посматрати са становишта две крајности: прве, да је у питању посредник, и друге – да је у питању превозилац. Такође, правно одређење би могло да буде и средишње, између поменутих крајности, када би се *Uber* сматрао шпедитером, тј. организатором превоза.¹² Према таквој квалификацији, *Uber* би био субјект који у своје име а за рачун корисника организује превоз, те, према томе, не би одговарао за испуњење превозничке услуге, осим у изузетним случајевима (попут сходне примене фиксне и *del credere* шпедиције).¹³ Међутим, ни ово правно одређење није у потпуности тачно, јер по *Uber*-овој конструкцији посла путник бира превозиоца са листе понуђених, док је смисао посла шпедиције да то учини управо шпедитер због свог струковног знања (начело специјализације трговинских услуга – енгл. *outsourcing*). Но, ако би се прихватио и овакав средишњи пут размишљања, *Uber* би као и у случају самоквалификавања као посредника бирајући возача заправо бирао превозиоца. С тим у вези, правни положај возача остаје нејасан и зависан од правне квалификације *Uber*-а.

III Појам возача

Возач је лице са којим путник долази у непосредни контакт приликом превоза и у том смислу може се посматрати са становишта јавног и приватног саобраћајног права. Пре свега, возач је лице које има неопходну дозволу за управљање одређеном категоријом возила, а коју му је издала држава преко свог органа као потврду знања и обучености

12 Заправо, четири могуће обавезе могу да произађу из структуре посла који је закључен под окриљем *Uber*-а. Прва, да се корисници услуге превоза само обавесте о још једној, додатној могућности за превоз. Друга, да се гарантује за тачност пруженог обавештења, посебно у погледу одлика и квалификација возача-превозиоца. Трећа, да се узме активно учешће у организацији превоза, попут улоге коју има шпедитер. Најзад, четврта, да се преузме обавеза пружања услуге превоза у целини – од организације до непосредног испуњења обавеза из уговора о превозу. Thierry Vanelslander, Christa Sys, *Maritime Supply Chains*, Elsevier, Amsterdam, 2020, 172.

13 О одговорности шпедитера за избор вид. Светислав Јанковић, „Одговорност за избор у уговорима у привреди – посебан осврт на уговор о организовању путовања и шпедиције“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017, 143.

безбедног управљања возилом.¹⁴ Са друге стране, возач је лице које непосредно испуњава уговор о превозу тако што својом радњом уз помоћ превозног средства премошћава размак од полазишта до одредишта.¹⁵

У одређењу спрам уговора о превозу, возач има положај помоћника превозиоца тако што му помаже у испуњењу основне уговорне обавезе превоза. Као помоћник, возач одговара само превозиоцу, а не и кориснику превоза са којим је у непосредном додиру поводом испуњења уговора. Дакле, за штету насталу у превозу, па чак и непосредно потеклу од возача, одговара превозилац као уговорна страна (закључилац), а не возач као помоћник, с обзиром на *inter partes* уговорно правило.¹⁶

Само изузетно возач као помоћник може бити одговоран за штету проузроковану током превоза, али тада позајмљује превозиоцев правни положај, јер одговара по правилима по којим одговара и превозилац. То значи да би у таквом случају возач имао право да се користи свим олакшавајућим правним средствима која су иначе на располагању превозиоцу, попут ограничења одговорности и разлога за лакше ослобођење од одговорности.¹⁷

Могуће је да се правни положај превозиоца и возача покlope на начин да возач буде и лице које је закључило уговор о превозу и, сходно томе, да одговара за његово испуњење. Тада, заправо, и не може бити речи о возачу као помоћнику и одвојеној личности од превозиоца, него само о превозиоцу који потпуно самостално испуњава своју основну обавезу из уговора о превозу. Међутим, могуће је да се створи забуна на страни корисника превоза у погледу одређивања лица које је превозилац уколико се створи привид да возач поступа као помоћник превозиоца, а сам превозилац одриче то своје својство. У таквој ситуацији постаје нејасно какав би возач требало да има положај – да ли би он

14 Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, бр. 53/2010, 101/2011, 32/2013 – одлука УС, 55/2014, 96/2015 – др. закон, 9/2016 – одлука УС, 24/2018, 41/2018, 41/2018 – др. закон, 87/2018 и 23/2019, чл. 178.

15 Небојша Јовановић, *Саобраћајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 104.

16 Ово правило је део ширег принципа о одговорности за радње другог које постоји и у другим правним околностима, попут родитељске одговорности, али и одговорности послодавца и правног лица за радње својих запослених и својих органа. Вид. 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, чл. 170–172.

17 Премда је овакво поистовећивање возача са превозиоцем тековина поморског права настала као одговор на познати преседан у случају Хималаја (*Himalaya*), временом је постала општа саобраћајна тековина примењива на све класичне гране превоза. Више о „Хималаја клаузули“ вид. Robert Force, Athanassios N. Yiannopoulos, Martin Davis, *Admiralty and Maritime Law*, Beard Books, Washington D.C., 2006, 290.

требало да задржи помоћничку улогу или, пак, да преузме превозилачку улогу у недостатку јасно одређеног лица као превозиоца. Управо такав случај настаје када се посматра уговор о превозу закључен у оквиру тзв. *Uber*-а. Са једне стране, *Uber* поводом свог положаја одриче превозилачко својство, а са друге, возач који непосредно врши услугу превоза не може да буде помоћник лицу које се представља да није превозилац. Такође, возач не може ни сам да буде превозилац, с обзиром на то да осим непосредне услуге превоза ни на који начин не утиче на закључење и испуњење уговора.

IV Возач у *Uber* систему превоза

Симуловање одређеног правног посла не значи да ће као такав важити, већ у супротном, скривеном облику као дисимуловани, што значи да погрешно квалификовање посла, односно нетачно представљање правног положаја и самог посла неће произвести правно дејство оног посла на који се наводи.¹⁸ Управо такав случај је са уговором о превозу закљученим у оквиру *Uber*-овог система, с обзиром на то да се сам *Uber* изричито представља као посредник између возача и путника. При томе, *Uber* посредује између возача и путника, а не превозиоца и путника, из разлога што се возачем сматра било које лице које има неопходну потврду обучености управљања одређеном категоријом возила, док превозилац поред тога мора да има и потребну дозволу за вршење своје делатности (посебно када је у питању јавни превоз).

Према привиду какав ствара *Uber*, ни возач ни *Uber* немају положај превозиоца, што ствара правну несигурност за путника по питању тога ко му одговара за евентуално насталу штету. У таквим случајевима, *Uber* се брани да је само рачунарски програм који по аутоматизму повезује возаче и путнике, док се возач штити аргументима да није имао самосталност у закључењу и испуњењу уговора, те зато и не треба да одговара за његово манљиво испуњење.¹⁹

Међутим, стварни поглед на ове односе је знатно другачији. *Uber* не само да повезује пружаоца и корисника услуге превоза, него организује читаво пружање такве услуге, почев од начина, места и времена, па до наплате те услуге. Због тога постоје макар два начина правног одређења возача у таквој правној структури. Први, да возач буде помоћник *Uber*-а, а други – да возач има положај превозиоца.

18 ЗОО, чл. 66 ст. 2.

19 Gay Davidov, „The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach“, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, Vol. 6, Nr. 1–2/2017, 11.

V Возач као помоћник

1. Уопште

Ако би се возач посматрао као помоћник у *Uber*-овој конструкцији посла, онда би његов положај на први поглед био извештан. Он, наиме, не би лично путнику одговарао за неиспуњење уговора (осим ако намерно проузрокује штету), већ би *Uber* одговарао и за његове пропусте. Међутим, ако би се десило да одговара лично путнику, поставило би се питање режима његове одговорности. То је неизвесно, јер је нејасан *Uber*-ов положај, односно да ли се он може правно посматрати као превозилац или прости посредник. У првом случају, када би долазило до донекле класичног поистовећивања помоћникове са превозиоочевом одговорношћу, као спорно би се јавило питање како заправо *Uber* одговара. Ако се и квалификује као превозилац, није јасно у који тип превоза би могао да се сврста. Могућности је више – од линијског и ванлинијског јавног превоза, до нејавног (приватног) превоза лица у друмском саобраћају.²⁰

Чини се да би се *Uber* најправилније могао одредити као ванлинијски јавни друмски превозилац путника. Добијајући такве одлике, бива најближи такси превозу,²¹ па би, према томе, возач могао да има одлике помоћника такси превозиоца. Тачније, био би извршилац посла превоза који је таксиста раније закључио. Но, јасно је да оваква конструкција посла није најуверљивија, па би је према томе требало детаљније размотрити. Наиме, ако би се возач заиста квалификовао као помоћник, нејасан би био правни основ његове помоћи такси превозиоцу.

2. Неодређеност правног основа возача као помоћника

Два су могућа основа: први, уговор о делу и други, уговор о раду. И један и други основ за свој предмет имају пружање одређене услуге која би могла да се подведе под превозничку. Међутим, правни положај посленика и запосленог се значајно разликује. Посленик је у равноправном (координирајућем) односу са наручиоцем посла, док је

20 Подсећања ради, разлике између јавног и приватног превоза у погледу одговорности, које се испољавају пре свега у висини одговорности, су значајне имајући у виду различитост примењивих извора права. По ЗОО, према чл. 671 ст. 3, који уређује приватни превоз, одговорност је неограничена са могућношћу њеног уговорног ограничења, док је према гранским, посебним законима одговорност увек ограничена. Н. Јовановић (2017), 30 и даље.

21 Katryna M. Wyman, „Taxi Regulation in the age of Uber“, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 20, Nr. 1/2017, 4.

запослени у подређеном (субординирајућем) односу са послодавцем.²² Отуда и појачана јавноправна заштита запосленог у виду читавог низа права, као што је, на пример, право на доприносе, боловање, штрајк, а у крајњем случају и на заштиту од мобинга, али и заштиту од неоснованог и једностраног раскида уговора о раду. Супротно, такву заштиту посленик нема, а нема је ни конкретан возач ако се схвати као *Uber*-ов помоћник.²³

Премда је *Uber* као организација чврсто бранио став да није послодавац, како би се и у том радноправном положају учинио потпуно недговорним, судска пракса Велике Британије је ипак створила преседан у смеру да се *Uber* одреди као послодавац из неколико разлога.²⁴ Пре свега, *Uber* врши одабир возача кроз интервјуе како би се проценила испуњеност услова у погледу обучености и искуства. То више указује на послодавчеву „моћ“ запошљавања, него на возачево „самозапошљавање“, каквим се он, као независни уговорник, жели приказати од стране *Uber*-а. Затим, одређивање накнаде за превозничку услугу од стране *Uber*-а довољно указује на неважност возачеве воље у овом погледу.²⁵

22 Бранко Лубарда, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 25.

23 Премда равноправан и независан уговарач, возач може бити уклоњен са листе активних возача у *Uber*-овом програму, па чак и без навођења оправданог разлога. Наравно, разлог за уклањање са листе доступних возача би требало да буде његово лоше оцењивање од стране путника као корисника *Uber*-ове услуге, али *Uber*-у не стоји ни једна правна препрека на путу да склони возача са листе и без навођења разлога. Оваква бојазан је посебно присутна у другим привредним облицима економије дељења (енг. *Sharing economy*), а посебно у рачунарском сектору, где једно лице пружа константно своје *IT* услуге само једном (великом) привредном субјекту. При томе, основ оваквог вишегодишњег пружања услуге је уговор о делу, а не уговор о раду, који би, да је закључен, прикладно заштитио права таквог лица када је безразложно уклоњено са листе пружалаца услуга. Проблем је утолико већи уколико се схвати да вишегодишњи рад за једног већег привредног субјекта најчешће води даљем неусавршавању, што у крајњем исходу доводи до нужне замене са „свежом крвљу“ са тржишта нових, *IT* осавремењених пружалаца услуга. Дакле, сама квалификација посла од уговора о делу у уговор о раду, што заправо и јесте, пружила би знатно већу заштиту лицу у питању. Управо је због оваквих случајева неопходно уредити унутрашњи, односно „радноравни“ однос возача са *Uber*-ом, а у циљу заштите возача као подређене стране. Његова заштита би се свела, пре свега, на претходну одређеност (а тиме и на оправдање) дисциплинских мера (међу којима је и отказ уговора о раду) које *Uber* може возачу да изрекне. О границама „подређивања“ запосленог послодавцу вид. Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 372.

24 G. Davidov, 12.

25 Benjamin Linke, „Gewerbefrei oder „Uber“ – reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf dem Prüfstand“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 8/2015, 476.

Најзад, *Uber*-ова правна моћ да искључи возача са листе је заправо само другачије названо право на отказ уговора о раду. При томе, у класичном радном праву отказ уговора о раду је детаљно уређен институт, док је *Uber*-ово истоврсно право потпуно неограничено. Имајући у виду такве аргументе, радноправни суд у Лондону је одлучио да је *Uber* ипак послодавац, те да у том смислу мора да обезбеди минимум права својим запосленима (возачима), попут права на минималну зараду и права на одмор.²⁶

Због тога, требало би *de lege ferenda* уредити положај возача као запосленог у *Uber*-у, с обзиром на то да би му се као таквом пружила потпунија правна заштита његовог положаја, а са друге стране његово иступање према путнику као крајњем кориснику услуге се не би изменило с обзиром на то да би и као такав имао помоћничке одлике. Такође, ни *Uber*-ов положај се према путнику не би променио, јер би као послодавац одговарао за штету коју проузрокује возач као његов запослени.

VI Возач као превозилац

1. Уопште

Као супротност идеји да је возач прост помоћник, јавља се идеја о његовој потпуној самосталности, која у крајњем исходу има за циљ да га оквалификује као превозиоца. У суштини, сама концепција *Uber*-а се и заснива на идеји да је возач заправо превозилац, док је путник друга уговорна страна, тј. наручилац превоза. При томе, *Uber* се самоквалификује као посредник, односно као рачунарски програм који по аутоматизму доводи у везу возача и путника.²⁷

Са друге стране, чак и када би се возач сматрао превозиоцем, остало би нејасно каквим би се имао сматрати. Као одређујући критеријум би могао да се узме јавност пружања услуге, односно да ли је услуга превоза намењена само одређеном, познатом кругу лица или, пак, неодређеном кругу лица. Подела на јавни и приватни превоз добија на значају утолико више уколико се има у виду значајно различито правно уређење ова два типа превоза.

26 Више о томе вид. The Guardian, Uber loses appeal over driver employment rights, доступно на адреси: <https://www.theguardian.com/technology/2018/dec/19/uber-loses-appeal-over-driver-employment-rights>, 27. 5. 2020.

27 Julia Tomassetti, „Does Uber redefine the Firm? The Postindustrial Corporation and Advanced Information Technology“, *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol. 34, Nr. 1/2016, 13.

2. Јавни или приватни превозилац

Одређеност у погледу тога да ли је возач, ако се сматра превозиоцем, јавни или приватни, чини се кључном за правни значај конкретног превоза. Наиме, јавни и приватни превозилац различито одговарају својим сауговорницима, а и сами сауговорници су спрам та два посла превоза различити имајући у виду шири (код јавног) и ужи (код приватног превоза) круг могућих корисника услуге. Даље, сами услови за пружање услуге се разликују код јавног и приватног превоза. Док су код приватног превоза они смањени на ниво поседовања дозволе за управљање возилом одређене категорије и оспособљеношћу возила, дотле су код јавног превоза услови строжи, тако да обухватају, поред оних за приватни превоз, читав низ других врло захтевних услова. Између осталог, оспособљеност кадра и превозног средства се цени строже, а уз то је потребно и уговарање обавезног осигурања за путника, те испуњавање додатних управноправних услова, попут добијања дозволе за обављање посла превоза на одређеном подручју, познавање путева итд.²⁸

Премда фактички пружају исту услугу, јавни и приватни превозилац се у правном погледу значајно разликују. Та разлика, поред наведене две разлике у погледу круга понуђених лица и услова пружања услуге, обухвата и другачији режим одговорности. Приватни превозилац одговара неограничено, док јавни одговара ограничено до унапред предвиђених новчаних износа. Ту се, заправо, уочава и успостављање равнотеже између строжих услова за обављање делатности јавног превоза у односу на приватни, с обзиром на то да јавни превозилац испунивши теже услове за обављање своје делатности добија на другој страни и одређене погодности. Оне се састоје не само у олакшаном виду ограничене одговорности, него и у омогућавању приступа тржишту, што није могуће приватном превозиоцу. Наиме, јавни превозилац пружа услугу непознатим лицима, те право као такво кроз читав низ строжих услова тежи пре свега заштити положаја корисника превоза. Насупрот томе, у погледу приватног превоза таквих услова нема, јер се такав превоз врши начелно познатим лицима, па их, према томе, није потребно додатно штитити од превозиоца.²⁹

28 О обавезном осигурању као „незаобилазном фактору сигурности у савременом друштву“, нарочито у путничком саобраћају, вид. Наташа Петровић Томић, *Право осигурања – сисџем*, књига прва, Службени гласник, Београд, 2019, 172–174.

29 Познатост се, при томе, одређује не само кроз лично познанство превозиоца и путника, него и кроз „правно“ познанство, које се може одредити кроз могућност процењивања правно значајних одлика превозиоца кроз преговоре, а који иначе нису присутни код уговора по приступу, какав је, између осталих, и уговор о јавном превозу који се закључује по методу „узми или остави“ (енг. *take it or leave*

Управо наведене разлике су значајно утицале на *Uber* за опредељивање у коју категорију превоза да се сврста. Међутим, нејасна опредељеност је утицала на стварање још веће неизвесности у погледу одређености правила по којима се конкретна услуга превоза пружа. Наиме, првобитно опредељење *Uber*-а да је посредник а да је возач превозилац утицало је и на одређење таквог возача-превозиоца као приватног, с обзиром на то да се, наводно, превозом бави само успутно и да нуди своју услугу само корисницима *Uber*-овог рачунарског програма. Штавише, такав возач-превозилац не само да је окарактерисан као приватни, него чак и као бесплатни, с обзиром на то да он (као превозилац и уговорна страна) не наплаћује своју услугу, него се плаћа само коришћење *Uber*-овог рачунарског програма, које сам *Uber* и наплаћује.³⁰

Са друге стране, иако самоквалификован као приватни превозилац, такав возач (заправо *Uber* преко њега) жели да приступи тржишту нудећи своју услугу великом броју лица. При томе, покушај да се избегне „јавност“ нуђења услуге кроз стварање сопственог тржишта кроз рачунарски програм који повезује возача и путника остаје безуспешан зато што поменути рачунарски програм има своју примену само уз помоћ интернета, који, сам по себи, носи одлику јавности у смислу неограничене доступности садржаја (али и због могућности да било које заинтересовано лице „преузме“ конкретни рачунарски програм на свој технички уређај – пре свега, телефон). Због тога, ма колико тежио да се одреди као приватни превозилац, возачу (али ни *Uber*-у у том својству) се не може признати ни један други положај до оног који има јавни превозилац, јер им је услуга *de facto* окренута јавности.

Дакле, сама тежња за стварањем хибридног положаја остаје незадовољена чињеницом нужности опредељења за јавни или приватни превоз као правни облик пружања услуге. Заправо, оваква подела се чини и императивном, не дозвољавајући мешовити модел превоза какав се преко *Uber*-а жели представити, а који би се састојао у узимању повољних одлика оба наведена облика превоза.³¹

it). Борислав Т. Благојевић, *Уговори њо њрисџанку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 137 и даље.

30 Тенденција квалификовања оваквог превоза не само као приватног, него и као бесплатног, има за циљ умањење одговорности превозиоца спрам основа, са објективне на субјективну, и то у најблажој варијанти кривице (*culpa levissima*). О појму *culpa levissima* вид. Olga Tellegen-Couperus, „The limits of culpa levissima“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Nr. 76/2008, 20 и даље.

31 Хибридно, односно мешовитост облика превоза би се садржала у томе што би се услуга наводно пружала приватно, али да се ипак има приступ тржишту. Са друге стране, постоји тежња да се приступ тржишту не условљава добијањем дозволе за обављање делатности јавног превоза, јер се према *Uber*-овој самоквалификацији и не обавља јавни, него приватни превоз пружањем услуге корисницима који су

Стога, може се закључити да се возач, ако би се сматрао превозиоцем, нужно мора одредити као јавни, имајући у виду ипак неограничени круг лица понуђених његовом услугом. У вези са таквим одређењем се указује и на његову, у крајњем случају, одговорност као јавног превозиоца, али и нужност испуњења услова да би могао да пружа такву услугу. На тај начин би се, у правном смислу, приближио највише такси превозу.

Са друге стране, чињеница да возач-превозилац не обавља делатност јавног превоза као своју главну, претежну делатност, не ослобађа га обавезе да се усклади са условима које је неопходно да испуни лице које жели да се бави пружањем услуге јавног превоза. Управо је на овом месту уочљива важност јавног интереса, тј. интереса заштите путника у јавном превозу, без обзира на то ко му услугу превоза пружа – лице коме је то једина (претежна) делатност или лице коме је то додатна делатност (а коју обавља у складу са начелима економије дељења (енг. *sharing economy*)). Дакле, оба лица морају да пруже доказ испуњења услова који су неопходни за јавни превоз, а даље је на њима начин организовања и пружања услуге којим би, с обзиром на различите методе пословања, привлачили у једном делу и различите категорије путника. У другом делу, с обзиром на истоврсност услуге, дошло би свакако до преклапања преовлађујућег дела корисника, који би опредељивањем за једног превозиоца (од могућа два модела овог превоза) заправо указали на (не) квалитетност пружања услуге другог. Тиме би се доказали и економски закони у самој пракси, што би у крајњем исходу дало оцену оправданости тзв. економије дељења.

VII Српски случај

Последњих неколико година (тачније од 2015. године), у Републици Србији почиње да се развија идеја економије дељења у неколико услужних делатности, попут туризма, саобраћаја и рачунарског програмирања (IT сектор услуга). У саобраћају, овај правац у економији има посебан изражај у друмском превозу путника како на краћим, тако и на дужим растојањима.³² У оба случаја је реч о већ преузетим моделима пословања из страних земаља у којима су се они показали

своју познатост доказали преузимањем рачунарског програма и регистрацијом на њему.

32 *Uber* представља саобраћајни модел пословања у градским срединама – краће релације, чиме заправо конкурише такси превозу, док је *BlaBlaCar* ограничен нарочито на међуградски превоз – дуже релације, чиме конкурише класичном аутобуском и железничком превозу. Alessandro Annareli, Cinzia Battistella, Fabio Nonino, *The Road to Servitization*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019, 60.

као профитабилни. При томе, *Uber* као профитабилнији извршио је знатно већи утицај на српски друмски саобраћај у поређењу са другим пословним моделима (попут *BlaBlaCar*-а). По узору на *Uber*, у Србији настаје тзв. *CarGo* који начелно послује по истим правилима као и његов узор. То се, пре свега, може уочити кроз стварање привида посредничког положаја у саобраћајној структури, односно неодговорности за испуњење конкретног уговора о превозу за који би требало да одговара сам возач који привидно има положај превозиоца. Са друге стране, *CarGo* не представља привредно друштво (компанију), иако у таквом облику послује *Uber*, већ превасходно рачунарски програм и интернет страницу која по одређеном алгоритму врши посредовање између возача и путника. У том смислу, *CarGo* је додатно обезбедио свој положај неодговорне стране тако што је свођењем на рачунарски програм онемогућио да уопште има правни субјективитет, а сходно томе и одговорност.

Међутим, „агресивним“ законодавним корацима током 2019. године *CarGo* и слични модели пословања се изричито забрањују на основу аргумента да није дозвољено омогућавати функционисање рачунарског програма који би повезивао путнике са возачима који немају дозволу за пружање услуге јавног превоза.³³ Како би се одговорило на такав законодавчев корак, *CarGo* се већ почетком 2019. године региструје као удружење грађана како би се створио нови привид у погледу „приватности“ превоза. Начелно, стварањем удружења грађана долази до стварања групе лица која као основни заједнички именован поседује међусобну познатост. Отуда, и услуга превоза коју чланови удружења пружају једни другима поседује начелно особину приватности, с обзиром на то да нуђење такве услуге није изашло изван круга чланова удружења, односно није окренуто јавности.

Управо је одлика међусобне познатости међу члановима удружења одлучујуће утицала на својеврстан преседан у српском правосуђу које је у 2020. години одредило да, са једне стране, *CarGo* не пружа услугу превоза, а са друге – да сама услуга превоза (коју пружа возач-превозилац) није услуга јавног карактера, већ приватног.³⁴ Тиме се *CarGo* „измеш-

33 Закон о превозу путника у друмском саобраћају, *Службени гласник РС*, бр. 68/2015, 41/2018, 44/2018, 83/2018, 31/2019 и 9/2020, чл. 92.

34 Супротно у односу на српску пресуду су, међутим, одлучивали Европски суд правде и британски суд у два одвојена, али истоверсна случаја. У њима је одлучено да је *Uber* превозилац, било стварни или уговорни (када се као стварни појављује возач као непосредни пружалац услуге превоза), али у сваком случају превозилац, а не посредник из разлога одлучујућег утицаја на услугу превоза од њеног почетка до завршетка. Вид. пресуда Европског суда правде у случају *Association Professional Elite Taxi vs. Uber Systems Spain SL*, CJEU 434/15 од 20. 12. 2017; пресуда британског

та“ из надлежности Закона о превозу путника у друмском саобраћају с обзиром на то да није превозилац, већ само удружење које има за циљ побољшање положаја и остварење интереса својих чланова. Такође, возач као превозилац није лице које пружа услугу јавног превоза с обзиром на то да своју услугу пружа искључиво члановима удружења чији је и он члан, те је стога самом чињеницом чланства онемогућено квалификовати такав превоз као јавни.³⁵ С тим у вези, услуга таквог возача није предмет правног уређења поменутог Закона о превозу путника у друмском саобраћају, као *lex specialis*-а, већ само Закона о облигационим односима као супсидијерног извора права и овде једино примењивог.³⁶

Имајући у виду преседан српског правосуђа, јасно је да возач има положај превозиоца, а не помоћника превозиоца како би могло да делује, односно како би требало да буде. Дакле, возач није лице које је прости извршилац обавезе из уговора о превозу, већ је и уговорна страна која самостално носи „своја“ права, обавезе и одговорност из конкретног уговора. Према томе, *CarGo* је само посредник који помаже настанак уговора о превозу путем решавања ситуације асиметрије информација, те сходно томе није ни превозилац, али ни послодавац возачу, већ само „организатор“ удружења, ма како то неправно деловало.³⁷

Апелационог суда у случају *Uber BV, Uber London Limited and Uber Britannia vs. Mr. Y. Aslam and Ors* од 19. 12. 2018.

35 Пресуда Прекршајног суда у Београду, 100 ПР 92316/2019 од 9. 3. 2020.

36 О случајевима примене Закона о облигационим односима на уговор о превозу вид. Н. Јовановић (2017), 84.

37 Напомена: осуда овакве пресуде из научног угла је јасна с обзиром на то да је у питању очигледно занемаривање правилног одређења одлике јавности превоза. Наиме, очито је да је суд погрешно квалификовао чињенице конкретног случаја, с обзиром на то да је одређеност конкретног превоза као приватног образложио тиме да услуга возача-превозиоца није била доступна неодређеном кругу лица (када би могла да се квалификује као јавни превоз), него само члановима удружења који су већ међу собом познати (што указује на приватност услуге превоза). Грешка у квалификацији се састоји у томе што је пренебрегнута могућност да било ко може да буде члан поменутог удружења и то без било какве претходне одлуке органа удружења о пријему у чланство, него аутоматски, истовремено са преузимањем рачунарског програма који омогућава коришћење услуге таквог превоза. Дакле, (не)свесно неузимање у обзир такве могућности довело је до последице омогућавања изигравања закона који за основну сврху има заштиту интереса корисника услуге превоза. При томе, обим заштите путникових интереса је врло широк – почев од тога да има интерес да га превози квалификовани возач (превозилац), до испуњености стандарда у погледу стања возила, и најзад осигурања самог путника у јавном саобраћају, што постаје у XXI веку наметнута цивилизацијска тековина (дакле, не само обичан углавак о осигурању који може, али и не мора да буде предвиђен у уговору о превозу).

VIII Закључак

Имајући у виду разноврсност понуђених улога које би возач могао да има у *Uber* конструкцији посла, као и заводљивост и делимичну убедљивост аргументације у прилог посредничкој улози *Uber*-а, јасно је да није једноставно одредити правни положај возача. На отежано правно одређење возачевог положаја утиче и одсуство чистих правних ситуација, с обзиром на то да се у возачу могу пронаћи разноврсне улоге – попут помоћничке, превозилачке (јавне или приватне?), потпревозилачке, и најзад мешовите, односно хибридне, у којој возач има више правних улога.

Са друге стране, чини се да је возачев правни положај лакше одредити спрам положаја *Uber*-а, који такође може да има више улога – почев од превозилачке и шпедитерске до посредничке. Међутим, ако се узме у обзир да је већина пресуда (у свету), које су имале за свој предмет квалификацију *Uber*-а, одредило *Uber* као превозиоца (осим пресуде српског Прекршајног суда), онда се у погледу положаја возача намеће као једини закључак да он има помоћничку улогу, тачније улогу превозиоцевог помоћника. Овакав положај возача додатно утемељује чињеница његове несамосталности која се испољава кроз зависност од *Uber*-а у погледу закључења и испуњења уговора (кроз опште услове пословања и наплату услуге).

Тврдње да возач има потпуну слободу да (не)закључи уговор о превозу и, сходно томе, самосталан положај у односу на *Uber*, показују се нетачним из разлога што би таквим учесталим понашањем возач по аутоматизму довео себе у ситуацију да буде једнострано искључен са *Uber*-овог тржишта. Стога, делује да возач нема равноправан положај са *Uber*-ом, који може једнострано да га искључи са свог тржишта, већ само положај помоћника. При томе, одређеност возача као помоћника је од важности за корисника услуге превоза како би извесно имао у виду ко може да му буде одговорно лице за случај неиспуњења уговора о превозу. Супротно, на плану унутрашњег односа (између *Uber*-а и возача) остаје нејасно да ли се возач-помоћник сматра запосленим или само послеником *Uber*-а. Премда светски тренд указује да ће се возач све учесталије сматрати запосленим (посебно у Великој Британији), чини се да ово питање још увек није сазрело за коначно решавање. Закључак је да је неопходно правно уредити прво положај возача у односу спрам корисника услуге превоза, с обзиром на то да је корисник најслабија уговорна страна (почев од његове неинформисаности о правима и одговорном лицу, па до стварне правне заштите пред судом). Тек општим прихватањем помоћничке улоге возача сазреће ситуација и за правно обликовање возачевог положаја спрам односа са *Uber*-ом, односно из угла посматрања радног и пореског права.

Коришћена литература

- Annareli Alessandro, Battistella Cinzia, Nonino Fabio, *The Road to Servitization*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019.
- Basker Emek, *Handbook on Economics of Retailing and Distribution*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2016.
- Благојевић Борислав Т., *Уговори њо ѓрисѓанку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Wyman Katryna M., „Taxi Regulation in the age of Uber“, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 20, Nr. 1/2017.
- Vanelslander Thierry, Sys Christa, *Maritime Supply Chains*, Elsevier, Amsterdam, 2020.
- Велимировић Михаило, *Уговори у ѓривређи*, Пословна политика, Београд, 1994.
- Gehrckens H. Mathias, „Das Transformationsdilemma in Einzelhandel“, *Handel mit Mehrwert* (Hrsg. Gerrit Heinemann, H. Mathias Gehrckens, Thomas Täuber), Springer Gabler, Wiesbaden, 2019.
- Davidov Gay, „The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach“, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, Vol. 6, Nr. 1–2/2017.
- Јанковић Светислав, „Ођговорност за избор у уговорима у привреди – посебан осврт на уговор о организовању путовања и шпедиѓији“, *Право и ѓривређа*, бр. 7–9/2017.
- Јанковић Светислав, „Правни режим уговора о друмском превозу путника закљученог путем интернет платформе“, *Право и ѓривређа*, бр. 7–9/2019.
- Јовановић Небојша, *Берзанско ѓраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.
- Јовановић Небојша, *Саобраћајно ѓраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.
- Ковачевић Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене ѓранице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Linke Benjamin, „Gewerbefrei oder „Uber“ – reguliert? – Die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten auf dem Prüfstand“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 8/2015.
- Лубарда Бранко, *Радно ѓраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Moon Youngme, „Uber: Changing the Way the World Moves“, *Harvard Business School Collection*, Nr. 1/2015.
- Петровић Томић Наташа, *Право осѓурања – сисѓем*, књига прва, Службени гласник, Београд, 2019.

- Pfeiffer Julian, *Theoretische Betrachtung operativer und strategischer Konstellationen & Potentiale von Peer-to-Peer Sharing Geschäftsmodellen*, Grin Verlag, 2017.
- Steinmetz Nikole, „Sharing Economy – Modelle und Empfehlungen für ein verändertes Konsumverhalten“, *Handel mit Mehrwert* (Hrsg. Gerrit Heinemann, H. Mathias Gehrckens, Thomas Täuber), Springer Gabler, Wiesbaden, 2019.
- Schneider Henrique, *Uber – innovation in society*, Palgrave Macmillan, Seattle, 2017.
- Tellegen-Couperus Olga, „The limits of culpa levissima“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Nr. 76/2008.
- Tomassetti Julia, „Does Uber redefine the Firm? The Postindustrial Corporation and Advanced Information Technology“, *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, Vol. 34, Nr. 1/2016.
- Force Robert, Yiannopoulos Athanassios N., Davis Martin, *Admiralty and Maritime Law*, Beard Books, Washington D.C., 2006.

Svetislav JANKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE LEGAL POSITION OF DRIVER IN THE UBER TRANSPORT OF PASSENGERS

Summary

In the article, the author considers a legal position of a driver in relation to a transport service user and in relation to Uber as a transport market maker and transporter, respectively freight forwarder. The driver's role in the Uber system is largely determined with the legal nature of Uber's legal position by the principle of the seesaw toy. If Uber has an intermediary role, then driver is a carrier, and vice versa, if Uber has been deemed a carrier, then a driver has a role as a carrier's assistant. Also, if a driver has been considered as a carrier, then it is unclear whether he is a public or only a private carrier, having in mind an (in)definite number of users.

In the first chapter of the article, the author explains the impact of the sharing economy and technical progress on creating a new mode of transport. Furthermore, the legal problem of the new way of providing a transport service has been highlighted, as well as a legal qualification of subjects involved in Uber's business structure. Finally, the author concludes that a driver should be deemed as a carrier's assistant, having in mind that Uber as a carrier and as the organizer of the transport market has a decisive influence on the whole process of transporting a passenger (from the beginning phase to ending).

Key words: *Driver. – Carrier. – Uber. – (Non)public Carrier. – Assistant. – Transport Intermediary.*

Датум пријема рада: 1. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 3. 8. 2020.

UDK: 347.78

CERIF: S124, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003220I

др *Свјетлана* ИВАНОВИЋ*

доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

КОРИШЋЕЊЕ ТУЂЕГ АУТОРСКОГ ДЈЕЛА – ИЗМЕЂУ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА И ПОВРЕДЕ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА

Сажетак

*Предмет рада је анализа ауторскоправних и сродноправних аспеката стварања ауторских дјела и предмета заштите који настају коришћењем одломака њихућих ауторских дјела. Савремена технологија омогућила је различите облике комбиновања и модификације дијелова њихућих дјела у различитим областима стваралаштва. Данашња популарна култура обилује новим јавним облицима изражавања креативности, који се добрим дијелом заснивају на коришћењу постојеће садржаја. У раду су анализирана поједина питања из пресуде Суда правде Европске уније у случају *Pelham*, у коме је предмет спора било коришћење веома крајкој одломка њуће композиције. Пресудом су прецизирани услови под којима постоји повреда искључивој овлашћења произвођача фонограма на умножавање фонограма и поједини облици ограничења ауторској и сродних права. Такође, пресуда се бави утицајем слободе изражавања на обликовање ограничења ауторској и сродних права.*

* Електронска адреса аутора: svjetlana.ivanovic@pravni.ues.rs.ba.

Кључне речи: Ауторско право. – Право произвођача фонограма. – Умножавање. – Прерада. – Циширање. – Слобода изражавања.

I Увод

Стваралаштво почива на постојећој културној баштини и обрасцима дјеловања у одређеној области умјетничког или научног изражавања. Надахнуће појединца најчешће је резултат тренутне инспирације, мало талента и много рада, и скоро увијек одражава личност ствараоца. У личности аутора обједињена су знања, искуства, доживљаји спољашњег и унутрашњег свијета и све то добија свој израз у различитим облицима стваралаштва. Ослањање на постојећа дјела није ни ново ни непожељно, само остаје питање мјере у којој се то чини. Преузимање и присвајање туђег рада је одувијек била крађа; тачније, у контексту ауторскоправне заштите, повреда права или, популарно речено, плагијат. Постоје и допуштени облици преузимања туђих дјела или њихових дијелова, као и њиховог прилагођавања, адаптирања или прераде. Поједини умјетнички правци заснивају се управо на коришћењу постојећих дјела и њиховом комбиновању како би се добило ново дјело.

Развој дигиталних технологија омогућио је разноврсне облике манипулације садржајем, било да су у питању фотографије, видео записи, музика и сл. Некада је за такве радње била неопходна скупа техничка опрема, док се данас већина садржаја ствара у „кућној радиности“. Чак сам израз садржај¹ постао је преовлађујући у интернет ери, јер се говори о стварању садржаја, а не о стварању музике, филмова и других облика изражавања који могу бити предмет ауторскоправне или сродноправне заштите. Нови садржај често се састоји од већ постојећег, као што су музика, инсerti из филмова или видео-игрица, који се углавном мијења или комбинује са неким другим садржајем. Ова појава је нарочито раширена у музичкој индустрији у којој се поједини музички правци заснивају на коришћењу препознатљивих дијелова туђих композиција. Изразит примјер је тзв. „семпловање“² које датира још из седамдесетих година прошлог вијека и представља технику стварања музике коришћењем исјечака из већ постојећих композиција.

Поставља се питање какав је статус тих новостворених дјела: могу ли се сматрати дјелима прераде; да ли се њиховим коришћењем врши

1 Енглески термин *content*.

2 Енглески термин *sampling*. Ово је један од савремених термина који још увијек немају адекватан превод на српски језик, па су просто преузети из енглеског језика.

повреда ауторског и сродних права и има ли мјеста за примјену изузетака и ограничења права? С обзиром на то да се дијелови узимају са туђих фонограма и да на тај начин настаје нови фонограм, значајно је питање статуса произвођача фонограма и евентуалне повреде његовог права. Са становишта лица које користи туђе дјело, претјерана ограничења и заштита ауторског права могу довести у питање његову слободу изражавања. Јединствен одговор је тешко пронаћи, јер су различити модалитети и обим коришћења туђих одломака у пракси. Иако се не ради о новој појави, Суд правде Европске уније је понудио детаљније смјернице за рјешавање овог проблема у пресуди која ће сигурно утицати на концепт заштите ауторског и сродних права у будућности. Наведена пресуда биће полазна тачка наше анализе неких спорних питања у вези са коришћењем туђих ауторских дјела.

II Пресуда Суда правде Европске уније у случају *Pelham*

Суд правде Европске уније је 29. јула 2019. године донио одлуку којом је дао смјернице за рјешавање спора који у Њемачкој траје скоро двије деценије, а тиче се коришћења дијела музичке композиције. Бенд „*Kraftwerk*“ је седамдесетих година прошлог вијека снимиио пјесму „*Metall auf Metall*“ из које је 1997. године узета ритмичка секвенца, односно „семпл“ од двије секунде, која је искоришћена у композицији „*Nur mir*“ познатог реп извођача. Тужиоци, као продуценти фонограма, су тврдили да је на тај начин дошло до повреде права произвођача фонограма и поставили су захтјев за престанак повреде права, накнаду штете, пружање информација и предају фонограма ради њиховог уништавања. Првостепени суд је усвојио тужбени захтјев, жалба и ревизија су одбијене у даљем поступку, да би напослетку спор дошао до Савезног уставног суда.³ Њемачки судови донијели су укупно четири одлуке по овом питању и заузели став да у конкретном случају постоји повреда права произвођача фонограма.

Специфичност њемачког ауторског права је постојање посебног ограничења у виду тзв. „слободне употребе“, која омогућава самостално објављивање и коришћење адаптираног и измјењеног дјела. Ако је адаптирано и измјењено дјело самостално, тада је његов аутор самосталан у вршењу овлашћења. Овај облик ограничења предвиђен је првенствено због развоја културе и предвиђен је за ауторско право. По аналогiji, ово

3 Детаљније о пресуди њемачког Савезног уставног суда вид. Marc Mimler, „*Metall auf Metall – German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling of Music Tracks*“, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 7, Nr. 1/2017, 119–127.

ограничење може се примјенити и на произвођача фонограма. Међутим, њемачки суд је сматрао да се у конкретном случају не може позвати на слободну употребу из простог разлога што је произвођач каснијег фонограма могао сам да произведе исти звук и није било неопходно да користи ранији фонограм. Тужени се обратио Савезном уставном суду тврдећи да је угрожена његова слобода умјетничког изражавања. Уставни суд је установио да ако се пореде различита права и њихова угроженост, много већи проблем је угрожавање умјетничке слободе изражавања код прављења семплова, него што су угрожени економски интереси произвођача фонограма.⁴ Неколико спорних питања упућено је Суду правде Европске уније. У наставку ћемо се осврнути на нека од њих.

1. Коришћење одломака туђег ауторског дјела или фонограма

а) Овлашћење на умножавање фонограма

Прво питање које је постављено Суду правде Европске уније односило се на постојање повреде искључивог овлашћења произвођача фонограма на умножавање фонограма у случају да су веома кратки исјечци преузети и пренесени на други фонограм. Наиме, произвођач фонограма има искључиво овлашћење на умножавање фонограма према одредбама Директиве о информационом друштву.⁵ Исто овлашћење произвођача фонограма предвиђено је Римском конвенцијом,⁶ као и *WIPO* Уговором о интерпретацијама и фонограмима.⁷ Директива предвиђа да је произвођач фонограма овлашћен да дозволи или забрани директно или индиректно, привремено или трајно умножавање фонограма било којим средствима и у било којем облику, у цјелини или

4 Martin Senftleben, „Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 51, Nr. 6/2020, 755–756.

5 Директива о хармонизацији одређених питања ауторског и сродних права у информационом друштву (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, OJ L 167, 22. 6. 2001; даље у фуснотама: Директива о информационом друштву), чл. 2 ст. 1 тач. г.

6 Међународна конвенција о заштити извођача, произвођача фонограма и организација за радио-дифузију из 1961. године (*Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*), чл. 10. Текст конвенције вид. у Весна Бесаровић, Благота Жарковић, *Интелектуална својина: Међународни уговори*, Београд, 1999, 380–390.

7 *WIPO* Уговор о интерпретацијама и фонограмима из 1996. године (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*), чл. 11. Текст уговора вид. у В. Бесаровић, Б. Жарковић, 399–407.

у дијеловима. Међутим, нити је Директивом, нити другим изворима права прецизирано шта се подразумева под дијеловима фонограма и како се то може тумачити. У конкретном случају, радило се о дијелу фонограма, односно о запису звука који траје свега двије секунде, па се намеће питање да ли је то довољно за постојање радње умножавања. Полазећи од општег циља Директиве, а то је висок ниво заштите ауторског и сродних права, и нарочито од циља да се произвођачу фонограма омогући заштита инвестиције у производњу тог фонограма, суд сматра да се коришћење чак и сеома кратких дијелова фонограма мора сматрати радњом умножавања.⁸

Исти став је заузео и њемачки суд, истичући разлике између смисла ауторскоправне и сродноправне заштите. Наиме, ауторско право штити креативност и обимом заштите су обухваћени само оригинални дијелови ауторског дјела, што значи да се неоригинални дијелови могу слободно користити. Са друге стране, сродноправна заштита почива на заштити привредног подухвата, инвестиције у стварање фонограма, видеограма, емисије или базе података. Ако се заштита фонограма темељи на организационим напорима продуцента, не постоји ниједан дио фонограма који није обухваћен заштитом.⁹ Разлика у нивоу заштите ауторског и сродних права предмет је критике у дијелу теорије, будући да доводи до претјеране заштите сродних права.¹⁰ Поједини аутори истичу да би, по узору на повреду права произвођача базе података, повреда искључивог овлашћења на умножавање фонограма могла да постоји само у случају ако се тиме наноси значајна штета економским интересима носиоца права, тј. ако носилац права не може да поврати уложену инвестицију. Спорно је да ли коришћење малих дијелова фонограма у виду семплова може да угрози интересе произвођача фонограма, јер не угрожава његов положај нити ствара замјену на тржишту.¹¹

Суд правде је заузео становиште да преузимање и најмањег дијела фонограма може да се сматра повредом права, али је увео још један додатни критеријум. Наиме, ако је преузети дио фонограма измјењен у толикој мјери да је постао непрепознатљив, онда неће постојати по-

8 Суд правде Европске уније, *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas v. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 29–30.

9 M. Senftleben, 752.

10 P. Bernt Hugenholtz, „Neighbouring Rights are Obsolete“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 8/2019, 1009.

11 Lionel Bently, Séverine Dusollier, Christophe Geiger, Jonathan Griffiths, Axel Metzger, Alexander Peukert, Martin Senftleben, „Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, *Pelham GmbH v. Hütter*“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 4/2019, 480.

вреда права, односно радња умножавања.¹² Овакав начин резоновања правда се потребом поштовања слободе умјетничког изражавања, јер се техника семпловања сматра врстом умјетничког израза. Заштита једног права не може бити на уштрб другог права, јер између различитих права мора постојати одговарајућа равнотежа. У конкретном случају, равнотежа мора бити успостављена између ауторског и сродних права, на једној страни, и слободе изражавања, на другој.

Остаје нејасно како ће се у пракси тумачити критеријум непрепознатљивости и у којој мјери преузети дио фонограма мора бити измјењен да не би постојала повреда права. Питање је чије мишљење или, боље речено, чији слух ће бити пресудан за препознавање преузетог садржаја. Дobar познавалац одређеног музичког правца и стручњак за семпловање би са лакоћом могао да препозна преузете секвенце звука, па би задати критеријум био тешко остварив. То би вјероватно могао да буде просјечни слушалац који би без упуштања у претјерану анализу могао да препозна преузете дијелове.¹³ Осим тога, критеријум који је суштински субјективан служи за одређење постојања повреде права. Ако је коришћење дијелова туђег фонограма радња умножавања, како је могуће да коначан исход и начин на који је инкорпорисан у нови фонограм утиче на то да ли постоји повреда права или не? Сврха и начин коришћења преузетих дијелова не би требало да утичу на постојање радње умножавања. Практично, постојање повреде права зависиће од понашања лица које преузима дијелове туђег фонограма. Уколико је то лице довољно креативно да преузети дио доведе до непрепознатљивости, онда нема радње умножавања. У супротном, долази до повреде права. У оба случаја, користи се туђи фонограм, односно његови дијелови и, објективно, врши се радња умножавања.¹⁴

б) Овлашћење на прераду ауторског дјела

Ако проблем преузимања одломака туђих дјела посматрамо са становишта ауторског права, јасно је да се ради о адаптацији, односно преради ауторског дјела. Са друге стране, произвођач фонограма нема искључиво овлашћење на прераду фонограма, јер то може да буде само нови фонограм, а евентуално преузимање одломака може да се посматра као радња умножавања. Осим тога, прерада или адаптација није

12 Суд правде Европске уније, *Hutter v. Pelham*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 31.

13 M. Senftleben, 757.

14 Eleonora Rosati, The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction, 2019, доступно на адреси: <http://ipkitten.blogspot.com/2019/08/the-pelham-decision-only-recognizable.html>, 23. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

регулисана на нивоу Европске уније, па се у недостатку хармонизованих правила адаптација подводи под појам умножавања.¹⁵

Адаптацијом дјела настаје дјело прераде. Ауторска дјела се могу подијелити на изворна дјела, дјела прераде и збирке. Изворна дјела су она код којих се не могу идентификовати препознатљиви оригинални елементи неког другог дјела. Дјела прераде су она дјела у којима се могу препознати карактеристични елементи другог ауторског дјела, али садрже довољан степен оригиналности и представљају самостална дјела.¹⁶ То су преводи, прилагођавања, музички аранжмани, обраде и друге прераде. Разлика између изворних дјела и дјела прераде је у томе што је аутор дјела прераде зависан у вршењу својих овлашћења од аутора изворног дјела, односно дјело прераде се не може користити без дозволе аутора изворног дјела. Стога је право на прераду једно од искључивих имовинскоправних овлашћења аутора.¹⁷ Оно је као искључиво овлашћење аутора предвиђено још Бернском конвенцијом.¹⁸

Дакле, једино је аутор овлашћен да дозволи или забрани прераду дјела, тачније искоришћавање прераде. Аутор или други носилац права не може да забрани прераду дјела као такву, јер је то у приватној сфери појединца, али је за сваки облик коришћења потребна дозвола. Законом је изричито предвиђено да прерада обухвата и случај када се дјело у неизмјењеном облику угради или укључи у ново дјело. Из наведеног јасно произлази да је, уколико су испуњени наведени услови, неопходна сагласност носиоца права за сваки облик коришћења таквог дјела.

У одређеним ситуацијама, предвиђена је слободна прерада дјела, као један од облика ограничења права. Објављено ауторско дјело се може слободно прерадити ако се ради о пародији или карикатури; ако то не ствара или не може да створи забуну у погледу извора дјела; ако је ријеч о приватној или сопственој преради која није намијењена и није приступачна јавности и ако се ради о преради у вези са дозвољеним коришћењем дјела која је проузрокована самом природом или начином коришћења.¹⁹

15 М. Senfleben, 759.

16 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 41.

17 Закон о ауторском и сродним правима БиХ – ЗАСП БиХ, *Службени тласник БиХ*, бр. 63/2010, чл. 33; Закон о ауторском и сродним правима Србије – ЗАСП Србије, *Службени тласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019, чл. 31.

18 Бернска конвенција о заштити књижевних и умјетничких дјела из 1886. године (*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*), чл. 12. Текст Бернске конвенције вид. у В. Бесаровић, Б. Жарковић, 329–356.

19 ЗАСП БиХ, чл. 50; ЗАСП Србије, чл. 54а.

Иако је овлашћење на прераду дјела имовинскоправно, не треба занемарити ни личноправна овлашћења која се морају поштовати приликом прераде дјела, у мјери у којој је то могуће. Свака прерада нужно значи нарушавање интегритета дјела на које аутор или други носилац права свјесно пристаје. Међутим, то не значи да не може доћи до својеврсног прекорачења овлашћења и повреде права уколико су стваралачки углед и част аутора повријеђени.

2. Ограничења ауторског и сродних права

Једно од питања које је постављено Суду правде ЕУ односило се на могућност позивања на цитирање као облик ограничења права приликом коришћења мањих исјечака. Питање је гласило: може ли се рећи да се ауторско дјело или други предмет заштите користи у сврху цитирања у складу са чланом 5 став 3 тачка д) Директиве о информационом друштву ако није очигледно да је у питању туђе дјело или предмет заштите. Наиме, ако коришћењем препознатљивих дијелова туђег фонограма долази до повреде права, може ли се корисник позвати на ограничење и изузетке права произвођача фонограма, конкретно на цитирање. Цитирање је дословно навођење туђег дјела, обично краћих дијелова, у сврхе као што је критика или осврт, уз услов да се ради о већ објављеном дјелу или предмету заштите, да је наведен извор, а ако је могуће и аутор, да је њихово коришћење у складу са поштенем праксом и у мјери оправданој сврхом која се жели постићи.²⁰

Ограничење ауторског права у сврху цитирања предвиђено је чланом 10 Бернске конвенције. У нашем закону, дозвољено је дословно навођење цитата или одломака из објављеног ауторског дјела ради научног истраживања, критике, полемике, рецензије, наставе и другог осврта у мјери оправданој потребом приказа, суочења или упућивања које жели да се постигне и у складу је са добрим обичајима.²¹ Приликом цитирања наводи се извор и име аутора, ако је то назначено на употребљеном дјелу.

Став суда је да се израз „цитирање“ мора тумачити у значењу које има у свакодневном говору. Кључно обиљежје цитирања је да лице које није аутор користи дјело или његов одломак како би илустровало одређену идеју, бранило одређени став или омогућило интелектуално супротстављање својих идеја са наведеним дјелом. Да би се корисник могао позвати на овај облик ограничења, неопходно је да има намјеру да уђе у својеврстан дијалог са дјелом, да оствари интеракцију са дјелом.²²

20 Директива о информационом друштву, чл. 5 ст. 3 тач. д.

21 ЗАСП БиХ, чл. 47; ЗАСП Србије, чл. 49.

22 Суд правде Европске уније, *Hutter v. Pelham*, C-476/17, 29. 7. 2019, пар. 71.

Први услов да би се корисник могао позвати на цитирање јесте да цитирање мора бити у сврхе као што је критика или осврт. Јасно је да је сврха у коју се може вршити цитирање само примјерице наведене и да се не ограничава искључиво на критику или осврт. Коришћење цитата може имати и другу сврху, али је у сваком случају неопходно да корисник има намјеру да уђе у неку врсту дијалога са дјелом, односно неопходна је интеракција између дјела које се дословно наводи и дјела у коме се налази цитат.

Други услов за коришћење цитирања, који практично произлази из првог, јесте непромијењена природа и могућност распознавања дословног навођења. Дакле, цитирани дио мора бити унесен у дјело без измјена и мора бити такав да се лако може разликовати као страни елемент. Трећи услов се односи на обиљежавање извора одакле је преузет цитат и означавање аутора, ако је то могуће.

У конкретном случају, општи правозаступник је сматрао да услови за примјену овог изузетка нису испуњени, јер недостаје било каква врста дијалога са дјелом.²³ Преузимање дијелова туђег фонограма да би били унесени у нова дјела, тј. нове фонограме, не значи успостављање било каквог дијалога. Прије би се могло рећи да се ради о присвајању цитираних одломака, а не о дијалогу са њима, јер нити им се одаје по част, нити се критикују. Трагом мишљења правозаступника, суд је заузео становиште да се цитирање не може примјенити ако се користе дијелови који су непрепознатљиви, што значи да би примјена цитирања могла доћи у обзир уколико је ријеч о одломцима који би се могли разазнати.

Суд правде Европске уније је у ранијој пресуди имао прилику да се изјашњава о цитирању полазећи од смисла цитирања. Смисао изузетака и ограничења ауторског и сродних права је у одржавању правичне равнотеже између права и интереса аутора, на једној страни, и права корисника ауторских дјела и других предмета сродноправне заштите, на другој. Када је у питању цитирање, смисао је одржавање правичне равнотеже између слободе изражавања корисника дјела и других предмета заштите, и искључивог овлашћења носилаца права на умножавање. У конкретном случају, право корисника на изражавање односи превагу над правом аутора да забрани умножавање одломака његовог дјела које је законито објављено уз навођење имена аутора.²⁴

23 Мишљење општег правозаступника у предмету C-476/17, 12. 12. 2018, пар. 64–69.

24 Суд правде Европске уније, *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, C-145/10, 1. 12. 2011, пар. 132–135.

Према мишљењу правозаступника, осим цитирања у случају коришћења одломака фонограма, има мјеста примјени ограничења права у сврху пародије или карикатуре уколико су испуњени услови за то.²⁵ У питању је једно од већ поменутих ограничења које се односи на слободну прераду дјела, тачније дјело се може слободно прерадити ако је то учињено у сврху пародије или карикатуре.

Осим цитирања и слободне прераде дјела, мишљења смо да би у сличним ситуацијама још једно ограничење могло да се примјени, а то је ограничење које се односи на небитне састојке дјела. Објављена дјела која представљају небитан састојак у односу на главно дјело у које су укључена, или у односу на ствар са којом се заједно користе, у слободној су употреби при искоришћавању таквог главног дјела или ствари.²⁶ Истина, овдје се говори о дјелу које је у цјелини саставни дио другог дјела, као и о томе да је укључено дјело небитно у односу на главно дјело, што би се морало цијенити у сваком конкретном случају.

Приликом тумачења изузетака и ограничења права, неопходно је примјенити тзв. „тест у три корака“. То значи да ограничења и изузеци морају бити унапријед прописани, њихова примјена не смије бити у супротности са уобичајеним искоришћавањем дјела или предмета сродноправне заштите и не смију наносити штету законитим интересима носилаца права.²⁷

3. Ауторско и сродна права и слобода изражавања

Пресуда у случају *Pelham* је прва пресуда у којој се Суд правде ЕУ изричито позива на умјетничку слободу, као један вид слободе изражавања. Заправо, суд разматра однос права интелектуалне својине, тачније ауторског и сродних права, и слободе изражавања.

На који начин основна права предвиђена Повељом утичу на обим заштите искључивих права произвођача фонограма и на обим ограничења и изузетака од тих права?²⁸ Другим ријечима, питање је колико основна права утичу на тумачење обима заштите искључивих права и ограничења тих истих права. С обзиром на то да се у конкретном случају ради о слободи изражавања, упитно је да ли је допуштено, позивајући се на слободу умјетничког изражавања, вршити повреду права произвођача фонограма и ком праву треба дати примат. Суд правде се овим питањем

25 Мишљење општег правозаступника у предмету C-476/17, 12. 12. 2018, пар. 70.

26 ЗАСП БиХ, чл. 48; ЗАСП Србије, чл. 54в.

27 Директива о информационом друштву, чл. 5 ст. 5.

28 Европска повеља о основним правима из 2012. године (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

није бавио посебно, већ заједно са првим питањем о постојању повреде права. Дајући одговор на прво питање и предвиђајући да повреда права не постоји ако је искоришћени одломак постао непрепознатљив, суд практично уважава слободу умјетничког изражавања.

Смисао ограничења ауторског и сродних права је успостављање равнотеже између интереса аутора и других носилаца права, на једној страни, и права и интереса других лица поводом коришћења тих предмета заштите, на другој страни. У том смислу, свако ограничење права је израз права и интереса трећих лица и свака прича о ограничењима нужно повлачи за собом питање усклађивања основних права и слобода, тачније усклађености права интелектуалне својине са другим правима. Анализирана пресуда је значајна управо због одређења односа ауторског и сродних права према другим правима. Она се мора посматрати заједно са још двије пресуде које се суштински баве истим питањем, тј. питањем односа ауторског права и осталих права.²⁹

У досадашњој пракси Суда правде Европске уније, утицај основних људских права на обликовање права интелектуалне својине установљен је у погледу три питања. То су предмет и обим заштите, тумачење постојећих ограничења и изузетака и мјере за заштиту права, нарочито у случају повреде на интернету. Међутим, суд је у наведена три случаја имао прилику да одлучи да ли је постојање права која су гарантована Повељом и уставом сваке државе довољно да ограничи ауторско право, или је то могуће само на основу унапријед прописаних ограничења. Закључак суда је да људска права, као што је право изражавања, право информисања и сл., не могу бити самостални ограничавајући фактор за ауторско и сродна права, тј. не могу бити додатни нити самостални извор ограничавања права, већ то могу бити само посредно, преко постојећих ограничења и изузетака који су унапријед предвиђени Директивом. Поједини аутори сматрају да је Суд правде имао прилику да да предност или основним правима и слободама или хармонизацији права ЕУ, и да је изабрао ово друго.³⁰

Ове пресуде су значајне због још једне важне чињенице. Наиме, у посљедње вријеме говори се о ограничењима и изузетима као правима корисника. Такође, постоје схватања да би и у евро-континентално право, умјесто строгог система унапријед предвиђених ограничења, требало уве-

29 Суд правде Европске уније, *Funko Medien NRW GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, 29. 7. 2018; Суд правде Европске уније, *Spiegel Online GmbH v. Volker Beck*, C-516/17, 29. 7. 2019.

30 Thom Snijders, Stijn van Deursen, „The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funko Medien Decisions“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 9/2019, 1189.

сти отворени облик ограничења права, по узору на фер употребу. Умјесто увођења фер употребе, постојећа ограничења и изузетке треба тумачити у складу са правима и слободама, као што је слобода изражавања. Ограничења и изузеци у дијелу теорије сматрају се правом корисника и на тај начин их треба тумачити.³¹ Дакле, слобода изражавања у конкретном случају може да буде корективни принцип приликом тумачења ограничења и изузетака који су унапријед предвиђени.

III Искуства из упоредног права

Слични проблеми у вези са коришћењем туђих дјела и слично резонуваће постоји и у упоредном праву. У праву САД-а 2005. године је донесена пресуда у којој је у случају коришћења семплова примјењен сличан резон као и у њемачком праву. Према пресуди, сваки дио фонограма, па макар био најмањи како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу, ужива заштиту.³² У конкретном случају, суд није примјенио тзв. *de minimis* доктрину која означава да употреба мањих дијелова заштићеног дјела не представља повреду ауторског права.³³ Ова пресуда је дуго била на мети критика,³⁴ а поједини аутори су чак истицали да је тумачење суда супротно циљевима ауторскоправне заштите.³⁵ У току 2016. године донесена је још једна пресуда у сличном спору,³⁶ у којој је примјењен поменути изузетак, што има за посљедицу

31 Christophe Geiger, Elena Izyumenko, „The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 3/2020, 20.

32 *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 2005.

33 *De minimis* доктрина у америчком праву није исто што и фер употреба.

34 Узрок одбацивања *de minimis* доктрине можда лежи у њеној блискости концепту „зноја на обрви“, који означава да се ауторским правом награђује рад и труд ствараоца, без обзира на оригиналност. Услов оригиналности је у америчком праву уведен тек 1991. године. Jeremy Beck, „Music Composition, Sound Recordings and Digital Sampling in the 21st Century: A Legislative and Legal Framework to Balance Competing Interests“, *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2005, 14.

35 Ако коришћење чак и минималног дијела туђег ауторског дјела представља повреду права, оправдано се поставља питање на који начин су угрожена права аутора изворног дјела. Наиме, ако се одломак дјела у виду „семпла“ искористи за стварање новог дјела, и ако је при томе изворно дјело препознатљиво, тешко је наћи оправдање за пружање заштите аутору изворног дјела. Искоришћени одломак туђег дјела је најчешће само почетна тачка за стварање новог дјела које је самостално. John Schietinger, „Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth Circuit Missed a Beat on Digital Music Sampling“, *DePaul Law Review*, Vol. 55, Nr. 1/2005, 234.

36 *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, No. 13–57104, 2016.

постојање повреде права само уколико је умножен знатан дио звучног записа.³⁷

Треба имати на уму да у америчком праву не постоји велика разлика у погледу заштите ауторског дјела и фонограма, као што је случај у евро-континенталном праву. Сходно томе, постоје различита виђења могућих рјешења ауторскоправних проблема у савременој музичкој индустрији. Од почетка деведесетих година било је неколико приједлога за рјешење спорних питања. Музика која настаје преузимањем и коришћењем кратких одломака туђих дјела може се сматрати прерадом, тј. изведеним дјелом, те је неопходна дозвола носиоца права за коришћење таквог дјела. Друго могуће рјешење је примјена система законске лиценце, а треће остваривање права путем система колективних организација. Нису изостали ни приједлози да се коришћење одломака подведе под облик ограничења права по доктрини фер употребе која се примјењује у праву САД-а, што је можда и најреалније рјешење.³⁸ Један од интересантних приједлога је да се приликом процјене да ли се ради о повреди права примјени тзв. теорија побољшања из патентног права, према којој се мора водити рачуна о томе колико је преузети одломак утицао на новостворено дјело.³⁹

IV Закључак

Стварање ауторских дјела коришћењем постојећих, раније створених, није нова појава. Може се чак рећи да постоји исто толико дуго колико постоји и стваралаштво. Савремена дигитализација је, у извјесној мјери, дала вјетар у леђа овој појави, будући да је технологија обраде бржа и да су веће могућности за модификовање најразноврснијег садржаја. Коришћење туђих дјела неминовно отвара нека питања ауторскоправне и сродноправне заштите насталих творевина.

37 Loren E. Mulraine, „A Global Perspective on Digital Sampling“, *Akron Law Review*, Vol. 52, Nr. 3/2019, 729–730.

38 Péter Mezei, „Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 2/2019, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360936>, 12. 6. 2020, 5.

39 Постоји неколико категорија. Прва, они који уводе минимална побољшања, у смислу да је додата вриједност минимална због тога што је искоришћен већи одломак или су измјене изворног дјела минималне, па слушацац може лако да идентификује изворно дјело. Постоје још двије категорије – значајна побољшања и радикална побољшања, код којих се изворно дјело уопште не може идентификовати. Mark Lemley, „The Economics of Improvement in Intellectual Property Law“, *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 365*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1274199>, 25. 6. 2020, 35–45.

Коришћење одломака туђих дјела за стварање новог ауторског дјела најчешће значи стварање дјела прераде. Аутор дјела прераде може да користи дјело само уз сагласност носиоца права изворног дјела. Изузетно, ако се ради о малим одломцима и ако су испуњени законом предвиђени услови, постоји могућност позивања на одређене облике изузетака и ограничења ауторског права.

Док је ситуација са ауторима и њиховим правима на новим дјелима релативно јасна, недоумице се појављују у вези са правима појединих носилаца сродних права. Конкретно, произвођач фонограма може да се супротстави коришћењу малих одломака фонограма под условом да се могу препознати, односно идентификовати у новонасталом дјелу, односно фонограму. Искључиво овлашћење произвођача фонограма на умножавање његових фонограма протеже се и на веома кратке одломке. Уколико је преузети одломак инкорпорисан у ново дјело, односно нови фонограм, у мјери да се не може препознати, онда нема повреде права. Ако је одломак препознатљив, онда постоји повреда права, што нас наводи на закључак да се иста радња различито третира у зависности од нивоа препознатљивости у новом дјелу. С обзиром на то да је критеријум препознатљивости прилично субјективан, овакво рјешење не иде у прилог правној сигурности.

Под унапријед дефинисаним условима, могуће је примјенити ограничење права у сврху цитирања. Цитирање као дословно навођење је могуће ако се врши у сврху критике или осврта, или неку другу сврху, под условом да је успостављен дијалог или нека врста интеракције са дјелом. За цитирање је битно да се цитирани дио може издвојити, односно распознати, јер у супротном нема цитирања, као и да се наведе извор цитирања и име аутора. Сврха прописивања изузетака и ограничења права је усклађивање интереса носилаца права и интереса трећих лица. Она служе као кочница апсолутним и искључивим монополским правима интелектуалне својине и, истовремено, као инструмент усклађивања са другим правима и слободама. Једно од тих права, које је од кључног значаја за стваралачки процес, је право, тачније слобода умјетничког изражавања, у ширем смислу слобода изражавања. Анализа пресуде показала је да слобода изражавања представља корективни инструмент који обликује ограничења ауторског и сродних права, због чега је неопходно успоставити одговарајућу равнотежу између ових права. Смисао ауторског права је, између осталог, подстицање креативности и стваралаштва, и стога оно не би смјело да буде кочница нити препрека изражавању те креативности.

Коришћена литература

- Bently Lionel, Dusollier Séverine, Geiger Christophe, Griffiths Jonathan, Metzger Axel, Peukert Alexander, Senftleben Martin, „Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law? Opinion of the European Copyright Society in Relation to the Pending Reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v. Hütter“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 4/2019.
- Бесаровић Весна, Жарковић Благота, *Интелектуална својина: Међународни ујовори*, Београд, 1999.
- Beck Jeremy, „Music Composition, Sound Recordings and Digital Sampling in the 21st Century: A Legislative and Legal Framework to Balance Competing Interests“, *UCLA Entertainment Law Review*, Vol. 13, Nr. 1/2005.
- Geiger Christophe, Izyumenko Elena, „The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, But Still Some Way to Go!“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 3/2020, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3472852, 10. 7. 2020.
- Lemley Mark, „The Economics of Improvement in Intellectual Property Law“, *Texas Law Review*, Vol. 75, 1997, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 365*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=1274199>, 25. 6. 2020.
- Марковић Слободан, Поповић Душан, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013.
- Mezei Péter, „Thou Shalt (Not) Sample? New Drifts in the Ocean of Sampling“, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 2/2019, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360936>, 12. 6. 2020.
- Mimler Marc, „Metall auf Metall – German Federal Constitutional Court Discusses the Permissibility of Sampling of Music Tracks“, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 7, Nr. 1/2017.
- Mulraine Loren E., „A Global Perspective on Digital Sampling“, *Akron Law Review*, Vol. 52, Nr. 3/2019.
- Rosati Eleonora, The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction, 2019, доступно на адреси: <http://ipkitten.blogspot.com/2019/08/the-pelham-decision-only-recognizable.html>, 23. 5. 2020.

- Senftleben Martin, „Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 51, Nr. 6/2020.
- Snijders Thom, Deursen Stijn van, „The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 9/2019.
- Schietinger John, „Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth Circuit Missed a Beat on Digital Music Sampling“, *DePaul Law Review*, Vol. 55, Nr. 1/2005.
- Hugenholtz Bernt P., „Neighbouring Rights are Obsolete“, *International Review on Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 50, Nr. 8/2019.

Svjetlana IVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of East Sarajevo Faculty of Law

USE OF COPYRIGHTED WORKS – BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

Summary

The paper deals with the analysis of copyright and related rights aspects of the creation of works and protected subject matters that arise from the use of excerpts from other people's copyrighted works. Modern technology has enabled various forms of combining and modifying parts of other people's works in various fields of creativity. Today's popular culture abounds with new forms of expression of creativity, which are largely based on the use of existing content. Creating new content from existing photos, videos, music has become an everyday activity for most people. Some new music directions are based on the use of other people's works, for example – hip hop. Sampling is the reuse of a portion of a sound recording in another recording. Samples may comprise elements such as rhythm, melody, speech, sounds, and may be sped up or slowed down, looped, or otherwise manipulated. Sampling is the focus of our interest due to the litigation in Germany which was brought to the Court of Justice of the European Union.

The paper analyses certain issues from the judgment of the Court of Justice of the European Union in the Pelham case, in which the subject of the dispute was the use of a noticeably short excerpt from someone else's composition. The judgment specifies the conditions under which there is an infringement of copyright and phonogram producer's rights, especially reproduction and adaptation rights. The phonogram producer's exclusive right to reproduce his or her phonogram allows him to prevent another person from taking a sound sample, even if very short, of his or her phonogram for the purposes of including that sample in another phonogram, unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognizable to the ear. The judgment deals with copyright and related rights exceptions and limitations. Regarding the quotation exception, the Court stated that the user of a sample might invoke the quotation defence only in relation to a sample that is recognizable to the ear. Also, the judgment deals with the influence of freedom of expression on the shaping of copyright and related rights exceptions and limitations. A fair balance must be struck between the interest of the holders of copyright and related rights in the protection of their intellectual property rights, on the one hand, and, on the other hand, the protection of the interests and fundamental rights of users of the protected subject matter.

Key words: *Copyright. – Phonogram Producer's Right. – Reproduction. – Adaptation. – Quotation. – Freedom of Expression.*

Датум пријема рада: 1. 8. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2020.

UDK: 368.91 ; 347.455

CERIF: S137, S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003237G

др *Мирјана* ГЛИНТИЋ*

научни сарадник на Институту за упоредно право

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ОСИГУРАЊА ЖИВОТА КОРИСНИКА КРЕДИТА

Сажетак

Последњих година, банке у Србији, као овлашћени засијујници осигурања, почеле су да нуде различите врсте уговора о осигурању који служе као средство обезбеђења најлакше кредитна. Како се наспрам банке, као пошеницијални корисник кредитна, налази пошрошач који не поседује довољно правничког знања о осигурањима, овај рад има за циљ да укаже на основне карактеристике тих осигурања и да истакне разлике између њих. И поред свих информација које су засијујници осигурања у обавези да пренесу својим клијентима, у вези са овим осигурањима увек постоје одређене недоумице, нарочито у вези са питањима који су ризици покривени осигурањем, да ли су у обавези да закључе ове уговоре, као и да ли су ова осигурања исплаћива.

Током последње две године је донето неколико пресуда у вези са осигурањем кредитна и овлашћењем банака у вези са тим уговором, па је било нужно размотрићи какве би то последице имало на начине уговарања и обрачунавања премија за нека група, иако групације коначно ипрана, осигурања иакође намењена обезбеђењу кредитна.

* Електронска адреса аутора: m.glintic@iup.rs.

Кључне речи: *Осигурање живота. – Осигурање способности враћања кредита. – Појрошач. – Обавеза информисања. – Ефективна кампајна стоја.*

І Осигурања лица намењена обезбеђењу кредита

Користећи праву осигурања иманентну диспозитивност правних правила, осигуравачи су у своју понуду производа осигурања уврстили и осигурања која служе обезбеђењу кредита на различите начине. Потреба за овим видовима осигурања настала је првенствено услед чињенице да је често веома тешко наћи јемца, па је било потребно изнаћи ново средство обезбеђења дугованих ануитета корисника кредита према даваоцу кредита.¹ Полисе осигурања могу одиграти значајну улогу инструмента обезбеђења уредног извршења обавезе корисника осигурања.² Код нас се, у првом реду, за потребе додатних обезбеђења срећу осигурање живота корисника кредита и осигурање способности враћања кредита, које је заступљено у мањој мери.³

1. Осигурање живота корисника кредита

Дугу традицију на нивоу Европске уније има осигурање живота корисника кредита. С обзиром на то да не постоји законска дефиниција овог вида осигурања живота, потребно је анализирати опште и посебне услове осигурања, као и углавном страну литературу како би се стекла ближа представа о њему, јер код нас није било предмет нарочитог интересовања науке. Из самог назива овог осигурања је јасно да се осигурани ризици у оквирима овог осигурања односе само на ризике који се реализују на личности самог осигураника, услед којих ће настати немогућност извршења обавезе из уговора о кредиту.⁴

1 Harold Schulz, Volker Stegmann, Jürgen Uffmann, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen versichern*, Frankfurt am Main, 2007, 3.

2 Иако евидентно служе као средство обезбеђења извршења обавеза по основу уговора о кредиту, њихов домен је у том смислу ограничен, јер до активирања полиса долази само кад се оствари осигурани случај, а не увек када дође до неизвршења обавеза корисника кредита. Тај став је изразио и немачки суд у једном од случајева у вези са коришћењем полиса осигурања живота као средства обезбеђења. Вид. пресуду немачког Савезног суда правде (*Bundesgerichtshof – BGH*), XI ZR 45/09 од 15. 12. 2019.

3 Свега један осигуравач нуди ову врсту осигурања.

4 Timm Geßner, „Die Restschuldversicherung in der Äquivalenzprüfung des Darlehensvertrages“, *Verbraucher und Recht*, Nr. 3/2008, 84–85.

Закључењем уговора о овом осигурању, корисник осигурања се осигурава да ће осигуравајуће друштво преузети на себе обавезу плаћања кредита у случају остварења осигураних ризика: смрти, губитка посла и пролазне неспособности за рад.⁵ Према анализираним условима осигурања, банка се одређује као корисник осигурања, што значи да се исплата врши њој када се оствари осигурани случај.⁶

Сврха овог осигурања највише долази до изражаја када служи обезбеђењу чланова породице корисника кредита за случај да он премине током трајања уговора о кредиту. Како наследници прихватањем наследства наслеђују и дугове оставиоца по сили закона,⁷ то значи да би наследници морали да наставе са отплатом кредита или да банка оствари своја права као хипотекарни поверилац. Захваљујући овом осигурању, у тим случајевима осигуравач преузима обавезу исплате преосталих рата кредита. Осигурана сума се углавном уговара као опадајућа, тако што се сваког месеца током трајања осигурања њен износ смањује за паушално одређени износ.⁸ Ако су као осигурани ризици уговорени незапосленост и спреченост за рад, осигуравач исплаћује рате за одређени временски период.⁹

Основне карактеристике осигурања живота корисника кредита су да не поседује штедну компоненту, услед чега су њене премије ниже у односу на премије за уобичајено осигурање живота. То значи да ако у току периода осигурања не наступи осигурани случај, онда корисник кредита нема право на исплату осигуране суме, нити може

5 Иако ово осигурање носи назив осигурање живота, код нас су овим осигурањем покривени и горе представљени ризици. Вид. Сава осигурање, Посебни услови за индивидуално осигурање живота за случај смрти са опадајућом осигураном сумом, доступно на адреси: https://www.sava-zivot.rs/media/store/savaLife/srRS/PDF_v1/SIGURNOST_KREDIT/SIGURNOST_KREDIT_POSEBNI_V1a.pdf, 10. 7. 2020.

6 У случају да корисник осигурања већ поседује полису осигурања живота, закљученог независно од уговора о кредиту, потребно је да та полиса буде винкулирана у корист банке, односно да се изврши уступање права на исплату осигуране своте. На тај начин, банка остварује предност приликом исплате осигуране суме. Ипак, треба напоменути да банке могу одредити услове под којим ће прихватити полисе издате од стране неког другог осигуравајућег друштва, а не оног са којим имају закључен уговор. Matthias Kuballa, *Darlehens- und Restschuldversicherungsvertrag als verbundene Verträge*, Dissertation, Freie Universität Berlin, Berlin, 2013, 24.

7 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 и 6/2015, чл. 222–227.

8 Уговарање опадајуће осигуране суме значи да се износ осигуране суме не поклапа у потпуности са износом преосталог кредита. То даље значи да када заиста наступи осигурани случај, преостала осигурана сума може бити недовољна да у потпуности покрије обавезу корисника кредита код банке. T. Geßner, 84–85.

9 Вид.: H. Schulz, V. Stegmann, J. Uffmann, 29–30; Udo Reifner, Michael Knobloch, Kai-Oliver Knops, *Restschuldversicherung und Liquiditätssicherung: Analyse und Produktentwicklung*, Norderstedt, 2010, 10.

захтевати откуп полисе или да се изврши капитализација осигурања. Међутим, одсуство штедног карактера овог осигурања не треба мешати са ситуацијом када по исплати кредита путем осигуране суме преостане део осигуране суме као вишак. Тада се он предаје наследницима уговарача осигурања, односно корисника осигурања.

Што се тиче премија за ово осигурање, оне се углавном плаћају једнократно, али се могу плаћати и у месечним ратама.¹⁰ Њихова висина зависи од старости корисника кредита, његовог здравственог стања,¹¹ висине каматне стопе и износа кредита. Премија се може плаћати из сопствених средстава или из средстава кредита, што значи да трошкови премије улазе у рату кредита.¹² Дакле, банка корисника кредита кредитира и за износ премије, чиме расте цена кредита.¹³

Иако се информације о овом осигурању могу наћи и на сајтовима осигуравајућих друштава, она се суштински продају само у банкама.¹⁴ То значи да у вези са овим осигурањима банка има вишеструку улогу. Прво, она поступа као заступник у осигурању, што значи да закључује уговоре о осигурању у име и за рачун осигуравајућег друштва са којим има закључен уговор о обављању послова заступања у осигурању.¹⁵ Потом, као што је већ поменуто, банка по основу уговора о осигурању живота корисника кредита има улогу корисника осигурања у чију корист ће се извршити исплата осигуране суме у случају остварења осигураног случаја.¹⁶

10 Н. Schulz, V. Stegmann, J. Uffmann, 12.

11 Прегледи код лекара опште праксе, кардиолога, а за неке кредите и тестирање на присутност вируса ХИВ, постаје све уобичајенији услов одобравања кредита, нарочито стамбених јер су вишегодишњи.

12 Наташа Петровић Томић, „Уговор о осигурању способности враћања кредита“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2017, 106.

13 Т. Geßner, 48–51.

14 Врло битно питање које се поставља у вези са оваквом праксом јесте питање ограничавања слободе уговарања, јер је корисник кредита у суштини ограничен у избору осигуравача. Међутим, упоредноправно посматрано, то је уобичајена пракса. Вид.: Н. Schulz, V. Stegmann, J. Uffmann, 5; U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 24.

15 Упоредноправно посматрано, улога банке као заступника осигурања у продаји животног осигурања је значајна у Шпанији, Италији и Француској, док је мања у Немачкој, Холандији и Швајцарској. Продаја неживотних осигурања се у читавој Европи врши дистрибутивним каналима посредника и заступника.

16 У упоредном праву су познати примери уговора о осигурању живота корисника кредита које банка закључује са осигуравајућим друштвом. Тада морају бити испуњени одређени услови како би овај уговор био правно ваљан. На првом месту је потребно да корисник кредита да писану сагласност за закључење уговора. Потом, осигурано лице по потписивању уговора мора добити копију потписаног уговора и бити обавештено о правима на опозив/раскид уговора. Rolf Krüger (Hrsg.), *Peripert Der Personenrisikoexperte: Antrags- und Leistungsbearbeitung in der Personenversicherung*, Wiesbaden, 2000, 434.

Та улога банке ће престати ако је кредит у целости исплаћен пре рока доспелости.¹⁷

2. Осигурање способности враћања кредита

Осигурање врло слично осигурању живота корисника кредита је осигурање способности враћања кредита, код ког осигуравач преузима на себе враћање кредита ако дође до остварења осигураног случаја, који се огледа у губитку или смањењу прихода услед смрти, неспособности за рад или раскида радног односа.¹⁸ Дакле, и сам осигурани случај је дефинисан на исти начин као и код осигурања живота корисника кредита, с том разликом да је као осигурани случај предвиђен и потпуни трајни инвалидитет услед незгоде.¹⁹

Оно по чему се ова осигурања разликују, јесу улоге учесника уговорних односа. Наиме, по основу уговора о осигурању способности враћања кредита уговарач осигурања је банка која закључује уговор о осигурању са осигуравајућим друштвом,²⁰ док је корисник кредита, који је истовремено и осигурано лице, у обавези да плаћа премије осигурања. Корисник кредита потписивањем изјаве о приступању осигурању приступа уговору о осигурању који је банка закључила са осигуравачем. Такође, потписивањем изјаве осигураник потврђује да је сагласан да се у случају настанка осигураног случаја накнада исплати кориснику осигурања, тј. банци.²¹

Такође, разлику између ових осигурања представља и њихова правна природа, јер из општих услова и за једно и за друго осигурање произлази да је осигурање живота корисника кредита осигурање лица свотног карактера, док је осигурање способности враћања кредита имовинско осигурање одштетног типа, јер је усмерено на заштиту од

17 Wiener Städtische, Dopunski uslovi za osiguranje života samo za slučaj smrti osigurnika sa opadajućim osiguranim sumama, доступно на адреси: <https://wiener.co.rs/wp-content/uploads/2019/08/Dopunski-uslovi-riziko-sa-opadajucim-osig-sumama-18.09.2015.pdf>, 10. 7. 2020, чл. 4.

18 Н. Петровић Томић, 91, 102; Loris Belanić, „Ugovor o osiguranju sposobnosti vraćanja kredita prema uslovima osiguranja hrvatskih društava za osiguranje, kritika i prijedlozi reforme u poredbenom pravu“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, бр. 1/2012, 70.

19 Триглав осигурање, Општи услови осигурања за случај немогућности враћања кредита одобрених код пословних банака, чл. 5.

20 Као и код осигурања живота корисника кредита, и код овог уговора је реч о ексклузивним уговорима, с обзиром на то да се склапа по правилу само са једним осигуравачем. L. Belanić, 72.

21 Триглав осигурање, Општи услови осигурања за случај немогућности враћања кредита одобрених код пословних банака, чл. 3.

финансијских губитака које може претрпети имовина корисника кредита и његових наследника.²²

Још једна разлика је начин закључења уговора, с обзиром на то да банка закључује уговор о колективном осигурању способности враћања кредита са осигуравачем са којим преговара о висини премије, искљученим ризицима, а корисник кредита има само могућност да приступи установљеном групном осигурању и да плаћа премије.²³ Управо из овог разлога се ово осигурање перципира као спорно, јер се поставља питање да ли се може говорити о правно ваљаном основу наплате премије ако је та обавеза заснована на уговору између даваоца кредита и осигуравача, а без учешћа осигураног лица као корисника кредита.²⁴

II Добровољност осигурања лица за обезбеђење кредита

Најчешћи извор недоумица у вези са овим осигурањем за потрошаче јесте питање да ли су они обавезни да закључе уговор о осигурању ако желе да им се одобри кредит. Томе сведоче новински чланци и нестручни форуми, где клијенти банака истичу да су били приморани да закључе уговор о осигурању, а да притом нису били ни најсигурнији чему тачно ова осигурања служе. Ове податке ипак треба узети са извесном дозом резерве, јер се углавном ради о једностраној интерпретацији разговора у банци. Међутим, управо се ту налази суштина проблема. Наспрам банке се налази просечан потрошач који је економски инфериорнији и без довољно правних знања да би стекао праву слику о својим правима и обавезама. Поред тога, могућност закључења уговора о осигурању живота корисника кредита им је представљена на та-

22 Мирјана Глинтић, *Правна природа права на исплату осигуране суме код осигурања лица*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 148–150.

23 U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 20; такође и Horst Millauer, *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Karlsruhe, 1966, 13. Ипак, не треба испустити из вида да се и осигурање живота корисника кредита може закључити у форми колективних осигурања, код ког корисник кредита само потписује изјаву о приступању. Вид. Peter Mülbert, Alexander Wilhelm, „Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 48/2009, 2241.

24 Вид.: Alexander Göhrmann, „Verbraucherdarlehen: Kein Verbundgeschäft bei Versicherungsnehmerstellung des Kreditinstitutes“, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, Nr. 10/2014, 409; Christoph Homberger, „Anmerkung zum Urteil des LG München vom 16.03.2012 – 8 O 213/11“, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, Nr. 15/2012, 475; Einiko Franz, „Informationspflichten gegenüber Versicherten bei Gruppenversicherungsverträgen – ein weißer Fleck auf der Landkarte des VVG?“, *Zeitschrift für Versicherungsrecht*, Nr. 34/2008, 1565.

кав начин да нису јасно и недвосмислено упознати са његовом сврхом и трошковима. Тако су потрошачи приликом добијања информације да им је одобрен кредит сазнавали да треба да плате и премију осигурања.²⁵

Законски гледано, не постоји обавеза корисника кредита да закључи уговор о било каквом осигурању, јер важи принцип добровољности осигурања.²⁶ Наметање такве обавезе од стране банке је само питање пословне политике банке. По томе се Република Србија ништа не разликује од осталих земаља ЕУ.²⁷ Осигурање живота корисника кредита је дуго на нивоу ЕУ било нераздвојно од уговора о кредиту, што је, између осталог, имало за последицу да су трошкови потрошачима често били недовољно јасни и транспарентни.²⁸

О обавезном закључењу уговора о осигурању живота корисника кредита се може говорити само у оним случајевима када је бонитет потенцијалног корисника кредита на незавидном нивоу, па осигурање може послужити као додатни извор сигурности банке.²⁹ У склопу обавезе информисања заступника осигурања, они би морали на јасан и недвосмислен начин да укажу клијентима на трошак за премије осигурања

- 25 Иако није уобичајено спровођење лекарских прегледа за потребе закључења уговора о осигурању живота корисника кредита због временске рационализације, може се наићи на искуства клијената који су морали да спроведу лекарски преглед, и то у ординацијама са којима банке имају закључене уговоре. Вид. Блиц, Отплата стамбеног кредита помоћу животног осигурања, доступно на адреси: <https://www.blic.rs/vesti/ekonomija/otplata-stambenog-kredita-pomocu-zivotnog-osiguranja/e63ry3v>, 10. 2. 2020. Упор. Н. Schulz, V. Stegmann, J. Uffmann, 8.
- 26 Изузетак представљају обавезна осигурања, за која је законом предвиђена обавеза закључења.
- 27 О упоредноправним искуствима у погледу праксе „приморавања“ на закључење уговора о осигурању живота корисника кредита вид. U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 3–4.
- 28 У Немачкој се наилазило на праксу да је на обрасцу за понуду кредита већ било окружено да се жели и осигурање живота корисника кредита. Банкарски службеници су били ти који су изабрали ту опцију. Такође, приликом закључења уговора о кредиту преко интернета није неуобичајено да завршни рачун одједном садржи и трошкове осигурања живота корисника кредита, иако је потрошач одбио његово закључење. Нису били изузетак ни *online* формулари, програмирани тако да се аутоматски подноси захтев и за закључење уговора о осигурању, а да се притом опција за искључење уговора о осигурању не може тако једноставно наћи. Вид. U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 39.
- 29 У истраживању спроведеном у неколико немачких већих градова, које је обухватило 57 тестова у 19 немачких банака, у 35 случајева се захтевало закључење уговора о осигурању живота корисника кредита као обавезно. Од тога, у 26 случајева је постојала могућност преговарања око услова осигурања, а у осталих 9 није. Ово истраживање је показало и да је ово осигурање на различите начине објашњавано и како се указивало на његову корисност и сл. Вид. U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 57–58.

и чему он служи.³⁰ Како би се избегла свака забуна у вези са обавезом закључења уговора о осигурању, Савезно удружење потрошача у Немачкој је чак захтевало да се кредитне институције законски обавезу да осигурање живота за случај смрти корисника осигурања нуде само одвојено од уговора о кредиту. Немачке банке имају законску обавезу саветовања и информисања у вези са овим осигурањем према корисницима кредита као осигураним лицима.³¹ Између осталог, то подразумева и обавезу накнадног слања информационог листа са подацима о добровољности осигурања, висини трошкова, као и праву на опозив уговора.³²

Ако је закључење уговора о осигурању живота корисника кредита услов одобравања кредита, онда се премије осигурања морају урачунати у ефективну каматну стопу. Обавеза урачунавања премија осигурања живота у ефективну каматну стопу када је закључење уговора о осигурању услов одобравања кредита је у нашем законодавству предвиђена Законом о заштити корисника финансијских услуга.³³ Такво решење је у складу са ставом Народне банке Србије, која под ефективном каматном стопом подразумева обједињену цену коштања кредита са свим пратећим трошковима и обухвата, поред номиналне каматне стопе, накнаде и провизије које клијент плаћа банци за одобравање кредита. Она такође обухвата и премије осигурања ако је осигурање услов за коришћење кредита.³⁴

Законским регулисањем укључивања премија осигурања у обрачун каматне стопе искључена је могућност одвојене наплате премије осигурања у оним случајевима када је њено плаћање заправо предуслов одобравања кредита. Може се отићи и корак даље и рећи да се на тај начин искључује могућност плаћања двоструке премије осигурања, што је у складу са Законом о облигационим односима према ком је једина цена кредита камата у коју се морају урачунати сви стварни трошкови

30 У немачком праву, та обавеза је и изричито регулисана. Немачки Закон о означавању цена из 2002. године (*Preisangabenverordnung*), чл. 6 ст. 7.

31 Ради се о томе да у Немачкој банке углавном закључују колективно осигурање са осигуравајућим друштвима, а корисници кредита само приступају овом колективном уговору, који неки тумаче и као оквирни уговор.

32 Немачки Закон о уговорима о осигурању из 2017. године (*Versicherungsvertragsgesetz*), чл. 7d. Овај члан је уведен као резултат имплементације Директиве о дистрибуцији осигурања (*Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution*, OJ L 26, 2. 2. 2016).

33 Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 139/2014, чл. 11.

34 Народна банка Србије, Кредити, доступно на адреси: <http://www.tvojnovac.nbs.rs/edukacija/latinica/20/kredit/index.html>, 3. 3. 2020, интернет извор без броја стране.

које је банка имала у вези са кредитом.³⁵ Упоредноправна искуства упозоравају на једну од могућности избегавања урачунавања премије осигурања у ефективну каматну стопу када је то неопходно, тако што се у услове за давање кредита уносе клаузуле о добровољности осигурања живота корисника кредита. Тиме се искључује законска обавеза банке да укаже на трошкове за осигурање живота корисника кредита, као и да их урачуна у ефективну камату, а отвара се могућност увођења скривених трошкова.

Из немачке судске праксе стиже још једно упозорење на потенцијални проблем у вези са обавезом урачунавања премија осигурања живота корисника кредита у ефективну каматну стопу када је ово осигурање обавезно. Наиме, поставило се питање пред немачким судовима да ли се висина премије осигурања живота корисника кредита мора узети у обзир приликом процене ништавости уговора услед повреде моралних принципа, с обзиром на то да оне могу значајно да поскупљују цену кредита и узрокују несклад између обавеза уговорних страна. С обзиром на то да и наше право познаје појам ништавости уговора услед повреде моралних схватања,³⁶ сматрамо да је од значаја да укажемо на ове стране судске одлуке.

Став немачких судова је да ако закључење уговора о осигурању живота корисника кредита не представља услов закључења уговора о кредиту, па самим тим висина премија не улази у ефективну каматну стопу, онда се приликом обрачуна да ли постоји несразмера између камате из уговора и тржишне камате не узимају у обзир трошкови који су настали по основу уговора о осигурању живота корисника кредита.³⁷ То се, пре свега, правдало ставом да закључење уговора о осигурању живота корисника кредита има предности не само за даваоца кредита, већ и за корисника кредита, јер се захваљујући њему смањује могућност наступања осигураног ризика. Тачније речено, елиминишу се негативне економске последице реализације осигураног ризика.³⁸ За разлику од камате код уговора о кредиту, која служи само за заштиту економских интереса даваоца кредита, осигурање живота корисника кредита пружа извесне погодности и за корисника кредита. Онда када премија осигурања улази у ефективну каматну стопу, не постоје разлози да се

35 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 лист РС*, бр. 18/2020, чл. 1065.

36 ЗОО, чл. 104 ст. 3.

37 BGH, III ZR 60/81 Urteil vom 8. 7. 1982; WM, ZR 217/85 vom 15. 1. 1987; BGH, III ZR 24/87 vom 24. 3. 1988; WM, III ZR 276/88 vom 7. 12. 1989; WM, IV ZR 22/89 vom 30. 5. 1990.

38 BGH, III ZR 92/79 Urteil vom 12. 3. 1981; BGH, III ZR 24/87 vom 24. 3. 1988.

не узме у обзир приликом одмеравања примерености висине уговорене камате.

III Пракса судова Републике Србије у вези са осигурањима за обезбеђење кредита

Српско судство још увек није имало прилике да се изјасни о обавези закључивања уговора о осигурању лица који служе обезбеђењу кредита, о начину њиховог финансирања, као и о томе да ли је банка дужна да уврсти износ премија у ефективну каматну стопу. Осигурање о коме су се наши судови изјаснили у последње две године, јесте осигурање кредита. Иако се ради о два потпуно различитим врстама осигурања, судска пракса је значајна као показатељ резоновања судова у погледу уговора о осигурању који се закључују у вези са уговором о кредиту. Нарочито је значајан став Врховног касационог суда о начину обрачуна ефективне каматне стопе. Из тог разлога упућујемо на њих, јер би се могли предупредити неки будући спорови.

1. Разлике између осигурања живота корисника кредита и осигурања кредита

Као што је већ поменуто, пресуде су се односиле на осигурање кредита којим се банка осигурава да ће јој позајмљени новац бити враћен од стране Националне корпорације за осигурање стамбених кредита (НКОСК), чак и у случају да корисник кредита престане да испуњава своје обавезе по основу уговора о кредиту.³⁹ Дакле, ради се о осигурању које закључује банка како би обезбедила своје пословање и наплату потраживања која јој нису исплаћена услед неспособности плаћања његове уговорне стране – корисника кредита.⁴⁰

Следећа разлика између осигурања кредита и осигурања живота корисника кредита је та што је код осигурања кредита ризик чисто економске природе, док је код осигурања живота корисника кредита ризик приоритетно биолошке природе и само опционо се тиче економског ризика услед незапослености или неспособности за рад.

39 У упоредном праву су познати и други видови осигурања кредита које закључују не само банке, већ и други даваоци кредита, а у вези са уговорима о испоруци робе, пружању услуга и др. М. Kuballa, 35; такође вид. Ulrich Hommel, Thomas Knecht, Holger Wohlenberg (Hrsg.), *Handbuch Unternehmensrestrukturierung: Grundlagen – Konzepte, Maßnahmen*, Wiesbaden, 2013, 439–440.

40 Andreas Müller Wiedenhorn, *Praxishandbuch Forderungsmanagement: Juristisches Know-How für Manager und Führungskräfte – Mit vielen Praxishinweisen und Beispielen*, Wiesbaden, 2006, 199.

С обзиром на то да је реч о типичном одштетном осигурању, надокнађују се само конкретно настала штета услед изостанка намирнења потраживања.⁴¹ Обавеза корисника кредита према банци се ни на који начин не смањује услед извршења обавезе осигураваача банке. Његово дуговање и даље остаје у истом обиму, а банка само штити своје пословање.⁴² Банка је према нашем праву у обавези да покрене вансудски поступак намирнења у складу са Законом о хипотеци.⁴³

2. Спорови у вези са осигурањем кредита

У већини спорова пред привредним и нижестепеним судовима опште надлежности странке су захтевале утврђивање ништавости одредаба уговора о кредиту којима је предвиђено право банке да од корисника кредита наплати трошкове кредита у процентуалном износу у односу на укупан износ одобреног кредита, па између осталог и премије за осигурање кредита.⁴⁴ Пресудом Вишег суда у Београду од 18. новембра 2019. године, потврђена је пресуда Трећег основног суда у Београду у којој је заузет став да тужена банка није имала право да наплати наведене износе, јер није доказала оправданост уговарања обавезе тужиоца да туженој банци плати премију осигурања кредита код НКОСК.

Законски гледано, могло би се рећи да није искључена могућност банке да наплати трошкове, накнаду банкарских услуга и премије осигурања у вези са кредитним пословима.⁴⁵ Међутим, у спорним одредбама уговора о кредиту није прецизно наведено који су то стварни трошкови премије осигурања и зашто се везују за износ кредита. Тиме је корисник кредита стављен у неповољан положај у односу на банке, јер су заправо уговорени трошкови чији износ и структура кориснику

41 О врстама ризика који се покривају путем овог осигурања вид. Steffen Ciurke, *Wertpotenziale der Kreditversicherung: Ansätze der Risikosteuerung durch Makroderivate*, Karlsruhe, 2008, 10–11.

42 Н. Schulz, V. Stegmann, J. Uffman, 6.

43 Добијена средства по основу продаје имовине и наплатом путем других инструмената обезбеђења се распоређују: НКОСК на име укупне суме ануитета уплаћених банци од стране НКОСК и затезних камата; потом банци на име ненаплаћене главнице и, на крају, кориснику кредита се исплаћује преостали износ новца ако је сума добијена по основу наплате продаје имовине виша од обавеза према НКОСК и банци.

44 Неки судови су били става да су те одредбе ништаве (Виши суд у Сомбору, Гж 320/17 од 15. 3. 2017. године), а неки да нису (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 2603/2013 од 25. 9. 2013. године).

45 ЗОО, чл. 1065–1068; Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15, чл. 42.

кредита нису били познати.⁴⁶ Банка такође није успела да докаже оправданост уговарања обавезе корисника кредита да банци уплати премију осигурања кредита у износу од 3,2% износа одобреног кредита.

Дакле, оно што је најспорније у поступању банке, а што може послужити као упозорење у вези са изражавањем трошкова премија осигурања живота корисника кредита, јесте чињеница да банка износ трошкова и накнада обрачунаваних приликом одобравања кредита није посебно исказала у уговору. Ради се о стварним трошковима и накнадама који су претходно били наведени у понуди за закључење уговора. То је морало бити учињено на јасан и недвосмислен начин, тако да корисник ниједног тренутка не буде у заблуди о којим трошковима и накнадама је реч. Како банка није успела да докаже да је реч о стварним трошковима које је имала, суд је прогласио ништавим одредбе уговора којима је захтевано од корисника кредита да плати премије осигурања, а тужиоцу је досуђено право на повраћај тако наплаћених средстава.

Према члану 1065 Закона о облигационим односима, кроз каматну стопу банка наплаћује све кредитне услуге, па је без економске оправданости да банка од корисника наплаћује и додатне правне услуге, у смислу наплате трошкова и других накнада за обраду кредита. Наплаћујући их засебно, банке су износе кредитних услуга заправо наплатиле још једном и на тај начин довеле до неоснованог обогаћења.

Врховни касациони суд је заузео став да банка има право на стварне трошкове приликом одобравања кредита, које обрачунава у току реализације кредита, али они морају бити посебно исказани у уговору као обавеза корисника кредита, а у понуди јасно и недвосмислено представљени.⁴⁷ За уговор о осигурању живота корисника кредита то значи да када је закључење уговора о осигурању живота корисника кредита обавезно, онда се трошкови премије морају урачунати у ефективну каматну стопу и као такви представити. Према Закону о заштити корисника финансијских услуга, банка је у предуговорној фази у обавези да јасно и прецизно на репрезентативном примеру наведе ефективну каматну стопу. Такође, изричито је предвиђено да ако је закључење уговора о осигурању услов за уговор о кредиту, у овој истој фази постојање те обавезе се мора јасно, сажето и на видљив начин исказати, уз исказивање ефективне каматне стопе.⁴⁸ Ефективна каматна стопа

46 На тај начин се врши и повреда начела равноправности страна и једнаке вредности узајамних давања из чл. 11 и 15 ЗОО.

47 Правни став Врховног касационог суда о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 22. 5. 2018. године.

48 Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 15–16.

се мора исказати посебно и у понуди, као и у самом уговору. Битно је напоменути да закон не предвиђа обавезу да се у уговору нагласи да је уговор о осигурању био услов одобравања кредита, па не треба да изненаде потенцијални спорови проузроковани изненађеношћу корисника кредита.

Ако, пак, закључење уговора није обавезно, онда се премије морају истаћи у оквиру уговора о кредиту, јер се на тај начин повећава нето износ дугованог новца. То је у складу и са Одлуком о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите коју је 30. 6. 2006. године донела Народна банка Србије.⁴⁹ Тачка 5 ове одлуке предвиђа да понуда која се односи на кредите треба јасно и недвосмислено да садржи податке који се укључују и који се не укључују у обрачун ефективне каматне стопе. Између осталог, подаци који се не укључују у обрачун ефективне каматне стопе се односе и на премије осигурања или друге накнаде у вези са средствима обезбеђења кредита.⁵⁰ Они се не укључују у ефективну каматну стопу, али се морају самостално исказати! Такође, ови трошкови се морају посебно уговорити, а њихова висина би требало да буде исказана у фиксном, а не у процентуалном износу.⁵¹

IV Закључак

И поред „атрактивности“ покрића које осигурање живота корисника кредита нуди, међу правницима који се баве заштитом права потрошача се на њега често не гледа благонаклоно.⁵² Основни разлози за то су одсуство штедног карактера овог осигурања, као и чињеница да представља додатно финансијско оптерећење за корисника кредита. Осим тога, ту је и нимало завидан положај потрошача који закључује уговоре не са једним, већ са два финансијски надмоћна пружаоца финансијских услуга – са банком и са осигуравајућим друштвом.

Ипак, кредитне институције виде ово осигурање као додатни извор њихове сигурности, захваљујући ком добијају, као његов заступник, и провизију од осигуравајућег друштва за сваки закључен уговор о осигурању. Осим тога, осигуравајућа друштва често припадају банкама,

49 Одлука о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите – Одлука, *Службени гласник РС*, бр. 57/06.

50 Одлука, тач. 5 ст. 1 одредба под 2 алинеја 3.

51 Правни став Врховног касационог суда о дозвољености уговарања трошкова кредита усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 22. 5. 2018. године.

52 Dieter Korczak, *Verantwortungsvolle Kreditvorgabe*, München, 2005, 26.

тако да новац остаје „под истим кровом.“⁵³ Да ли је узимање ових ризико осигурања смислено за једног корисника кредита или не, може се одлучити само за сваки случај појединачно. Свакако да је сврхисходније њихово закључење ако је реч о дугорочном кредиту високог износа, него када је реч о краткорочним кредитима, јер је мања вероватноћа наступања осигураног случаја. Такође, ако је корисник кредита једино лице које зарађује у породици, овакво осигурање даје додатни степен заштите његовим будућим наследницима. Проблем је што су премије често врло високе спрема примања корисника кредита, па се тако у немачкој судској пракси могу наћи примери судских одлука да су премије за ова осигурања биле превисоке.⁵⁴ Све су то механизми вишеструке заштите банака и осигуравача, али не и потрошача. Тако, осигураник може остати у врло незавидној ситуацији, без могућности задовољења елементарних потреба за станом и храном, а то се неће одразити на његове обавезе према банци даваоцу кредита. Због тога се у иностраној теорији осигурање живота корисника кредита често критикује и као неморалан банкарски и осигуравајући посао.⁵⁵

Оно што је сигурно, јесте да је закључивање појединачних уговора о осигурању, по основу којих би осигуравач покривао рате кредита само за случај незапослености и пролазне неспособности за рад, без велике заштитне функције за уговарача осигурања, јер услови осигурања предвиђају читав низ уговорних клаузула које искључују обавезу осигуравача, а осим тога, није неуобичајено и уговарање каренци и ограниченог трајања покрића.⁵⁶

Незавидан положај корисника кредита у овом потрошачком уговору захтева нарочито инсистирање на извршењу законских обавеза банке као ексклузивног заступника осигуравајућег друштва. Тек извршењем обавеза информисања и саветовања се може бар делимично умањити

53 Ulrich Krüger, *ARD – Ratgeber Geld Konto und Kredit Ein Ratgeber für den Umgang mit der Bank*, Köln, 2004, 167.

54 Суд у Нирнбергу је 2014. године пресудио да је премија у износу од 15,6% износа кредита неоправдано висока. Вид. Landgericht Nürnberg, 2104 Az. 6 O 754/14 vom 5. 6. 2014.

55 T. Geßner, 15.

56 Суштински, код овог осигурања осигураник има право на заштиту у оној мери у којој се његов радни однос променио. Тако је уобичајено да осигураник има право на исплату осигуране суме у случају да наступи пролазна неспособност за рад ако је претходно минимално радио шест месеци, или, у случају незапослености, заштита по основу осигурања постоји само у току првих дванаест или осамнаест месеци незапослености. Такође, ако постоји кривица корисника кредита за раскид радног односа, ако је самостално раскинуо уговор или ако још увек прима неке накнаде – неће имати право на исплату осигуране суме. Вид.: T. Geßner, 23–24; U. Reifner, M. Knobloch, K. O. Knops, 29.

информациона асиметрија која нужно постоји између ових уговорних страна. То је у складу и са обавезом заступника осигурања да пружи уговарачу осигурања тзв. „потрошачке информације“. Као што је истакнуто, банке морају јасно указати клијентима на трошкове овог осигурања и чему они тачно служе, односно у чему ће се огледати заштита по основу осигурања, ко је корисник осигурања и сл. Спорови би се свакако предупредили и постојањем законске обавезе заступника на саветовање уговарача осигурања, што у нашем праву није случај. С обзиром на комплексност овог производа осигурања, могло би се констатовати да постоји јасан повод за саветовање потрошача.⁵⁷ Неуобичајени уговорни односи би кориснику кредита свакако били јаснији када би добио професионалну препоруку о томе на који начин треба да поступа.

С обзиром на то да се премије за осигурање живота корисника кредита често финансирају путем кредита, трошкови за ово осигурање се могу приказати кроз рате кредита, тако да корисник кредита не може јасно да установи колико заиста ти трошкови износе. Клијенти се углавном одлучују за овакав систем исплате недовољно свесни да се на тај начин заправо повећава износ кредита, што даље значи да банка све време наплаћује камату на износ кредита увећан за износ премије.⁵⁸ Стога се кориснику кредита препоручује да приликом подношења захтева за кредит захтева да му се обрачунају рате са и без премија осигурања, како би се тачно могло установити колико заиста кошта осигурање живота и да ли је оно исплативо; у крајњој линији, како би се остварила сврха постојања овог осигурања – заштита корисника кредита, без претварања у његову супротност, односно систем заштите финансијског сектора.

Коришћена литература

Belanić Loris, „Ugovor o osiguranju sposobnosti vraćanja kredita prema uslovima osiguranja hrvatskih društava za osiguranje, kritika i prijedlozi reforme u poredbenom pravu“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, бр. 1/2012.

Geßner Timm, „Die Restschuldversicherung in der Äquivalenzprüfung des Darlehensvertrages“, *Verbraucher und Recht*, Nr. 3/2008.

57 Обавезу саветовања карактерише заправо обавеза заступника, посредника или осигуравача да прилагоди савет конкретним околностима уговарача осигурања које произлазе из, примера ради, постојећих потешкоћа да се разуме конкретан уговор о осигурању или ако то захтева личност уговарача осигурања. Вид. Angela Regina Stöbener, „Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG – Reform“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 96/2007, 466.

58 Н. Петровић Томић, 106.

- Глинтић Мирјана, *Правна природа права на исплаћу осигуране суме код осигурања лица*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Göhrmann Alexander, „Verbraucherdarlehen: Kein Verbundgeschäft bei Versicherungsnehmerstellung des Kreditinstitutes“, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, Nr. 10/2014.
- Korczak Dieter, *Verantwortungsvolle Kreditvorgabe*, München, 2005.
- Krüger Rolf (Hrsg.), *Peripert Der Personenrisikoexperte: Antrags- und Leistungsbearbeitung in der Personenversicherung*, Wiesbaden, 2000.
- Krüger Ulrich, *ARD – Ratgeber Geld Konto und Kredit Ein Ratgeber für den Umgang mit der Bank*, Köln, 2004.
- Kuballa Matthias, *Darlehens- und Restschuldversicherungsvertrag als verbundene Verträge*, Dissertation, Freie Universität Berlin, Berlin, 2013.
- Millauer Horst, *Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung*, Karlsruhe, 1966.
- Mülbert Peter, Alexander Wilhelm, „Rechtsfragen der Kombination von Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 48/2009.
- Müller Wiedenhorn Andreas, *Praxishandbuch Forderungsmanagement: Juristisches Know-How für Manager und Führungskräfte – Mit vielen Praxishinweisen und Beispielen*, Wiesbaden, 2006.
- Петровић Томић Наташа, „Уговор о осигурању способности враћања кредита“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2017.
- Regina Stöbener Angela, „Informations- und Beratungspflichten des Versicherers nach der VVG – Reform“, *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 96/2007.
- Reifner Udo, Knobloch Michael, Knops Kai-Oliver, *Restschuldversicherung und Liquiditätssicherung: Analyse und Produktentwicklung*, Norderstedt, 2010.
- Schulz Harold, Stegmann Volker, Uffmann Jürgen, *Restkreditversicherung – Zahlungsverpflichtungen versichern*, Frankfurt am Main, 2007.
- Franz Einiko, „Informationspflichten gegenüber Versicherten bei Gruppenversicherungsverträgen – ein weißer Fleck auf der Landkarte des VVG?“, *Zeitschrift für Versicherungsrecht*, Nr. 34/2008.
- Homberger Christoph, „Anmerkung zum Urteil des LG München vom 16.03.2012 – 8 O 213/11“, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, Nr. 15/2012.
- Hommel Ulrich, Knecht Thomas, Wohlenberg Holger (Hrsg.), *Handbuch Unternehmensrestrukturierung: Grundlagen – Konzepte, Maßnahmen*, Wiesbaden, 2013.
- Ciupke Steffen, *Wertpotenziale der Kreditversicherung: Ansätze der Risiko-steuerung durch Makroderivate*, Karlsruhe, 2008.

Mirjana GLINTIĆ, PhD
Research Fellow at the Institute of Comparative Law

MAIN CHARACTERISTICS OF CREDIT LIFE INSURANCE

Summary

In recent years, banks in Serbia, as authorized insurance agents, have started offering various types of insurance contracts that serve as a means of securing credit. Since the potential credit user is a consumer who does not have sufficient legal knowledge of insurance contracts, this paper aims to point out the main characteristics of these insurances and to highlight the differences between them. Despite all the information that insurance agents are required to disclose to their clients, there are always certain dilemmas regarding these insurance policies, particularly with respect to the issues of insurance coverage, insurance voluntariness and its cost-effectiveness.

During the last two years, several judgments have been made regarding credit insurance and the powers of banks in connection with this contract, so it was necessary to consider what consequences this could have on the way of concluding the contract and calculating premiums for some other insurances intended for securing loans, although differently conceived.

Key words: *Life Insurance. – Payment Protection Insurance. – Consumer. – The Duty of Disclosure. – Effective Interest Rate.*

Датум пријема рада: 27. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 26. 8. 2020.

СТРУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.239(497.11) ; 347.724

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003254B

др **Илија БАБИЋ**^{*}
редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије
у Новом Саду Универзитета Едуконс

ПРАВО ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ УДЕЛА ЧЛАНА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак

*Друштво с ограниченом одговорношћу јесте друштво кайиџала. Стоја, члан друштва може на једној, више или све чланове друштва слободно пренети свој удео или део удела дозвољеним правним пословима (најчешће уговорима) *inter vivos* и *mortis causa*. У случају да се удео преноси трећем лицу, остали чланови друштва имају право преће куповине. Ово правило је дојунско-диспозитивне природе, тако да се може искључити оснивачким актом друштва. Закон о привредним друштвима није диспозитивним одредбама уредио све односе који могу настати у случају када члан друштва с ограниченом одговорношћу преноси на треће лице (које није члан друштва) свој удео. Овај закон није реулисао случајеве отуђења удела добротним правним пословима (уговор о поклону, уговор о уступу и расходи имовине за живота), а ни појединим двострано теретним уговорима (као што је уговор о доживотном издржавању). Нејојуно је и недоследно реулисана форма понуде коју преносилац упућује члановима друштва, форма прихватиа*

* Електронска адреса аутора: babic.ilija@yahoo.com.

йонуде, йренуџак и форма закључења ујовора о ойуђењу удела и друјо. У овом раду ауџор настоји да йрименом више методо йумачења йрава разреши недоумице које йроизлазе из одредаба ЗПД.

Кључне речи: *Право йрече куйовине удела. – Слободан йренос удела. – Повреда йрава йрече куйовине удела. – Пренос удела йрећем лицу. – Јавна йродаја удела.*

I Појам

Право прече куповине удела члана друштва с ограниченом одговорношћу јесте правна моћ члана друштва да захтева од члана друштва који отуђује свој удео да га прво њему понуди на продају по цени (и осталим условима) која би важила за трећег. Ако члан друштва удео не понуди на продају прво осталим члановима друштва него га отуђи трећем, члан друштва може да захтева да му се удео прода по цени (и осталим условима) која важи за трећег. Члан друштва, као ималац права прече куповине, има два, по редоследу предвиђена, овлашћења: право првенства и право прекупа (*retractus*).¹

У случају кад члан друштва отуђује свој удео, остали чланови друштва имају право првенства које их, међутим, још не овлашћује на тужбу. Када ће члан друштва отуђити свој удео, који је предмет права прече куповине, и да ли ће га прво понудити на продају имаоцима права прече куповине (осталим члановима друштва), зависи од његове воље. Ако ниједан члан друштва који има право прече куповине не искористи то своје право, у складу са одредбама Закона о привредним друштвима и оснивачког акта, члан друштва може отуђити свој удео трећем лицу.² Тада је исцрпљено право прече куповине и треће лице коначно постаје ималац отуђеног удела. Али, у случају да преносилац повреди право првенства чланова друштва – не поступи по ЗПД и оснивачком акту и не понуди на продају свој удео прво члановима друштва, као имаоцима права прече куповине, они стичу право на тужбу. На основу правноснажне судске одлуке, којом се утврђује да је повређено право првенства чланова друштва, чланови стичу право прекупа. Право прекупа овлашћује чланове друштва да по истој цени по којој је члан друштва отуђио удео трећем лицу купе његов удео.

1 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сйварно йраво*, Београд, 2001, 286; Нина Платнојевић, *Сйварно йраво у йракси*, Крагујевац, 2012, 428.

2 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени йласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/19.

У правној литератури и грађанским законима право прече куповине означава се и као купопродаја са правом прече купње,³ право првокупа,⁴ право првенствене куповине,⁵ право откупа⁶ итд. Закон о облигационим односима,⁷ ЗПД, други закони и савремена правна литература усвајају израз „право прече куповине“.⁸

II Правило о слободи преноса удела

Друштво с ограниченом одговорношћу јесте друштво капитала. Стога, однос његових чланова међусобно, те друштва и појединог члана нема значај као код друштва лица (ортачког и командитног друштва). Својство члана друштва с ограниченом одговорношћу, према одредбама члана 143 ЗПД, има онај који је регистровао „власништво над уделом“ у складу са Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.⁹ Члан друштва и ималац удела у њему са дејством према трећим лицима јесте оно лице које је уписано у регистар привредних субјеката. Са дејством према друштву и осталим члановима друштва, члан друштва и ималац удела је оно лице које је уписано у књигу удела.¹⁰ Због тога је као основно правило одређено да је пренос удела слободан.¹¹

Правило о слободном преносу удела или дела удела првенствено се примењује на чланове друштва. Члан друштва може на једног, више или све чланове друштва пренети свој удео или део удела дозвољеним

3 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 574; Богдан Лоза, *Облигационо право II - Посебни део*, Правни факултет Српско Сарајево, Пале, 2000, 54.

4 Стеван Јакшић, *Облигационо право II - Посебни део: поједини типови облигационих уговора*, Сарајево, 1960, 28.

5 Борислав Т. Благојевић, *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд, 1952, 61.

6 *Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију*, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд, 1934, пар. 1049.

7 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.

8 Душан Николић, „Злоупотреба законског права прече куповине“, *Међународна конференција Злоупотреба права* (ур. Радмила Ковачевић Куштримовић), Ниш, 1996, 120; Раденка Цветић, *Право прече куповине*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 1998, 54; Марија Тороман, *Врсте и модалитетски уговори о куповини и продаји*, Београд, 1975, 19; О. Станковић, М. Орлић, 286.

9 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/11, 83/14 и 31/19.

10 Луција Спиrowић Јовановић, Љубиша Дабић, *Трговинско право*, Београд, 2011, 313.

11 ЗПД, чл. 160.

правним пословима. Пренос је могућ правним пословима (најчешће уговорима) *inter vivos* и *mortis causa* и наслеђивањем (на основу закона и тестаментa).¹² Од правила слободног преноса удела одређена су два значајна изузетка. Први изузетак од слободе преноса удела може бити одређен ЗПД, а други оснивачким актом ДОО.

III Ограничење располагања уделом

Ограничење права члана ДОО на слободан пренос свог удела одређено је чланом 161 ЗПД у случају да се удео преноси трећем лицу. У тој правној ситуацији чланови друштва имају право прече куповине. Ово правило је допунско-диспозитивне природе, тако да се право прече куповине чланова друштва може искључити оснивачким актом. Искључење није пуноважно ако је то супротно императивним одредбама ЗПД или другог закона.

Према једном мишљењу, право прече куповине постоји само у случају продаје удела трећем лицу, али не и када члан друштва трећем лицу отуђује удео уговором о поклону, уговором о размени и друго.¹³ Такав закључак се, ипак, не може извести телеолошким, догматско-правним и систематским тумачењем одредаба ЗПД и ЗОО. Циљ правила о праву прече куповине (одређеним ЗПД, односно оснивачким актом друштва) јесте да се сведу на што мању меру спорови у друштву који би могли настати уласком трећег лица у друштво и повећањем броја чланова, иако је друштво с ограниченом одговорношћу друштво капитала. Уговором о поклону, уговором о размени, уговором о доживотном издржавању, уговором о уступању и подели имовине за живота или другим уговором, члан друштва може отуђити свој удео трећем лицу, које би на тај начин постало члан друштва, исто као што то може учинити уговором о продаји. Правне последице по друштво су исте као и кад је члан друштва продао свој удео – треће лице се појављује као ималац удела и постаје члан друштва.

За члана друштва који намерава да отуђи свој удео ЗПД оправдано користи израз „преносилац“, а за отуђење удела синтагму „пренос удела“.¹⁴ Да ЗПД уместо ових користи изразе „продавац“ и „продаја удела“, тада би се поуздано могло закључити да право прече куповине чланови друштва имају само у случају да члан друштва продаје удео трећем лицу. Чланови друштва имају право прече куповине удела „који је пред-

12 Vilim V. Gorenc, *Trgovačko pravo društava*, Zagreb, 2003, 474.

13 Златко Стефановић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2019, 319.

14 ЗПД, чл. 162–165.

мет преноса трећем лицу“ без обзира на то што члан друштва преноси свој удео трећем лицу нпр. уговором о размени и др. Чланови друштва могу тај удео члана, који намерава да га пренесе трећем лицу, стећи само уговором о продаји у складу са чланом 162 ЗПД.¹⁵

Члан друштва с ограниченом одговорношћу може закључити уговор о доживотном издржавању у коме има својство примаоца издржавања. Овим двострано обавезним уговором члан друштва се може обавезати да на даваоца издржавања пренесе свој удео (на даваоца издржавања се може пренети „својина тачно одређених ствари или каква друга права“).¹⁶ Пренос удела на даваоца издржавања наступио би на основу уговора (али не на основу наслеђивања) у моменту смрти примаоца издржавања. Уговором о уступању и расподели имовине за живота предак може својим потомцима, који би по закону били позвани на наслеђе, уступити удео у друштву.¹⁷ Такође, уговором о поклону члан друштва може било коме поклонити свој удео у друштву. Последња два уговора јесу добročина, али се сви наведени уговори закључују с обзиром на личност (*intuitu personae*). Ови уговори, закључени између чланова друштва, међутим, нису забрањени. Ове правне ситуације није регулисао ЗПД, ЗН, а ни други закони. Стога би оснивачким актом требало регулисати границе располагања члана друштва не само уговором о продаји, него и осталим уговорима на основу којих се стиче удео у друштву, односно да се удео у друштву може пренети на лице које није члан друштва само уз претходну сагласност друштва.¹⁸

Право прече куповине имају чланови друштва чији су удели регистровани у Агенцији за привредне регистре, а не бивши чланови тог друштва (престанак својства члана друштва региструје се, такође, у Агенцији за привредне регистре).¹⁹ Својство трећег лица имају: брачни друг члана друштва, ванбрачни друг члана друштва, његови преци и потомци, потенцијални наследници и сва остала лица која нису чланови друштва.²⁰ Ова лица немају право прече куповине, а ако је удео њима

15 ЗОО, чл. 454: „Уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продатој ствари и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар. Продавац неког другог права обавезује се да купцу прибави продато право, а кад вршење тог права захтева држање ствари, да му и преда ствар.“

16 Закон о наслеђивању – ЗН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15, чл. 194 ст. 1.

17 ЗН, чл. 183.

18 ЗПД, чл. 157.

19 ЗПД, чл. 143.

20 З. Стефановић, 320.

отуђен, чланови друштва имају могућност да тужбом штите повређено право прече куповине. Члан друштва који је сачинио тестамент и свој удео завештао тестаментарном наследнику није још пренео удео на трећег и тиме није повређено право прече куповине чланова друштва. Тестамент је увек опозива изјава последње воље, чија дејства настају тек у моменту смрти тестатора. После смрти члана друштва, његови законски и тестаментарни наследници стичу његов удео у складу са Законом о наслеђивању.

IV Понуда продаје удела

Сваки члан има један удео у друштву.²¹ Члан друштва може располагати целим уделом или делом свог удела. Члан друштва који третним правним послом намерава да пренесе свој удео на треће лице у обавези је да удео понуди свим другим члановима друштва. Понуда се упућује појединачно сваком члану друштва у писаној форми. Понуда садржи све битне елементе уговора о преносу удела, адресу на коју члан друштва који врши право прече куповине упућује прихват понуде, рок за закључење и оверу уговора о преносу удела, као и друге елементе предвиђене оснивачким актом.²² Понуда је по природи једнострана изјава воље. Преносилац није дужан да на наведени начин учини понуду осталим члановима друштва када преноси свој удео неком од чланова друштва.²³ Ова једнострана изјава воље (понуда) представља предлог за закључење уговора о отуђењу. Упућује се имаоцима права прече куповине и мора да садржи „све битне састојке уговора, тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор“.²⁴ Изјава воље која нема наведену садржину нема карактер понуде.

Члан друштва који користи право прече куповине обавезан је да у писаној форми обавести преносиоца удела да прихвата понуду у целисти у року од 30 дана од дана пријема понуде. Други рок, али не дужи од 90 дана од дана пријема понуде, може бити предвиђен оснивачким актом друштва. Ако понуђени изјави да прихвата понуду али предложи

21 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2007, 221.

22 ЗПД, чл. 162 ст. 2.

23 Овај став је усвојила и судска пракса: „Пренос удела привредног друштва је слободан, осим ако законом или оснивачким актом није другачије одређено. Правило је да је преносилац удела у обавези да пре преноса удела трећем лицу свој удео понуди свим другим члановима друштва који имају право прече куповине, осим у случају када свој удео преноси на било који законом дозвољен начин неком од чланова друштва.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7717/2014(2) од 19. 10. 2016. године.

24 ЗОО, чл. 32 ст. 1.

њену измену или допуну, сматра се да је понуду одбио и да је са своје стране учинио нову понуду свом ранијем понудиоцу.²⁵

Ако два члана друштва (више чланова друштва) прихвате понуду, расподела удела врши се у складу са оснивачким актом. У случају да оснивачки акт није регулисао ову ситуацију, расподела удела врши се на основу споразума који постигну преносилац удела и чланови друштва који су прихватили понуду. Уколико преносилац и чланови друштва нису постигли споразум, примењује се допунско диспозитивно правило из члана 162 став 5 ЗПД – продаја удела врши се тако што сваки члан који је прихватио понуду купује део удела који је сразмеран учешћу његовог удела у збиру удела свих других чланова друштва који су прихватили понуду.

У Природа, садржина и форма понуде

Закон о привредним друштвима изричито користи израз „понуда“ и, у складу са чланом 32 ЗОО, одређује да она мора садржати битне елементе уговора (у овом случају – о преносу удела и друге податке одређене чланом 162 став 2 ЗПД). Остале одредбе ЗПД, иако користе изразе „понуда“ и „прихват понуде“, овим изјавама воље не дају дејство понуде и прихватања понуде. Произлази да ни после прихватања понуде уговор није закључен, него се, после тога, приступа „закључењу и овери уговора о преносу удела“, што одступа од општих правила облигационог права.²⁶

У овом случају, спорно је да ли позив преносиоца удела у друштву упућен осталим члановима друштва представља понуду или обавештење. Ако позив који упућује преносилац члановима друштва представља само обавештење, за њега не би важиле одредбе које регулишу понуду. У случају да им преносилац удела упућује понуду, она мора имати форму и садржину прописану чл. 32-41 ЗОО. Старија судска пракса је сматрала да изјава продавца упућена имаоцу права прече куповине представља обавештење о намераваој продаји, што је пре више од пола века изражено у одлуци Врховног суда Југославије (Рев. 2161/62).²⁷ Такав став је потврђен доцније и у одлуци Врховног суда БиХ: „Обавјештење власника ствари имаоцу права прече купње нема карактер понуде за закључење уговора.“²⁸ Закон о облигационим одно-

25 ЗОО, чл. 41.

26 ЗПД, чл. 162 ст. 2.

27 *Збирка судских одлука*, књ. 8, св. III, одлука бр. 336; Д. Николић, 121.

28 Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Рев. 50/89 од 14. 9. 1989. године.

сима је изричито (у члану 527) одредио да преносилац имаоцу права прече куповине упућује понуду, а такав је, већ више деценија, и став судске праксе.²⁹

Из систематског тумачења одредаба ЗПД проистиче да овај закон регулише право прече куповине осталих чланова друштва (ако преносилац удела намерава да отуђи свој део) и поступак његовог остварења упућивањем и прихватањем понуде. Одредбе које регулишу уговорно право прече куповине налажу продавцу да имаоцу права прече куповине упути понуду и прописују да се правила о продаји са правом прече куповине сходно примењују и на законско право прече куповине.³⁰

С обзиром на то да преносилац удела друштва осталим члановима друштва упућује понуду, она мора бити не само писана (са садржином одређеном чланом 162 став 2 ЗПД), него мора испуњавати и остале захтеве форме прописане чланом 38 ЗОО: „(1) Понуда уговора за чије закључење закон захтева посебну форму обавезује понудиоца само ако је учињена у тој форми. (2) Исто важи и за прихватање понуде“. По правилу, потпис преносиоца удела на понуди мора бити оверен. Ако се удео преносиоца састоји и од непокретних ствари, понуда преносиоца коју упућује осталим члановима друштва (као и прихватање понуде) мора бити потврђена (солемнизована) од стране јавног бележника.³¹

VI Када је уговор закључен?

Уговор производи облигационоправна дејства од момента кад је закључен. Посебно дејство уговора настаје ако члану друштва преносилац није доставио понуду у складу са законом и оснивачким актом. У том случају, он има право да у одређеном року од закључења уговора тужбом захтева његово поништење или да се тај удео њему пренесе. Због тога је значајно утврдити у којем тренутку је уговор закључен.

Према општем правилу уговорног права, уговор је закључен оног часа кад понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду (члан 31 став 1 ЗОО). Ово правило може се дерогирати посебним законом или вољом уговорних страна. Тако члан 162 ЗПД прописује да понуда у писаној форми, поред осталог, садржи и „рок за закључење и оверу уговора о преносу удела“. Такође, у члану 164 ЗПД учињена је разлика између тренутка прихватања понуде, те закључења и овере уговора

29 Види нпр. пресуду Врховног касационог суда, Рев. 850/2016 од 17. 5. 2018. године.

30 ЗОО, чл. 533 ст. 3.

31 Закон о јавном бележничтву – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15, чл. 93 ст. 2 тач. 1.

о преносу удела. Преносилац удела може против једног или више чланова који су прихватили понуду, али нису приступили „закључењу и овери уговора о преносу удела“, поднети тужбу у року који је одређен у понуди. Из ових одредаба проистиче да уговор о преносу удела није закључен прихватањем понуде од стране понуђеног. То може бити или тренутак кад су исправу о уговору потписале уговорне стране (члан 72 став 1 ЗОО) или кад је јавни бележник извршио „оверу уговора о преносу удела“.

Иако је синтагма „закључење и овера уговора“ нејасна с обзиром на то да је овера уговора строжа форма у односу на само састављање и потписивање исправе о уговору, уговор је закључен у тренутку овере уговора. Само такав уговор јесте основ за регистрацију преноса удела у Агенцији за привредне регистре. Израз „овера уговора“ није правно-технички тачан. Није јасно да ли је реч о овери потписа или рукописа уговорних страна или потврђивању (солемнизацији) приватне исправе. На основу систематског тумачења може се закључити да уговор о преносу удела, по правилу, мора бити писан а потписи уговорних страна оверени од стране јавног бележника.³² Уколико уговор о преносу удела има за предмет (и) непокретне ствари, приватну исправу уговорних страна потврђује (солемнизује) јавни бележник. Ако се удео отуђује брачним уговором,³³ уговором о уступању и расподели имовине за живота³⁴ или уговором о доживотном издржавању,³⁵ они такође морају бити потврђени од стране јавног бележника.³⁶

Закључак да је уговор о преносу удела закључен овером потписа (или рукописа) или потврђивањем (солемнизацијом) од стране јавног бележника доведен је у сумњу одредбама члана 164 ЗПД. У случају да нико од чланова друштва који су прихватили понуду не приступи закључењу и овери уговора о преносу удела у року из понуде, из разлога за које није одговоран преносилац удела, преносилац удела свој удео може пренети трећем лицу. Пренос удела трећем лицу не може бити учињен под условима који су за њега повољнији од услова из понуде, осим ако је оснивачким актом другачије одређено.

32 Оверивањем потписа јавни бележник потврђује да је подносилац исправе, чији је идентитет претходно утврдио, у његовом присуству својеручно потписао поднету исправу, односно да је потпис који се већ налази на поднетој исправу признао за свој. Закон о оверивању потписа, рукописа и преписа, *Службени гласник РС*, бр. 93/14, 22/15 и 87/18, чл. 5 ст. 1.

33 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15, чл. 188.

34 ЗН, чл. 184.

35 ЗН, чл. 195.

36 ЗЈБ, чл. 93.

Уместо преноса удела на треће лице, преносилац може тужбом суду против једног или више чланова који су прихватили понуду, по свом избору, захтевати да суд донесе пресуду којом ће: 1) утврдити да је сваки од тужених стекао сразмерни део удела који је предмет преноса који одговара учешћу удела тог туженог у збиру удела свих тужених; 2) сваког од тужених обавезати на исплату сразмерног дела цене удела који је предмет преноса који одговара стеченом делу тог удела. Ако се преносилац определио за прву могућност, он подноси утврђујућу (деклараторну тужбу). Овом тужбом тужилац захтева да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа на основу члана 194 став 1 Закона о парничном поступку – да је тужени стекао сразмеран део удела самим тим што је прихватио понуду преносиоца удела.³⁷ На тај начин, члан 164 ЗПД недоследно се приклонио општем правилу уговорног права да је уговор закључен кад понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду.

VII Повреда права прече куповине члана друштва

Ако је повређено право прече куповине члана друштва, он може захтевати судску заштиту. Преносилац је повредио право прече куповине уколико члану друштва није доставио понуду у складу са ЗПД или на начин одређен оснивачким актом (ако је њиме уређена садржина и поступак упућивања/прихватања понуде). Члан друштва може тужбом надлежном суду захтевати: 1) поништај уговора или другог акта о преносу удела; 2) обавезивање туженог члана друштва на пренос удела тужиоцу, односно да пресуда замени уговор о преносу удела између тужиоца и туженог члана друштва.³⁸ Тужбом се захтева поништење уговора или другог правног посла којим се преноси право својине или друга имовинска права која чине садржину удела преносиоца. Закон о привредним друштвима није изричито одредио да ли се правни посао преносиоца може поништити због рушљивости или ништавости.

Рушљивост правног посла о преношењу удела проистиче и из рокова у коме се она може истицати. Тужба се може поднети у субјективном року од 30 дана од дана сазнања за закључење уговора о преносу удела, али најкасније истеком шестог месеца од дана регистрације преноса удела у регистру привредних субјеката (објективни рок). Истеком тих рокова, тужилац је преклудиран, те ће се његова тужба одбацити. Располагање уделом члана друштва биће на тај начин конвалидирано.

37 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18 и 18/20.

38 ЗПД, чл. 163 ст. 2.

Да би пресуда деловала и према лицу на које је пренет удео, оно мора бити обухваћено тужбом на страни туженог - преносилац и треће лице јесу јединствени супарничари.³⁹ Уговор или други правни посао рушљив је због тога што преносилац удела није доставио понуду члану друштва у складу са одредбама ЗПД или на начин одређен оснивачким актом. Стога је и тужба члана друштва конститутивна (преображајна) - њоме се захтева промена правног стања (поништење правног посла о преносу удела). Тужбени захтев састоји се од тражења тужиоца да се поништи правни посао и да се тужени обавезе на пренос удела тужиоцу или да пресуда замени уговор о преносу удела.

Уговор или други правни посао је рушљив и може се поништити само ако је закључен (предузет) у одређеној форми (оверени потписи уговорних страна, односно потврђен од јавног бележника). Из чињенице поништења правног посла о преношењу удела на трећег проистиче и захтев тужиоца да суд пресудом обавезе туженог члана друштва да спорни удео пренесе на тужиоца. Ако тужени није закључио уговор о преносу удела на треће лице (само је упутио понуду трећем лицу, треће лице је тражило да се понуда измени, понуду је треће лице прихватило али јавни бележник није оверио потписе уговорних страна или потврдио уговор), правни посао се не може поништити због рушљивости.⁴⁰ У том случају тужилац ће захтевати да суд донесе утврђујућу (деклараторну) пресуду (којом се утврђује да је тужени под одређеним условима упутио понуду трећем лицу, односно да је та понуда прихваћена, али да правни посао није настао) и да на основу тога, у изреци пресуде, одреди битне елементе уговора (правног посла) о преносу удела, која замењује уговор о преносу удела између туженог и тужиоца. Битне елементе уговора (цена - да ли се плаћа у ратама или одједном, удео који се преноси и друго) суд преузима из понуде туженог. Суд није овлашћен да у изреци пресуде одреди неке друге (повољније или неповољније) елементе уговора. Тужилац подноси тужбу са циљем да купи удео који је тужени намеравао да отуђи трећем лицу. Стога је дужан, на основу сходне и одговарајуће примене члана 528 став 2, а у вези са чланом 533 став 4 ЗОО, да положи износ цене наведене у понуди туженог код суда или јавног бележника.⁴¹ Ову обавезу тужиоца не одређује ЗПД. Суд може, на захтев туженог, наложити тужиоцу да положи одговарајуће обезбеђење за исплату продајне цене за случај успеха у спору „у форми судског депозита, банкарске гаранције или другог средства обезбеђења које се издаје у складу са законом“. У случају да је тужиоцу наложено да

39 З. Стефановић, 323.

40 Супротно вид. *Ibid.*, 323.

41 ЗЈБ, чл. 165.

положи неко средство обезбеђења, а он не поступи по овом решењу, суд ће тужбу одбацити.⁴²

VIII Пренос удела трећем лицу

1. Општа правила

Члан друштва може закључити уговор о преносу удела на трећег ако ниједан члан друштва не искористи право прече куповине предвиђено ЗПД и оснивачким актом друштва. Уговор са трећим преносилац удела може закључити у року од 90 дана од дана истека рока за прихват понуде која је упућена члановима друштва. Он не може бити закључен са трећим лицем под повољнијим условима од оних који су наведени у понуди која је достављена другим члановима друштва. Преносилац је повредио право прече куповине осталих чланова друштва ако је са трећим договорио нижу цену или је предвиђено плаћање у ратама, а у понуди осталим члановима друштва одређено је плаћање одједном или је у понуди члановима друштва наведено да се за плаћање у ратама даје неко средство обезбеђења (лично или стварно), а то није предвиђено уговором са трећим и др. Ова допунско-диспозитивна правила из члана 165 ЗПД се не примењују ако је оснивачким актом друштва другачије одређено. Ако је преносилац свој удео пренео трећем лицу кршећи одредбе ЗПД или оснивачког акта, повредио је право прече куповине осталих чланова друштва. У том случају чланови друштва овлашћени су да тужбом захтевају поништење уговора (или другог правног посла) и обавезивање туженог члана друштва на пренос удела тужиоцу, односно да пресуда замени уговор о преносу удела између тужиоца и туженог члана друштва.

2. Продаја удела путем јавне продаје

У случају да се удео члана друштва продаје путем јавне продаје (јавно прикупљање понуда, поступак извршења, лицитација или сличан поступак), члан друштва који жели да користи право прече куповине то право може остварити само у том поступку. Оснивачким актом друштва с ограниченом одговорношћу може бити другачије одређено. Одредбе оснивачког акта делују само између уговорних страна.⁴³ Оне не могу обавезивати трећа лица ни државне органе.

Члан друштва чије је право прече куповине било уписано у јавној књизи (регистру) може захтевати поништење јавне продаје ако није био

42 ЗПД, чл. 163 ст. 3 и 4.

43 ЗОО, чл. 148 ст. 1.

посебно позван да јој присуствује (сходна и одговарајућа примена члана 530 став 2 у вези са чланом 533 став 4 ЗОО). Закон о извршењу и обезбеђењу прописао је да се на право прече куповине чланова друштва с ограниченом одговорношћу примењују одредбе о праву прече куповине код намирења новчаног потраживања на непокретности.⁴⁴ Сходно томе, члан друштва у поступку јавне продаје има првенство над најповољнијим понудиоцем ако одмах после објављивања који је понудилац најповољнији, а пре доношења закључка о додељивању удела, изјави да га купује под истим условима као најповољнији понудилац.⁴⁵

3. Претходна сагласност за пренос удела

Слобода располагања уделом може бити ограничена претходном сагласношћу која се даје члану друштва с ограниченом одговорношћу.⁴⁶ Ово ограничење, да се удео у друштву може пренети на лице које није члан друштва уз претходну сагласност друштва, може се одредити само оснивачким актом друштва. Ако оснивачки акт друштва није регулисао поступак давања претходне сагласности на пренос удела члану друштва, примењују се допунско-диспозитивне одредбе члана 167 ЗПД. Члан друштва који намерава да отуђи свој удео трећем лицу у обавези је да друштву поднесе захтев за сагласност који, осим идентитета лица на које се преноси удео, садржи и све битне елементе уговора о преносу удела који намерава да закључи (да ли се преноси цео удео или део удела, од чега се удео састоји, цена, рокови и начин плаћања и друге битне елементе). Захтев се подноси у писаном облику. Одлуку о давању претходне сагласности за пренос удела члана друштва трећем лицу доноси скупштина обичном већином гласова свих чланова друштва, осим ако је оснивачким актом одређена друга већина. Члан друштва по чијем се захтеву одлучује може да учествује у гласању јер то није искључено ЗПД.⁴⁷ Оснивачким актом се може предвидети да члан друштва који тражи сагласност за отуђење удела трећем лицу нема право учешћа у гласању и одлучивању. Ако у року од 30 дана од дана пријема захтева за давање сагласности друштво не обавести преносиоца удела о ускраћивању сагласности, преносилац удела је овлашћен да удео пренесе у складу са условима из тог захтева.

Ако је члан друштва пренео удео трећем лицу противно оснивачком акту друштва, односно одредбама члана 167 ЗПД, члан друштва

44 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење и 54/19.

45 ЗИО, чл. 321 у вези са чл. 170 ст. 1.

46 Сагласност дата пре закључења уговора јесте дозвола. ЗОО, чл. 29 ст. 1.

47 З. Стефановић, 330.

чије је право прече куповине повређено може захтевати заштиту свог права. Тужилац може захтевати поништење правног посла о отуђењу удела трећем лицу. Пресуда којом суд усваја захтев тужиоца јесте основ за поновни упис члана друштва у регистар Агенције за привредне регистре ако је он у целости отуђио трећем лицу свој удео. Оправдано се истиче да чланови друштва (друштво) немају право да захтевају тужбом да им преносилац пренесе удео због тога што он није добио претходну сагласност за такво отуђење од друштва.⁴⁸ Закон о привредним друштвима није одредио форму одлуке у којој се даје претходно одобрење (дозвола) члану друштва за отуђење удела у друштву уговором или другим правним послом. На ову правну ситуацију примењују се одредбе члана 29 ст. 2 и 3 ЗОО. Уговор о отуђењу удела у друштву закључује се у писаном облику. Потписе на уговору оверава јавни бележник (или суд). Уговор којим се отуђује удео који се састоји и од непокретности (као и раније наведени уговори), мора бити потврђен (солемнизован) од стране јавног бележника. У оба случаја, претходна сагласност мора бити писана а потпис даваоца сагласности оверен.⁴⁹

4. Одређивање купца удела

Уместо давања сагласности за закључење уговора о преносу удела на треће лице, друштво је овлашћено да унапред, оснивачким актом и својом одлуком, одреди треће лице на које преносилац удела може пренети удео. Члан друштва који се одлучи на пренос удела у обавези је да друштву поднесе захтев за доношење одлуке ради одређивања трећег лица на које може пренети свој удео. Одлуку (да члан друштва свој удео може пренети на одређено треће лице) доноси скупштина друштва обичном већином гласова свих чланова друштва. Оснивачким актом може бити предвиђена друга већина. Преносилац удела може свој удео пренети искључиво на то треће лице под тим условима. Ако треће лице не приступи закључењу и овери уговора о преносу удела под условима који су наведени у његовом захтеву у року од 15 дана од дана када је преносилац удела обавештен о тој одлуци друштва из разлога за које није одговоран преносилац удела, преносилац удела има право да удео прода трећем лицу по свом избору под истим условима. Он није овлашћен да прода удео под условима који су за њега (и друштво) неповољнији (за нижу цену, уместо плаћања одједном да отуђи удео уз плаћање на рате и друго), али може отуђити удео под повољнијим условима (за вишу цену, за плаћање одједном и друго). У случају да треће лице одређено од стране друштва закључи и овери уговор о преносу удела, друштво одговара

48 *Ibid.*, 331.

49 ЗОО, чл. 29 ст. 2–3.

преносиоцу удела солидарно за исплату купопродајне цене са тим лицем. Ако друштво донесе одлуку да се удео члана пренесе на одређено треће лице, а удео се пренеси у поступку јавне продаје, тада треће лице (које је одређено као купац) у поступку јавне продаје има првенство над најповољнијим понудиоцем у складу са изложеним правилима када право прече куповине има члан друштва. Треће лице (одређено као купац удела), које није позвано да учествује у јавној продаји, може тужбом захтевати поништење уговора о отуђењу, те обавезивање туженог члана друштва (и лица које је купило удео члана друштва) на пренос удела тужиоцу, односно да пресуда замени уговор о преносу удела између тужиоца и туженог члана друштва.

Коришћена литература

- Благојевић Борислав Т., *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд, 1952.
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2007.
- Gorenc Vilim V., *Trgovačko pravo društava*, Zagreb, 2003.
- Јакшић Стеван, *Облигационо право II - Посебни дио: поједини типови облигационих уговора*, Сарајево, 1960.
- Лоза Богдан, *Облигационо право II - Посебни део*, Правни факултет Српско Сарајево, Пале, 2000.
- Николић Душан, „Злоупотреба законског права прече куповине“, *Међународна конференција Злоупотреба права* (ур. Радмила Ковачевић Куштримовић), Ниш, 1996.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1981.
- Планојевић Нина, *Сиварно право у пракси*, Крагујевац, 2012.
- Спировић Јовановић Луција, Дабић Љубиша, *Трговинско право*, Београд, 2011.
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сиварно право*, Београд, 2001.
- Стефановић Златко, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2019.
- Тороман Марија, *Врсте и модальности уговора о куповини и продаји*, Београд, 1975.
- Цветић Раденка, *Право прече куповине*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 1998.

Ilija BABIĆ, PhD

Full Professor at the University Educons Faculty for European Law and Political Studies in Novi Sad

PRE-EMPTION RIGHT OF SHAREHOLDER TO ACQUIRE SHARES IN THE LIMITED LIABILITY COMPANY

Summary

A limited liability company is a company with share capital. Each member of an LLC can freely transfer his share to one, more or all other members by inter vivos and mortis causa transactions (mainly contracts). If share is transferred to a third party, all LLC members have the right of pre-emption. It is a rule of dispositive nature and, therefore, it can be excluded by the Memorandum of Association.

A member of an LLC who plans to transfer his share to a third party shall previously send an offer to the other members in the form of LLC membership share transfer agreement. The signature of the transferee on an offer must be authenticated by a notary. The notary shall confirm that offer if share of the transferee includes real estate or when it is governed by the special act.

If a LLC member believes his right of pre-emption has been violated, he can bring a complaint to the relevant court demanding: 1) that the contract or any other act related to the transfer of share should be cancelled, or 2) the obligation of the defendant (member against whom the claim is brought) to transfer his share to the plaintiff, i.e. that a judgment of the court replaces share transfer agreement between the plaintiff and the defendant.

The complaint can be brought within 30 days (subjective term) from the moment when LLC member had been informed about the conclusion of share transfer agreement, but not later than six months after share transfer registration in Business Registers Agency (objective term). After the expiration of these terms, the complaint will be rejected, and therefore disposal of shares will be strengthened.

Key words: *Pre-emption Right to Acquire Share. – Free Transfer of Share. – Violation of the Pre-emption Right to Acquire Share. – Transfer of Share to a Third Party. – Public Offering of Share.*

Датум пријема рада: 15. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 7. 7. 2020.

UDK: 336.717.061 ; 347.455

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003270R

др Ранка РАЧИЋ*
редовни професор на Правном факултету Универзитета у
Источном Сарајеву,
редовни професор на Правном факултету Универзитета у
Бањој Луци

(НЕ)ДОЗВОЉЕНОСТ УГОВАРАЊА НАКНАДЕ ЗА ТРОШКОВЕ ОБРАДЕ КРЕДИТА У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Сажетак

У раду се анализирају правни аспекти проблематике која се односи на (не)дозвољеност уговарања накнаде за трошкове обраде кредити. Ово питање постало је актуелно однедавно у праву Босне и Херцеговине. Прва судска одлука, којом је утврђено да је одредба о трошковима обраде кредити ништава, донесена је у Брчко диспозитиву Босне и Херцеговине. Након правноснажности ове одлуке, у Босни и Херцеговини појединито је на десетине тужби у којима се тражи да суд утврди да је одредба о накнади трошкова обраде кредити ништава. Зато је фокус истраживања у раду усмјерен на преиспитивање правног оквира за уговарање накнаде за трошкове обраде кредити, судских одлука у којима су заузети различити правни ставови о овом питању и посљедица донесених одлука за уговорне стране. Анализа показује да је уговарање

* Електронска адреса аутора: rankaracic@t-com.me.

накнаде за трошкове обраде кредитића дозвољено пог условом да се ради о стварним трошковима, чији је садржај јасно одређен.

Кључне речи: Уговор о кредитићу. – Трошкови обраде кредитића. – Непоштен одредбе.

I Уводна разматрања

У кредитној пракси банака у Босни и Херцеговини уобичајено је уговарање накнаде за трошкове обраде кредита приликом закључења уговора о кредиту. Уговарање накнаде за трошкове обраде кредита дуго се у БиХ није доводило у питање, али се у последње вријеме дозвољеност ове одредбе озбиљно преиспитује у судској пракси. Одредба којом банке „уговарају“ посебну накнаду за трошкове обраде кредита спорна је и поводом ње је у посљедње вријеме подигнуто на десетине тужби. Покретање парничних поступака услиједило је након потврђивања одлуке Основног суда у Брчко дистрикту БиХ, којом је утврђено да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава, а туженој банци је наложено да врати износ наплаћен „по основу“ трошкова обраде кредита.¹ Након правноснажности ове одлуке, питање дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита поставило се у оба ентитета.² Судови у ентитетима доносе различите одлуке о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита, тако да влада поприлична несигурност на који начин ће бити одлучено у конкретном случају. Тако се у оквиру истог суда, зависно од вијећа које преиспитује првостепену одлуку, заузимају различити ставови. У једном дијелу судске праксе заузет је став да је уговарање накнаде за трошкове обраде кредита дозвољено и израз је начела аутономије воље и пословне праксе банака.³ Други, опет, налазе да се ради о ништавој одредби, којом су банке уговориле за себе накнаду која им не припада, јер се не ради о стварним трошковима.⁴ Правна несигурност због различитог поступања судова приликом доношења одлуке о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита била је један од разлога за писање овог рада.

1 Одлука Основног суда у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине, бр. 96 0 Мал 104884 17 од 6. 2. 2018.

2 Одлука Апелационог суда у Брчко дистрикту Босне и Херцеговине, бр. 96 0 Мал 104 884 18 Гж од 28. 8. 2018.

3 Одлука Округног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 241724 19 Гж од 12. 11. 2019.

4 Вид., нпр., одлуку Округног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 П 2111421 19 Гж од 23. 8. 2019.

О дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у земљама региона, које су настале распадом бивше СФРЈ, судска пракса даје потпуно различите одговоре. Осврт на судске одлуке из тих држава учињен је само у оној мјери колико је било нужно да се покаже колико су се поједини судови у БиХ „ослањали“ на аргументацију изнесу у тим одлукама. Поред тога, у раду ћемо компаративном анализом покушати да дамо одговор на питање да ли правни оквир којим су регулисани трошкови обраде кредита у БиХ дозвољава уговарање накнаде за трошкове обраде кредита и у којој мјери се разликује од правног оквира земље из које потичу те одлуке. Кратак осврт на судску праксу њемачког Савезног суда, која већ дуже вријеме стоји на становишту да је одредба о уговарању накнаде за трошкове обраде кредита ништава, учињен је из разлога што се она редовно истиче као примјер на који начин би требало да поступају судови када одлучују о основаности захтјева за уговарање накнаде за трошкове обраде кредита. Такође, тужиоци приликом подношења приједлога за рјешавање спорног правног питања, по правилу, указују на одлуке њемачког Савезног суда.⁵ Да ли су рјешења из судске праксе њемачког Савезног суда примјењива у правном систему БиХ, питање је на које је нужно дати одговор у раду.

Из доступних судских одлука, које су биле предмет анализе у овом раду, може се извести закључак да су судови на различите начине примјењивали материјално право приликом одлучивања о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита. Зато је основни циљ овог рада изналажење правно утемељеног одговора на питање да ли је уговарање накнаде за трошкове обраде кредита дозвољено. Свакако, коначну одлуку о овом питању би требало да дају највише судске инстанце у ентитетима. Било би нужно да врховни судови у ентитетима што прије заузму став о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита, пошто је судска пракса противрјечна и влада поприлична несигурност.

5 „Странка може поднијети приједлог за рјешавање спорног правног питања. И кад странка упуту приједлог првостепеном суду за покретање поступка за рјешавање спорног правног питања, то ће бити само иницијатива суду да покрене поступак за рјешавање спорног правног питања, јер се ради о питању о коме треба заузети начелан став у интересу правне сигурности, извјесности, правичности и равноправности.“ Гордана Станковић, Ранка Рачић, *Парнично процесно право*, треће издање, Бања Лука, 2017, 414.

II Упоредноправни приказ судске праксе о трошковима обраде кредита

1. Судска пракса о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у неким земљама региона

У појединим земљама које су настале распадом бивше СФРЈ, уговарање накнаде за трошкове обраде кредита већ дуже вријеме предмет је многобројних расправа. У Србији ово питање је одавно на листи приоритета за рјешавање. Српски судови различито поступају кад одлучују о дозвољености ове одредбе. Једни одредбу о уговарању накнаде за трошкове обраде кредита проглашавају ништавом, док опет други стоје на становишту да је у питању дозвољено уговарање накнаде за трошкове обраде кредита. Неуједначеност у судској пракси Србије била је повод за заузимање става Врховног касационог суда о трошковима обраде кредита.

За разлику од Србије, у Црној Гори су утихнуле расправе о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита врло брзо након првих одлука другостепених судова који су одлучивали по жалби тужених банака. У току 2018. године првостепени судови су донијели више одлука у којима је утврђено да је одредба о накнади трошкова ништава.⁶ Судови су стали на становиште да одредба уговора која се односи на трошкове обраде кредита не прецизира стварне трошкове које је банка имала приликом обраде кредита. Тако се у образложењу једне одлуке наводи да је „тужиљи непознат механизам по коме је одређена висина тих трошкова“.⁷ У образложењу одлуке је наведено да поступак одобравања кредита спада у редовно пословање банке, па нема економске оправданости да банка од корисника кредита наплаћује било какве друге услуге. Жалбени суд је укинуо првостепену одлуку из разлога што је материјално право погрешно примијењено. Другостепени суд се позвао на Закон о заштити потрошача.⁸ По оцјени жалбеног суда, првостепени суд је пропустио да утврди да ли је клијент био упознат са трошковима кредита који се наплаћују и који су предвиђени у уговору. У поновљеном поступку, суд је одбио тужбени захтјев као неоснован. Након правноснажности ове одлуке, судови у Црној Гори су стали на становиште да је уговарање накнаде за трошкове обраде кредита дозвољено.⁹

6 Параграф, (Не)законитост накнаде за обраду кредита: Донијете три пресуде којима се налаже повраћај средстава клијентима банака, 2018, доступно на адреси: <https://www.paragraf.me/dnevne-vijesti/28062018/28062018-vijest3.html>, 3. 4. 2020.

7 Вид. нпр. одлуку Основног суда у Рожајама, П. бр. 164/18 од 13. 6. 2018.

8 Одлука Вишег суда у Бијелом Пољу, Гж 1826/18 од 15. 1. 2019.

9 Вид. нпр. одлуку Основног суда у Подгорици, П. бр. 2337/18 од 4. 12. 2018.

Судска пракса у Хрватској доста се разликује у односу на исту у Србији и Црној Гори. Колико је нама познато, у Хрватској корисници кредита нису подносили тужбе за утврђење ништавости одредбе о уговарању накнаде за трошкове обраде кредита. Хрватска је 2017. године донијела Закон о стамбеном потрошачком кредитирању, у коме је нормотворац предвидио да је забрањено уговарање накнаде за трошкове обраде кредита.¹⁰ Овим законом коначно је попуњена правна празнина о питању дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита када су у питању стамбени кредити и на тај начин избјегнуте су све дилеме које су с тим везане. Закон о потрошачком кредитирању садржи велики број правила којим је побољшан статус потрошача. Закон садржи, између осталог, и одредбу да накнаде на одобрене кредите морају бити везане за стварни трошак одобравања кредита.¹¹

а) Србија

Дозвољеност уговарања накнаде за трошкове обраде кредита већ дуже вријеме је у фокусу пажње правних теоретичара и судске праксе у Србији. Анализа доступних судских одлука, научних¹² и стручних радова¹³ показује да су се судови и правни теоретичари интензивно бавили овим питањем. Уговори о стамбеним кредитима који су индексирани у швајцарским францима изазвали су далекосежне посљедице у правном систему Србије.

Негативан став према банкама у Србији и начину њиховог рада¹⁴ манифестовао се и у подизању великог броја тужби у којима је предмет тужбеног захтјева био утврђење ништавости одредбе о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита и враћање примљеног по основу стицања без основа. Правна заштита поводом питања о до-

10 Zakon o stambenom potrošačkom kreditiranju – ZSPK, *Narodne novine*, бр. 101/2017, чл. 17 ст. 4. У овај закон су имплементиране одредбе Директиве 2014/17 ЕУ Европског парламента и Вијећа од 4. фебруара 2014. године о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине.

11 Zakon o potrošačkom kreditiranju, *Narodne novine*, бр. 75/09, 112/12, 143/12, 147/13, 9/15, 78/15, 102/15 и 52/16.

12 Милош Живковић, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018, 15–32; Балша Кашћелан, „Спорна питања у вези са уговорном одредбом о накнади за обраду кредита“, *Хармониус*, 2018, 110–130.

13 Јелена Гајовић, „Обрада кредита, провизија за обраду кредита, провизија банке“, *Iustitia*, бр. 3/2018, 8–11; Милан Тодоровић, „Трошкови обраде кредита – приказ проблема“, *Iustitia*, бр. 3/2018, 17–20; Ива Игњатић, Димитрије Илић, „Питање наплате трошкова обраде кредита“, *Iustitia*, бр. 3/2018, 20–24.

14 М. Живковић, 16.

звољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита ишла је у два правца.

У једну групу би се могле сврстати судске одлуке у којима су судови стали на становиште да је уговарање накнаде за трошкове обраде кредита дозвољено. Став о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита јасно је изражен у одлуци Вишег трговинског суда из 2006. године.¹⁵ У овој одлуци суд је заузео став да је уговарање накнаде за послове обраде и реализације захтјева за одобрење кредита у складу са начелом аутономије воље, актима пословне политике банке, чл. 1065 и 1066 ЗОО.

„Кад банка приликом пласмана новчаних средстава кроз уговор о кредиту од корисника кредита наплаћује и накнаде за трошкове свог пословања, не значи да је уговарање оваквих врста накнада забрањено.“ Потом је Виши привредни суд заузео став да „уговарање права на наплату уговорене камате не искључује право банке да на корисника кредита пренесе и део трошкова око одобравања и праћења коришћења кредита.“¹⁶ По схватању суда, банка као привредни субјект је овлашћена, у циљу стицања добити, да предвиди на терет друге уговорне стране накнаду за трошкове свог пословања који обухватају рад око обраде кредитног захтјева и других активности током праћења и отплате кредита. Привредни апелациони суд је у одлуци из 2017. године констатовао да је дозвољено уговарање накнаде за трошкове обраде кредита. Према изнесеном схватању, не ради се о накнади трошкова обраде кредита, већ о наплати провизије која није забрањена.¹⁷

Колико је судска пракса у Србији противрјечна поводом питања дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита, показују одлуке у којима судови стоје на становишту да се ради о ништавој одредби и да корисницима кредита припада право на враћање датог по основу стицања без основа. Прва одлука у којој је суд одлучио да није дозвољено уговарати накнаду за трошкове обраде кредита донесена је 2000. године. Врховни суд је, доносећи одлуку по ревизији, у образложењу навео да се основано у ревизији истиче да није законито да се уговарају трошкови у проценту од износа кредита који се обрачунавају уз камату.¹⁸ Према заузетом ставу суда, банка има право да наплати стварне трошкове који су настали из кредитног односа, али

15 Одлука Вишег трговинског суда, Пж 10482/2005 од 10. 3. 2006. Доступно у бази *ParagrafLex*.

16 Одлука Привредног апелационог суда, Пж 2603/2013 од 25. 9. 2013. Доступно у бази *ParagrafLex*.

17 Одлука Привредног апелационог суда, Пж 637/17 од 2. 2. 2017.

18 Одлука Врховног суда Србије, Рев. бр. 295/99 од 19. 1. 2000.

нема право на накнаду трошкова у процентуалном износу. Аргументи који су наведени у образложењу ове одлуке „уграђени“ су у све одлуке босанскохерцеговачких судова у којима је утврђено да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава.

Након одлуке Вишег суда у Сомбору, по којој је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава, став о ништавости ове одредбе се могао „наћи“ у већем броју одлука. У образложењу одлуке, Виши суд у Сомбору је стао на становиште да банка кориснику кредита једино може наплатити камату, која обухвата цијену комплетне услуге: „Нема економске оправданости да банка од корисника кредита наплаћује и делове кредитне услуге, у смислу наплате трошка обраде кредита, обезбеђења кредита и слично, јер не ангажује додатну радну снагу ради провере поузданости кредита или процене вредности некретнине.“¹⁹

И Апелациони суд у Београду је скоро на исти начин аргументовао своју одлуку по којој је одредба о трошковима обраде кредита ништава. У образложењу се наводи да обавеза у уговору мора бити одређена или бар одредива, а кад је у питању накнада трошкова за обраду кредита, банка је пропустила да одреди о којим се трошковима ради, без обзира на то што она има право само на стварне трошкове, а посебно због чега се ови трошкови везују за износ кредита.²⁰

Неуједначена судска пракса била је повод за реаговање Врховног касационог суда који је заузео став: „Банка има право на наплату трошкова и накнада банкарских услуга, па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита није ништава уколико је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита. Трошкови обраде кредита и пуштање кредита у течај, као и други трошкови које банка обрачунава кориснику у току реализације уговора о кредиту, могу бити исказани у процентуалном износу и наплаћују се само кроз обрачун ефективне каматне стопе.“²¹ Правни став суда није разријешо дилеме о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита које су се појавиле у судској пракси и правној теорији. Он је оставио могућност судовима да различито тумаче материјално право када треба да одговоре да ли је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита. И након заузетог правног става, анализа појединих судских одлука показује да постоје дилеме и питања да ли се ради о стварним

19 Одлука Вишег суда у Сомбору, Гж 320/2017 од 15. 3. 2017.

20 Одлука Апелационог суда у Београду, Гж бр. 3656/15 од 18. 5. 2017.

21 Правни став Врховног касационог суда Републике Србије усвојен на сједници Грађанског одјељења 22. 5. 2018. године, доступно на адреси: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/140618/140618-vest1.html>, 3. 4. 2020.

трошковима обраде кредита и на који је начин банка утврдила износ који треба да плати клијент.

У одлуци Вишег суда у Панчеву²² заузето је схватање по коме „уговарањем дефинисане спорне једнократне накнаде није повређено начело савесности и поштења и начело једнаке вредности давања. Пошто је новчани износ у уговору јасно одређен а накнада за трошкове обраде кредита је тужиоцима била позната, како у предуговорној фази и у понуди за закључење уговора, тако и у самом уговору, суд је закључио да се ради о дозвољеној одредби.“²³

2. Судска пракса о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у Њемачкој

Питање дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита је разријешено у њемачкој судској пракси. Њемачки Савезни суд је заузео став да је ова одредба ништава, што потврђују бројне судске одлуке. У образложењу одлуке Савезног суда од 13. маја 2014. године констатовано је да „клаузула о накнади није уговор о цијени који није подложен контроли садржаја.“²⁴ Другим рјечима, суд је овлашћен да контролише одредбу о накнади трошкова јер не представља саставни дио камате. У одлуци се наводи да је у чл. 488 ст. 1 тач. 2 њемачког Грађанског законика (*BGB*) предвиђено да је обавеза плаћања камате главна обавеза дужника. Накнада за одобравање зајма је стога камата коју дужник плаћа. По схватању суда, наплата накнаде за обраду кредита није у складу са основним принципима законске регулативе. Кредитна институција, по схватању суда, није обавезна да закључује уговоре о зајму, а закључивање истих само по себи не даје установи која пласира кредитна средства право да наплати једнократну накнаду за обраду. Накнада за обраду не може бити оправдана, јер дјелимично покрива трошкове савјетовања за кориснике и трошкове провјере ликвидности корисника зајма. У образложењу одлуке се наводи да ови трошкови нису настали закључењем уговора о зајму, већ су трошкови који су му претходили. Ово посебно из разлога што савјетовање потрошача није неопходно прије сваког зајма. Поред тога, провјера ликвидности корисника зајма није услуга за клијента, већ је намијењена искључиво финансијским интересима банке као даваоца зајма. Суд даље изводи закључак да свака слабија кредитна способност клијента редовно доводи до тога да банка наплаћује вишу каматну стопу.

22 Одлука Вишег суда у Панчеву, Гж 3241/19 од 21. 1. 2020.

23 Виши суд у Панчеву је заузео исти став и у одлуци Гж 3241/19 од 21. 1. 2020.

24 Одлука Савезног суда Немачке, XIZR 405/12 од 13. 5. 2014.

Скоро исти став је изнио њемачки Савезни суд у одлуци бр. 170/13 од 13. маја 2014. године.²⁵ Савезни суд је прихватио аргументацију Апелационог суда по којој „приказана накнада за обраду кредита не треба бити схваћена као попуст, односно као дио накнаде за пренос новца дужнику. Тужени је изјавио да је накнада за обраду била ванредна накнада која се купцу неће сразмјерно надокнадити у случају пријевременог раскида уговора. Трошкови туженог, према изнесеном схватању, не представљају услугу купцу, већ служе првенствено ради заштите властитих интереса туженог. Право туженог да наплати накнаду за обраду не може се оправдати ни додатним тумачењем уговора.“

У образложењу одлуке њемачког Савезног суда из 2019. године, којом је укинута другостепена одлука због неправилне примјене материјалног права, констатовано је да је уговорена клаузула о накнади трошкова подложна контроли садржаја.²⁶ Када је у питању преговарање око услова за закључење уговора, суд је навео да се „о преговорима може говорити само ако корисник озбиљно располаже основним садржајем општих услова, тј. одредбама које мијењају или допуњају суштински садржај законских прописа, а преговарачки партнер има слободу дизајнирања да заштити своје интересе, са ефективном могућношћу да утиче на садржај уговорних услова. По правилу, преговарање се огледа у промјенама унапријед формулисаног текста.“ Суд је констатовао да тужени није износио никакве посебне околности које би указивале на то да се преговарало о спорној клаузули о накнади.

III Судска пракса о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у Босни и Херцеговини

Након потврђивања одлуке Основног суда у Брчко дистрикту БиХ,²⁷ којом је утврђено да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава, пред судовима се све чешће преиспитује дозвољеност ове одредбе. Образлажући своју одлуку, Апелациони суд²⁸ је навео да „камата у својој основи садржи оперативне трошкове банке, због чега је економски неоправдано да она од корисника кредита наплаћује додатне услуге у смислу наплате засебне једнократне накнаде за одобрење кредита. Тужена је била дужна да након одобрења од стране кредитног

25 У овом предмету тужиоци су тражили враћање накнаде за обраду кредита коју је тужена банка наплатила приликом закључења уговора. Тужени је поднио ревизију, али је одбијена као неоснована.

26 Одлука Савезног суда Немачке, XIZR 9/18 од 19. 3. 2019.

27 Вид. напомену бр. 1.

28 Вид. напомену бр. 2.

одбора банке стави на располагање тужиоцу одобрени износ кредита, а не да исти умањи за износ накнаде за трошкове обраде кредита. Висину накнаде трошкова обраде кредита тужена је сама одредила, без могућности да образложи на шта се иста односи. С обзиром на то да се ради о унапријед припремљеном уговору, тужиоцу није дата могућност да се о истој појединачно преговара.“ Суд је извео закључак да је овакво поступање тужене противно начелу савјесности и поштења и начелу једнаке вриједности давања.

Основни суд у Бањој Луци у одлуци из 2018. године²⁹ такође је усвојио тужбени захтјев и одредбу о накнади трошкова обраде кредита прогласио ништавом и обавезао туженог да исплати „на име“ неоснованог обрачуна наплаћене трошкове обраде кредита са законском затезном каматом. Аргументи за усвајање тужбеног захтјева су скоро идентични оним који су наведени у образложењу одлуке Апелационог суда Брчко дистрикта БиХ. Према изнесеном ставу суда, наплаћени трошкови су економски неоправдани. Поступање тужене банке је у супротности са правилима начела савјесности и поштења и начела једнаке вриједности давања. Тужена је наметнула обавезу тужиоцу којом га је ставила у неравноправан положај. Окружни суд је ову одлуку потврдио и одбио жалбу као неосновану.³⁰ Међутим, пракса Окружног суда у Бањој Луци је противрјечна. Одлуку Основног суда у Бањој Луци,³¹ којом је усвојен тужбени захтјев и утврђено да је одредба о накнади трошкова за обраду кредита ништава, суд је преиначио на начин да је одбио тужбени захтјев као неоснован.³² Суд се позвао на *Закон о банкама*, којим је прописано да Агенција за банкарство РС има право да регулише накнаде које банка наплаћује у случајевима споразума са клијентом. Према схватању суда „уговарање, између осталог и трошкова обраде кредита, остављено је на вољу кориснику кредита и банци.“ Пошто се тужитељка обратила банци за додјелу кредита, суд је закључио да се „подразумијева да је она упозната како у предуговорној, тако и у уговорној фази о свим условима додјеле кредита, а самим тим и трошковима обраде кредита за које јој је било познато да су исти у конкретном случају утврђени (интерном методологијом банке).“

У судској пракси Федерације БиХ, колико је нама познато, у погледу уговарања трошкова обраде кредита постоји само једна правноснажна одлука којом је одбијен захтјев тужиоца за поништење одредбе уговора о накнади трошкова обраде кредита. Првостепеном одлуком

29 Одлука Основног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 П211421 15 од 28. 12. 2018.

30 Одлука Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 П 211421 19 Гж од 23. 8. 2019.

31 Одлука Основног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 П 241724 16 од 15. 7. 2019.

32 Одлука Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 П 241724 19 Гж од 12. 11. 2019.

усвојен је тужбени захтјев тужиоца и утврђено да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава. Ову одлуку је потврдио жалбени суд. У поступку по ревизији, Врховни суд Федерације БиХ је преиначио одлуку Кантоналног суда у Мостару³³ и одбио захтјев којим се тражи да тужени врати примљени износ који му је исплаћен по основу трошкова обраде кредита.³⁴ Према заузетом ставу Врховног суда Федерације БиХ „одредба о трошковима обраде кредита је јасна и недвосмислена, износ накнаде је потпуно одредив а фактички и одређен, јер су у самом уговору наведени сви елементи за његов обрачун, износ кредита и проценат у којем се накнада плаћа.“ Суд је стао на становиште да није забрањено уговарање накнаде за трошкове обраде кредита и да нижестепени судови нису били овлашћени да утврђују да ли је тужена заиста имала трошкове приликом пријема захтјева, припреме уговора и израде плана отплате кредита нити колико су ти трошкови износили. Имајући у виду да уговарање предметне накнаде није противно уставном поретку, принудним прописима нити моралу друштва, по изнесеном схватању судови нису могли дерогирати јасно изражену вољу уговорних страна позивом на повреду општих принципа облигационог права.

IV Критички осврт на приказану судску праксу у Босни и Херцеговини

Кратак приказ доступних судских одлука о дозвољености уговарања накнаде за трошкове обраде кредита показује да су првостепени судови стали на становиште да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава. Критички осврт на приказану судску праксу у БиХ могућ је након приказа правног оквира о трошковима обраде кредита. Уговор о кредиту регулисан је у више законских текстова. Закон о облигационим односима садржи одредбе о предмету уговора, форми, садржини, отказу, одустајању и враћању кредита прије рока.³⁵ Међутим, ЗОО не помиње трошкове обраде кредита. Закон о банкама Републике Српске детаљно нормира уговор о кредиту.³⁶ У чл. 123 ст. 2 Закона о банкама регулисано је да општи услови пословања обухватају и акте којима се утврђују накнаде и други трошкови које банка наплаћује

33 Одлука Кантоналног суда у Мостару, бр. 58 0 П 101 14 Гж од 22. 6. 2018.

34 Одлука Врховног суда Федерације БиХ, бр. 58 0 П 101911 18 Рев. од 17. 9. 2019.

35 Закон о облигационим односима Републике Српске – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 31/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989 и *Службени гласник Р. Српске*, бр. 17/1993, 37/2001 – др. закон, 39/2003 и 74/2004.

36 Закон о банкама Републике Српске – ЗоБ, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 4/17, 19/18 и 54/19.

клијентима,³⁷ што значи да се и подзаконским актима регулишу односи између уговорних страна. Свака банка доноси опште услове пословања и друге акте у којима предвиђа и накнаду за трошкове обраде кредита којом редовно оптерећује клијента. У оба ентитета и у Брчко дистрикту БиХ примјењује се ЗОО бивше СФРЈ, као ентитетски и закон дистрикта. Законом о заштити корисника финансијских услуга Федерације БиХ детаљно се регулише уговор о кредиту.³⁸ Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини³⁹ је *lex specialis* у односу на ентитетске законе и законе Брчко дистрикта БиХ када је у питању закључење уговора о потрошачком кредиту. Интересантно је да се судови у БиХ примјењујући материјално право нису уопште освртали на одредбе ЗоЗП у БиХ. У чл. 93 ст. 1 ЗоЗП је предвиђено да уговорна одредба обавезује потрошача само ако је прије закључења уговора био упознат са њеним садржајем. Аплицирајући ово правило на одредбу о накнади за трошкове обраде кредита, може се извести закључак да је банка дужна да клијента детаљно упозна са садржином конкретне одредбе и да га упозори на исту.⁴⁰

Начело аутономије воље дозвољава да банке својим актима предвиде одређене накнаде и трошкове. Уговарање накнаде за трошкове обраде кредита мора бити у складу са начелом савјесности и поштења, али и врло јасним правилима која су садржана у ЗоЗП БиХ када су у питању потрошачки кредити. Овим законом је изричито предвиђено да је продавац, односно банка обавезна да упозна купца, односно клијента са садржајем уговорне одредбе, да га упозори на исту, а у случају спора, и о значењу поједине одредбе у уговору – важиће значење које је повољније за потрошача. Није довољно да одредба буде садржана у уговору о кредиту и као таква буде доступна кориснику кредита, већ потрошач мора бити упознат са њеним садржајем и значењем.

У доступним судским одлукама које су биле предмет анализе, банка као тужена ни у једном случају није успјела да докаже о којим се трошковима ради, као ни о њихову садржину. Такође, тужене нису успјеле да докажу да се преговарало о висини трошкова. Приликом закључења уговора о кредиту банка одређује услове под којим ће закључити уговор о кредиту. Никако се не може закључити да је банка упозорила корисника кредита на одредбу о трошковима кредита

37 ЗоБ, чл. 123 ст. 2.

38 Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Службене новине Ф. БиХ*, бр. 31/14.

39 Закон о заштити потрошача у Босни и Херцеговини – ЗоЗП БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/06 и 88/15.

40 ЗоЗП БиХ, чл. 93 ст. 3.

ако је, примјера ради, навела колики износ клијент треба да плати за трошкове обраде кредита. По нашем мишљењу, судови који су утврдили да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава у оним случајевима кад банка није успјела да докаже о којим трошковима је ријеч, правилно су примијенили материјално право. Такође, не можемо прихватити као правилно становиште Врховног суда Федерације БиХ по коме нижестепени судови нису били овлашћени да утврђују да ли је тужена заиста имала трошкове приликом пријема захтјева, припреме уговора и израде плана отплате кредита, нити колико су ти трошкови износили. ЗоЗП БиХ је изричито предвидио да су непоштене одредбе из уговора о кредиту ништаве и противне начелу савјесности и поштења. Уколико корисник кредита тврди да није био упознат са начином на који је банка обрачунала накнаду за трошкове обраде кредита и да се ради о непоштеној одредби, на туженом је терет доказивања да су трошкови обраде кредита одређени или одредиви у складу са позитивноправним прописима. Погрешно је схватање Врховног суда Федерације БиХ да судови нису могли дерогирати јасно изражену вољу уговорних страна позивом на повреду општих принципа облигационог права јер уговарање предметне накнаде није противно уставном поретку, принудним прописима, нити моралу друштва. Истина је да уговарање предметне обавезе није противно уставном поретку, принудним прописима и моралу, али то још увијек не значи да се мора поштовати аутономија воље безусловно.

Код уговора о кредиту, аутономија воље посебно је изражена код банке као даваоца кредита. Начело аутономије воље долази до изражаја и код корисника кредита, али само кад манифестује своју вољу да закључи уговор о кредиту и да изабере уговорног партнера.⁴¹ Неспорно је да ове двије слободе уговарања код корисника кредита нису окрњене.⁴² Међутим, код одређивања садржине уговора о кредиту, његова слобода је значајно ограничена. Ту већ банка има доминантан положај. Корисник кредита одређује висину, односно износ кредита. Након провјере кредитне способности клијента, банка саставља образац уговора о кредиту. Може ли ту клијент нешто да учини или да промијени уговорне одредбе које су му унапријед понуђене? Наше је мишљење да не може. У судској пракси, која стоји на становишту да је одредба о накнади трошкова обраде кредита дозвољена, истиче се да корисник кредита не мора да закључи уговор са банком која је у општим условима пословања предвидјела накнаду за трошкове обраде кредита, већ може да потражи

41 У раду се аутономија воље и слобода уговарања користе као синоними.

42 О слободи уговарања вид. Јаков Радишић, *Облигационо право – ојшћии гео*, девето издање, Ниш, 2014, 67–69.

другу банку. Ова аргументација је тачна само под условом да друга банка, односно друге банке нису предвидјеле накнаду за трошкове обраде кредита. Међутим, све банке имају скоро исту или сличну садржину општих услова пословања. Ако се клијент претходно информисао о овој клаузули и утврдио да су све банке с којима је у могућности да закључи уговор у општим условима пословања предвидјеле накнаду за трошкове обраде кредита, онда он има могућност само да одустане од закључења уговора о кредиту. Клијент закључује уговор о кредиту кад је принуђен да ријеша одређене финансијске проблеме у које је запао и због тога приликом закључења уговора његова аутономија воље креће се у оквирима „узми или остави“.

У образложењу цитиране одлуке њемачког Савезног суда из 2019. године наведено је да се о преговарању може говорити само уколико се може промијенити унапријед формулисан текст уговора.⁴³ Уколико банка „упозна“ корисника кредита о обавези накнаде за трошкове обраде кредита на коју он не може утицати нити је измијенити, онда се не ради о преговарању, већ о обавјештавању клијента. У немогућности да нађе банку која није предвидјела накнаду за трошкове обраде кредита, он закључује уговор са банком и „добровољно пристаје на накнаду трошкова обраде кредита“.

Уговарање накнаде за трошкове обраде кредита у банкарском сектору и појединим судским одлукама правда се пословном праксом коју треба поштовати. Уговор о кредиту је уговор по приступу. Није тешко закључити да је корисник кредита у неповољнијем положају и да је слабија страна у односу на банку.⁴⁴ Ако се корисник кредита обавијести да је дужан да плати накнаду за трошкове обраде кредита, а претходно га банка не обавијести који су то трошкови, не може се тврдити да је банка поступала са пажњом доброг стручњака. Наспрам банке је по правилу лице које нема потребна знања из ове области. Нису ријетки случајеви у банкарској пракси БиХ да су уговори о кредиту закључени, а да корисник кредита није био упознат са општим условима пословања. Међутим, клијент је редовно потписивао изјаву да је са истим био упознат. Банка у општим условима пословања по правилу прецизно предвиђа обавезе за клијента од којих не одступа. Подзаконски акти за банке имају често јачу правну снагу него сами закони. Већ је у раду указано да судови уопште нису утврђивали да ли је одредба о накнади трошкова за обраду уговора о потрошачком кредиту непоштена у смислу закона ЗоЗП у БиХ.

43 Вид. напомену бр. 26.

44 Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/2015, 585.

ЗоБ изричито регулише да „банка обезбјеђује заштиту права и интереса корисника доношењем и досљедном примјеном општих услова пословања и других интерних аката који су обавезно усклађени са прописима и засновани на добрим пословним обичајима и правичном односу према кориснику.“⁴⁵ Да ли је добар пословни обичај уговорити трошкове обраде кредита на трошак клијента? Мишљења смо да јесте, али само под условом да је банка заиста имала одређене трошкове које је проузроковао клијент. Ако банка пласира кредит као своју услугу и ту услугу наплаћује кроз камату у којој је јасно одређена цијена те услуге, тешко је објаснити зашто корисник те услуге мора још и накнадно да плаћа и истовремено заступати тезу да је банка поступала у складу са добрим пословним обичајима.

У литератури је већ истакнуто да је клијент како лице које је закључило уговор о кредиту, тако и оно лице које се обратило банци, али је одбијено јер није било кредитно способно. Ако банка након провјере кредитне способности одбије да закључи уговор о кредиту са њим и притом не тражи нити условљава провјеру његове кредитне способности плаћањем одређених трошкова, како се онда они наплаћују клијенту који је закључио уговор са банком?⁴⁶ Које је то радње банка извршила и који трошак клијент плаћа? Посао банке је исти у оба случаја, само у другом случају банка клијенту који закључује уговор још мора дати план отплате кредита и одштампати уговор о кредиту како би се уговор потписао.⁴⁷ Ако банка у првом случају не наплаћује трошкове обраде кредита, не би смјела наплаћивати их ни клијенту са којим је закључила уговор, јер се онда дискриминаторно понаша.

На основу анализе приказаних одлука, може се извести закључак да банке нису успјеле да докажу о којим трошковима је ријеч. Ни у општим условима пословања не наводи се садржај трошкова. Тужени су углавном наводили да се ради о административним трошковима који настају обављањем послова банкарских службеника који су запослени на позицијама продаје услуга или пружања савјета корисницима тих услуга. Провјера кредитне ликвидности, увид у разне кредитне регистре, давање понуде за закључење уговора, информисање клијента, закључење уговора и састављање плана отплате кредита – послови су који су предвиђени уговором о раду ових лица. Питање је само да ли предузетим радњама запослени праве трошак банци који мора надокнадити клијент? Друго питање је шта би се десило да ова лица уопште не обрађују кредитне захтјеве, односно да престане потражња за овим

45 ЗоБ, чл. 134 ст. 1.

46 Б. Кашћелан, 120.

47 *Ibid.*

услугама? По нашем мишљењу, предузете радње су у интересу банке, а никако у интересу клијента. Уколико не би било интересовања за закључење уговора о кредиту, овај посао банке би био доведен у питање. Да би банка имала право да накнади трошкове обраде кредита, мора доказати да су учињени трошкови у интересу клијента. Уколико банка, на примјер, провјерава кредитну способност клијента, она то чини у сопственом интересу. Ако клијент није кредитно способан, банка ће одбити да закључи уговор о кредиту.

Уколико уговор о кредиту садржи одредбу о трошковима обраде кредита и банка наведе тај износ процентуално, без навођења стварних трошкова и на који начин је утврђен износ, не може се извести закључак да су трошкови обраде кредита одређени, односно одредиви. У овом случају суд ће, у складу са чл. 100 ЗОО, нејасне одредбе тумачити у корист клијента, што значи да би морао санкционисати банку и утврдити да се ради о ништавој одредби. Трошкове које наплаћује од клијента банка књижи као своје приходе. Потпуно је нејасно како банка може на једном мјесту да их означава трошковима, а на другом ти исти трошкови се исказују као приходи банке. Ако су они заиста трошкови, на тој позицији се морају књижити.

Мишљења смо да је погрешно стајалиште Врховног суда Федерације БиХ по коме нижестепени судови нису били овлашћени да утврђују да ли је тужена имала трошкове приликом пријема захтјева, припреме уговора и израде плана отплате кредита, нити колико су ти трошкови износили ако је клијент пристао на закључење уговора о кредиту. По ЗоЗП БиХ, ако клијент оспорава одређену одредбу, суд мора утврдити да ли је у питању поштена одредба или није. Поред тога, чланом 47 ЗОО је регулисано, између осталог, да предмет уговорне обавезе мора бити одређен или одредив. Уколико трошкови нису одређени или бар одредиви, обавеза је ништава.

Клијент који је закључио уговор о кредиту може прије рока исплатити кредит. Притом је банка дужна смањити његове уговорене обавезе, односно он не треба да плати камату за оне ануитете који нису доспјели. Кад су у питању плаћени трошкови обраде кредита, банка их у пуном износу задржава, без обзира на то што су у појединим судским споровима банке истицале да се трошкови обраде кредита односе и на праћење уредне исплате кредита.

На крају, али не мање значајно, приликом пуштања кредита у тецај клијент исплаћује накнаду за трошкове кредита из новчаног износа који му је стављен на располагање, али камата као цијена коштања је обрачуната на цјелокупан износ одобреног кредита.

Судови у БиХ, по узору на праксу српских судова, различито су одговарали на питање да ли је дозвољено уговарање накнаде за трошкове обраде кредита. У обје земље на правној снази је ЗОО бивше СФРЈ, који није претрпио измјене и допуне када је у питању уговор о кредиту. Међутим, основна замјерка нашим судовима је што приликом утврђивања основаности тужбеног захтјева нису имали у виду одредбе ЗоЗП у БиХ када су одлучивали о накнади за трошкове обраде уговора о потрошачком кредиту. Коректив начела савјесности и поштења су правила о непоштеним одредбама која су садржана у овом закону. Када је у питању пракса њемачког Савезног суда, образложења из наведених одлука могу бити путоказ за размишљање да ли су информисаност о накнади трошкова обраде кредита и утврђени проценат „на име обраде“ довољни да суд стекне увјерење да су у питању стварни трошкови које је клијент проузроковао и који се морају накнадити банци.

Правноснажне одлуке којима је утврђено да је одредба о накнади трошкова обраде кредита ништава свакако могу имати за посљедицу несигурност и губитак повјерења у банке. Ове одлуке се „књиже“ на терет банкама, али не треба изгубити из вида и чињеницу да су банке често биле и главни „кривци“ за пољуљано повјерење у њихов рад. Главни аргумент банака да судови утврђујући да је одредба о накнади трошкова кредита ништава озбиљно угрожавају правну сигурност – не може се прихватити без резерве. По нашем мишљењу, нико се не може позивати на правну сигурност уколико је она заснована на „ништавој одредби“.

V Закључна разматрања

Позитивноправни прописи у БиХ не забрањују уговарање накнаде за трошкове обраде кредита. Стога се трошкови обраде кредита могу уговорити под одређеним условима. Начело аутономије воље дозвољава странама уговорницама да уреде садржину уговора о кредиту. Уговор о кредиту је уговор по приступу. Банка приликом закључења овог уговора мора поступати са пажњом доброг стручњака. У уговор о кредиту банка не смије уносити непоштене клаузуле и позивати се на пословну праксу банке, а не на законске одредбе. Накнада за трошкове обраде кредита је дозвољена уколико се ради о стварним трошковима, чији је садржај на јасан начин изражен. Приликом одлучивања о дозвољености ове одредбе у уговору о кредиту, суд је дужан да утврди да ли је у уговор о кредиту унесена непоштена одредба. Уношење ове одредбе коришћењем јаче преговарачке позиције противно је начелу савјесности и поштења и начелу једнаке вриједности давања. Страх од поремећене равнотеже у банкарском сектору не смије бити „алиби“ за проглашење ове одредбе

дозвољеном у оним ситуацијама кад банка не може да докаже о којим је трошковима ријеч.

Ово питање у судској пракси Босне и Херцеговине могуће је ријешити на два начина. Први начин је да највиша судска инстанца у ентитету донесе одлуку о спорном правном питању и да коначно разријешити дилеме на који начин судови треба да поступају кад одлучују о дозвољености накнаде за трошкове обраде кредита. Међутим, узор за рјешавање спорног правног питања не би требало да буде став Врховног касационог суда, јер он оставља могућност за различито тумачење. Други начин је да се кроз измјене и допуне закона ово питање изричито регулише. До тада, неизбјегне су различите судске одлуке поводом овог питања у правном систему БиХ.

Коришћена литература

- Гајовић Јелена, „Обрада кредита, провизија за обраду кредита, провизија банке“, *Iustitia*, бр. 3/2018.
- Живковић Милош, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018.
- Игњатић Ива, Илић Димитрије, „Питање наплате трошкова обраде кредита“, *Iustitia*, бр. 3/2018.
- Кашћелан Балша, „Спорна питања у вези са уговорном одредбом о накнади за обраду кредита“, *Хармониус*, 2018.
- Радишић Јаков, *Облигационо право – општи део*, девето издање, Ниш, 2014.
- Станковић Гордана, Рачић Ранка, *Парнично процесно право*, треће издање, Бања Лука, 2017.
- Тодоровић Милан, „Трошкови обраде кредита – приказ проблема“, *Iustitia*, бр. 3/2018.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, „Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/2015.

Ranka RAČIĆ, PhD

Full-time Professor at the University of Eastern Sarajevo Faculty of Law,

Full-time Professor at the University of Banja Luka Faculty of Law

(IM)PERMISSIBILITY OF CONTRACTING THE FEE FOR LOAN PROCESSING COSTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA LAW

Summary

The paper analyses the legal aspects of the issue related to the (im)permissibility of contracting fees for loan processing costs. This issue has recently become acute in the law of Bosnia and Herzegovina. The first court decision, which determined that the provision on the costs of loan processing is null and void, was passed in the Brcko District of Bosnia and Herzegovina. After this decision went into effect, dozens of lawsuits have been filed before the courts in Bosnia and Herzegovina requesting the court to determine that the provision on reimbursement of loan processing costs is null and void.

Therefore, the focus of the research is on reviewing the legal framework for contracting fees for loan processing costs, as well as on reviewing the court decisions with different legal opinions taken on this issue and the consequences of passed court decisions for the parties. The analysis shows that the contracting of a fee for the costs of loan processing is allowed if these are actual costs whose content is clearly determined.

Key words: *Loan Agreement. – Loan Processing Costs. – Unfair Provisions.*

Датум пријема рада: 2. 5. 2020.

Датум исправке рада: 28. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 7. 7. 2020.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

UDK: 005.334:368

CERIF: S137, S144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003289G

Милица ГОРАВИЦА*

полазник почетне обуке Правосудне Академије у Београду,
студент друге године докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

СУЗБИЈАЊЕ НЕПОШТЕНЕ ПРОДАЈЕ ПРОИЗВОДА ОСИГУРАЊА ПРЕМА ДИРЕКТИВИ О ДИСТРИБУЦИЈИ ОСИГУРАЊА

Сажетак

Један од разлога избијања финансијске кризе 2007. године су свакако биле и садашње продајне процедуре производа осигурања, које су, како се касније испоставило, биле неодговарајуће. Криза је Европској комисији била сигнал да је потребно побољшати заштитиу потрошача услуга осигурања и унапредити транспарентност дистрибуције осигурања. Било је потребно обезбедити једнаку заштитиу потрошачима услуга осигурања на целом тржиштиу ЕУ кроз увођење низа новина у регулацију овог сектора и на тај начин повратити поверење потрошача услуга осигурања. У том смислу је и Директива о дистрибуцији осигурања за свој најважнији циљ поставила сузбијање непоштене продаје производа осигурања. Ауторка се бавила истраживањем оних кључних новина Директиве о дистрибуцији осигурања које су донете у циљу онемоућавања непоштене продаје производа осигурања. Раг представља приказ и

* Електронска адреса аутора: goravica-milica@hotmail.com.

анализу ових новина и има за циљ да покаже колико је нови реулајорни оквир револуционаран и колико ће допринети борби против невољне продаје производа осигурања.

Кључне речи: *Директива о дистрибуцији осигурања. – Невољна продаја осигурања. – Нови реулајорни оквир.*

I Непштена продаја производа осигурања и заштита интереса потрошача услуга осигурања кроз увођење нових правила

Финансијска криза која је настала 2007. године је довела до пада поверења потрошача, а Европска комисија је потврдила да су нејасне и неодговарајуће продајне процедуре сигурно највише допринеле томе, те је указала на значај одговорности финансијских институција према потрошачима.¹ Наиме, због нејасних и неадекватних информација које су добијали од дистрибутера у предуговорној фази, потрошачи услуга осигурања нису могли да доносе правилне и информисане одлуке, те се створило неповерење у систем осигурања. У циљу враћања поверења, као и у циљу спречавања непштене продаје осигурања у будућности, Европска комисија је 2016. године донела предлог о усвајању Директиве о дистрибуцији осигурања, чија је инкорпорација у национална права требало да буде до 23. 2. 2018. године, али је овај рок на захтев Европског парламента и 16 држава чланица продужен до 1. 10. 2018. године.² Осим претходно наведених разлога, нова директива је била потребна и како би се изједначили услови за све дистрибутере, чиме би се осигурао изједначен ниво заштите за све потрошаче, без обзира на то преко ког канала дистрибуције³ су набавили осигуравајуће покриће.⁴

1 Cristina Mariani, „The new Insurance Distribution Directive and the provision of advice“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018, 187.

2 Директива о дистрибуцији осигурања (*Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution*, OJ L 26, 2. 2. 2016; даље у фуснотама: ДДО).

3 Дистрибуција осигурања је у чл. 2 ст. 1 тач. 1 ДДО дефинисана као „делатност предлагања уговора о осигурању; саветовање о њима или обављање других припремних радњи за склапање уговора о осигурању; склапање таквих уговора или пружање помоћи при управљању таквим уговорима и њиховом извршавању, посебно у случају решавања одштетних захтева, укључујући и пружање информација о једном или више уговора о осигурању у складу са критеријумима које одаберу потрошачи путем интернет странице или неког другог медија; састављање ранг листе

Непоштена продаја постоји када дистрибутери намерно или непажљиво потрошачима продају производе осигурања који за њих нису одговарајући, с тим што се ту прави разлика између апсолутно беско-рисних производа и производа који одговарају потребама одређених клијената, али који се продају другој групи клијената.⁵ Проблем непоштене продаје најпре извире из тога да је услед све веће сложености и количине производа осигурања на тржишту потрошачима све потребније да се приликом одабира ослоне на дистрибутера, односно на информације и савете добијене од дистрибутера, а у пракси је примећено да је квалитет финансијског саветовања слаб, као и да дистрибутери своје обавезе информисања нису испуњавали на начин који ће помоћи потрошачу да донесе праву одлуку.

Дакле, један од главних проблема који се жели решити ДДО је непоштена продаја. Док је Директива о посредовању у осигурању⁶ предвиђала испуњење обавезе предуговорног информисања и пружање савета (саветовање је било обавеза само за брокере), односно предвиђала је као довољно само поступање по правилима закона, нова директива уводи и обавезу поступања по принципима пословања, односно по начелу из чл. 17 ДДО (о коме ће касније бити више речи) и тако уводи додатни, иновативни ниво заштите потрошача.⁷

Иако су обавезе из члана 17 најзначајнија новина ДДО, она уводи и низ других правила и обавеза, од којих нека представљају конкретизацију дужности поступања у најбољем интересу из члана 17 ДДО, а нека представљају још један начин онемогућавања непоштене продаје производа осигурања.

производа осигурања, укључујући и упоређивање цена и производа или попушта на цену уговора о осигурању ако потрошач може директно или индиректно да закључи уговор о осигурању на интернет страници или другом медију.“ Из наведеног се види да је појам дистрибуције шири од појма посредовања из претходне Директиве о посредовању у осигурању и да покрива много шири спектар делатности.

4 Margarida Lima Rego, „Product oversight and customer demands and needs: contract law implications“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018, 219.

5 *Ibid.*, 219–220.

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: ДПО).

7 Никола Филиповић, „Начела пословања према Директиви о дистрибуцији осигурања“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018, 233.

II Поштено, праведно и професионално поступање у најбољем интересу потрошача

Одредба чл. 17 ст. 1 ДДО, која гласи: „Државе чланице осигуравају да приликом извршавања активности дистрибуције осигурања дистрибутери осигурања увек делују поштено, праведно и професионално у складу са најбољим интересима својих потрошача“,⁸ поставља најбољи интерес потрошача као кључно начело новог дистрибутивног система осигурања. Поред тога, уводи се фидуцијарна дужност дистрибутера, као и „клијентоцентрични“ приступ дистрибуције осигурања кроз обавезу обезбеђења континуираног пословања уз уважавање принципа поштеног, коректног и професионалног поступања.⁹

Увођењу овог правила је допринело сазнање да је дистрибуција кључна за правилно функционисање система осигурања, а нарочито улога посредника који помаже потрошачима да изаберу одговарајући производ осигурања, као и да је за заштиту потрошача, као слабије уговорне стране, потребно створити институционалну основу помоћу које би надзорна тела могла да утврде да ли су дистрибутери приликом закључења уговора производе осигурања представили стручно и објективно.¹⁰ Наиме, показало се да заштита инструментима уговорног права (информисање и саветовање) има ефекта само ако је као резултат потрошач добио осигурање које одговара његовим потребама, те је због тога било потребно потрошаче заштитити од нестручности или пристрасности дистрибутера, која је у прошлости доводила до непоштене продаје производа осигурања.¹¹

Новоуведена обавеза обухвата три појединачне обавезе (поштено, праведно и професионално поступање) и једну која их сублимира у поступање у најбољем интересу потрошача. На прво место је уведена дужност поштеног поступања, која представља увођење обавезе дистрибутера да своје пословање прилагоди не само закону, већ и моралним постулатима и која представља ефикасан метод борбе против продаје неодговарајућих производа осигурања.¹² Обавеза праведног поступања уводи обавезу за сваког дистрибутера да са потрошачима има коректан однос, као и да обавезе извршава на разумљив и праведан

8 ДДО, чл. 17 ст. 1.

9 Наташа Петровић Томић, „Начело поступања дистрибутера осигурања у најбољем интересу потрошача услуга осигурања – фидуцијарна дужност дистрибутера“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 502–503.

10 *Ibid.*, 504–505.

11 *Ibid.*, 505.

12 *Ibid.*, 507–508.

начин и води рачуна да не поступа на начин који може бити збуњујући за потрошаче.¹³ Овде треба направити разлику између начела из чл. 17 ДДО и начела савесности и поштења,¹⁴ које је у већини правних система облигационог права стипулисано као опште начело које се не односи само на дужника из облигационог односа, већ и на другу страну, за разлику од начела из чл. 17 ДДО које се примењује само на дистрибутера.¹⁵ На поштено и праведно поступање се надовезује професионално поступање које подразумева стручност и професионални интегритет дистрибутера који познаје понуду тржишта осигурања и уме из те понуде да за потрошача одабере користан производ.¹⁶ Наиме, ако добијено осигурање није корисно стварним потребама потрошача, односно ако му то осигурање не пружа заштиту која му је потребна, постојаће непоклапање стварних потреба клијената и производа осигурања, као модалитет непоштене продаје.¹⁷ Управо зато, ДДО прописује да сви дистрибутери морају поседовати адекватно знање и вештину и да се морају трајно професионално усавршавати.¹⁸ У ту сврху је предвиђена обавеза матичних држава да успостављају и објављују механизме којима ће успешно проверавати и оцењивати знање и стручност дистрибутера и њихових запослених, а који ће се темељити на најмање 15 сати стручног оспособљавања и усавршавања годишње, узимајући у обзир својства производа који се продају, врсту дистрибутера, улогу коју имају и активности које обављају, као и могућност увођења добијања потврде, као доказа испуњења ових услова.¹⁹

Као што је већ речено, поступање у најбољем интересу је правни стандард чију садржину ће утврђивати надзорна тела и судови, при томе водећи рачуна о појединостима конкретног случаја. У смислу претходно наведеног, долазе до изражаја две основне функције овог правног стандарда: 1) регулаторна функција – принцип најбољег интереса је стандард који се примењује увек и директно, те тако може постојати одговорност дистрибутера и када није повређено неко конкретно правило

13 *Ibid.*, 508.

14 Ово начело је у нашем правном систему стипулисано чл. 12 Закона 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.

15 Јован Славнић, „Обавеза дистрибутера осигурања да у обављању послова поступа поштено, коректно и професионално“, *Евројска ревија за право осигурања*, бр. 2/2018, 13.

16 Н. Петровић Томић, 509.

17 *Ibid.*

18 М. Lima Rego, 205–206.

19 ДДО, чл. 10 ст. 2.

ДДО и његова примена се не може искључити на основу споразума уговорних страна; 2) корективна функција – применом овог стандарда се може одступити од примене одредаба ДДО или одредаба националних закона који нису у најбољем интересу потрошача.²⁰ Ове две функције доприносе умањењу непоштене продаје и побољшању заштите потрошача.

У циљу обезбеђења закључења уговора о осигурању који је у најбољем интересу потрошача је и одредба ДОО којом је предвиђено да ће државе чланице осигуравати да дистрибутери осигурања не примају, не дају накнаде нити оцењују продуктивност својих запослених на начин који није у складу с њиховим дужностима да поступају у најбољем интересу својих потрошача, као и да неће правити нагодбе у вези с накнадама и продајним циљевима које би могле подстицати на препоручивање одређених производа осигурања уколико би се могао понудити други производ који би боље одговарао потрошачевим потребама.²¹

III Информације о дистрибутерима

У циљу избегавања сукоба интереса и обезбеђења транспарентности пословања дистрибутера, ДДО уводи строжа правила у погледу обавезе информисања и дели их на: „Опште информације“ (чл. 18 ДДО) и „Сукоб интереса и транспарентност“ (чл. 19 ДДО). Када су у питању опште информације, сваки дистрибутер има обавезу да у предуговорној фази обавести потрошача о: свом називу и адреси; својству – да ли је посредник или друштво за осигурање; томе да ли даје савете приликом продаје; поступку подношења приговора на рад и поступцима вансудског решавања спорова, као и о накнадама за ове поступке.²² Претходно наведене обавезе је садржала и ДПО, а оно што је новина је обавеза посредника да потрошачу да информацију о регистру у који је уписан и да ли ради за потрошача или за друштво за осигурање.²³

У погледу обавеза нормираних под насловом „Сукоб интереса и транспарентност“, првонаведене информације се односе на ситуације закључивања уговора о осигурању преко посредника (предвиђала их је ДПО), а односе се на: информацију о томе да ли посредник има удео од 10% или више у капиталу или праву гласа у друштву за осигурање са којим уговор о осигурању треба да се закључи, као и обрнуто; инфор-

20 Н. Петровић Томић, 516–518.

21 ДДО, чл. 17 ст. 3.

22 ДДО, чл. 18.

23 ДДО, чл. 18 ст. 1.

мацију о томе да ли савет у вези са предложеним уговором даје на основу непристрасне анализе тржишних производа осигурања; информацију о томе да ли има обавезу да врши дистрибуцију производа осигурања једног или више друштава за осигурање, уз достављање назива тих друштава; када нема претходно наведену обавезу и не даје непристрасне савете, информацију о називима друштава са којима може да послује и са којима послује.²⁴ Нова обавеза посредника је да потрошача мора информисати о природи накнаде коју прима, те о томе да ли ради на: 1) хонорарној основи – накнада коју директно плаћа потрошач; 2) на основу провизије – накнаде укључене у премију осигурања; 3) на основи било које друге врсте накнаде – економска корист било које врсте; 4) на основи комбинације претходно наведених накнада.²⁵

Начин достављања претходно наведених информација ДДО нормира тако што, као основно, предвиђа папирно и бесплатно информисање и предвиђа да све информације морају бити дате јасно, прецизно, разумљиво и на језику државе чланице у којој се налази осигураник или је настала обавеза информисања или на договореном језику.²⁶ Достављање информација на другом трајном медију или преко интернет странице дистрибутера је могуће уз постојање доказа да потрошач има редован приступ интернету, што је довољно доказано уколико је потрошач ради комуникације са дистрибутером доставио своју *email* адресу.²⁷

Све претходно наведене обавезе су у циљу стављања потрошача у положај у којем може да донесе информисану одлуку о томе да ли ће и ком дистрибутеру поклонити своје поверење, а имајући у виду да је управо враћање поверења у дистрибутере оно што је кључно ради побољшања система дистрибуције осигурања.

IV Дужности везане за унакрсну продају

„Унакрсна продаја постоји када друштво за осигурање груписе више производа или услуга и продаје их потрошачима као посебан пакет.“²⁸ Поред тога, унакрсна продаја постоји и када се производ

24 ДДО, чл. 19 ст. 1.

25 ДДО, чл. 19 ст. 1.

26 ДДО, чл. 23.

27 Ј. Славнић, 135–136.

28 Пјерпаоло Марано, „Унакрсна продаја производа осигурања и Директива о продаји осигурања“, *Сразмерност и правна извесност у праву осигурања* (ур. Слободан Јовановић, Јован Славнић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2017, 29.

осигурања продаје од стране банака, туристичких агенција, *rent-a-car* предузећа и сл., као додатак уз неки производ који није осигурање, као део једног пакета.²⁹

Можемо разликовати два типа овакве продаје: 1) везана продаја, која представља „нуђење у пакету једне или више споредних услуга заједно са услугом или производом осигурања, при чему ова услуга или производ осигурања није самостално доступан потрошачу“;³⁰ 2) пакет продаја, која представља „нуђење једне или више споредних услуга заједно са услугом или производом осигурања у пакету, када потрошач може да купи ту услугу или производ осигурања одвојено, али не под истим условима и цени који важе када се продају у пакету са споредном услугом“.³¹

Иако унакрсна продаја има својих позитивних страна, као што су почетна уштеда времена и трошкова истраживања тржишта и повећање степена задовољства потрошача услед коришћења комбинованих производа, она може довести до неадекватне заштите интереса потрошача.³² Посебну опасност од некоректне продаје представљају продаја „малих осигурања“, продаја „дodatка“ и продаја производа повезаних са банкарским кредитима из разлога што потрошачи, најчешће услед лошег информисања о самом производу и начину његове продаје, нису упознати са тим када и како могу да поставе одштетни захтев, као и са искључењима покрића.³³

Ради отклањања претходно указаних опасности, ДДО у члану 24 прецизно регулише начин унакрсне продаје, те тако обавезује дистрибутера да: 1) потрошача обавести о томе да ли је могуће те различите делове купити одвојено, те ако је то могуће, да му достави опис сваког од делова уз приказ трошкова и провизија за сваки део производа; 2) потрошачу да опис сваког производа који је део пакета и појасни му на који начин одвојена куповина мења ризик и осигуравајуће покриће; 3) потрошачу укаже на могућност одвојене куповине неког производа или услуге који су део пакета; 4) идентификује потребе потрошача у вези са производом који је део пакета.³⁴

Државе чланице могу донети строжа правила или, у одређеним ситуацијама, забранити унакрсну продају осигурања уколико докажу да такав начин продаје причињава штету потрошачима.³⁵

29 J. Славнић, 136.

30 П. Марано, 29.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, 30.

33 *Ibid.*, 30–31.

34 *Ibid.*, 34.

35 ДДО, чл. 24 ст. 7.

V Надзор и управљање производима осигурања

Раније донетим прописима ЕУ није успостављено давање претходне сагласности надзорног органа на увођење производа осигурања на тржиште из разлога што би овакво овлашћење националних надзорних органа отежало успостављање јединственог тржишта. Иако национални надзорни органи и даље немају ово овлашћење, ДДО уводи за произвођаче производа осигурања низ обавеза чији је циљ да производи осигурања одговарају потребама циљаног тржишта, те да се у крајњем исходу повећа заштита потрошача услуга осигурања.

ДДО предвиђа обавезу за друштва за осигурање и за посреднике који креирају производе осигурања да успоставе процес одобравања сваког производа осигурања пре него што започну маркетинг тог производа или његову продају потрошачима.³⁶ Одмах се поставило питање када ће се посредници сматрати произвођачима производа осигурања, те је Европска комисија Уредбом (ЕУ) 2017/2358³⁷ регулисала да ће се посредник сматрати произвођачем онда када је имао улогу у одлучивању о конципирању и развоју неког производа за тржиште, а посебно када је самостално одредио главне особине тог производа, као што су премија, осигурани ризици, обим покрића, циљано тржиште, надокнаде и сл.³⁸

Одобрење за увођење производа на тржиште мора да садржи образложење о томе да су оцењени сви ризици циљаног тржишта, као и да је стратегија дистрибуције конципирана у складу са тим тржиштем.³⁹ Преамбулом 5 Уредбе је предвиђено да циљано тржиште представља групу клијената са заједничким карактеристикама које омогућавају да се карактеристике производа прилагоде циљевима и карактеристикама те групе.⁴⁰ Предвиђен је принцип пропорционалности приликом давања сагласности на увођење производа на тржиште, те тако са порастом ризика на страни потрошача расте и обавеза произвођача за детаљнијим надзором.⁴¹

36 ДДО, чл. 25 ст. 1.

37 Уредба о допуни Директиве 2016/97 у односу на надзор над производима и захтевима управљања за друштва за осигурање и дистрибутере осигурања (*Commission Delegated Regulation (EU) 2017/2358 of 21 September 2017 supplementing Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council with regard to product oversight and governance requirements for insurance undertakings and insurance distributors*, OJ L 341, 20. 12. 2017; даље у фуснотама: Уредба).

38 Озрен Узелац, Маријана Дукић Мијатовић, „Садржина и обим обавеза током процеса израде и увођења производа осигурања на тржиште према Директиви ЕУ о дистрибуцији осигурања“, *Евројска ревија за право осигурања*, бр. 1/2019, 11.

39 ДДО, чл. 25 ст. 3.

40 О. Узелац, М. Дукић Мијатовић, 12.

41 Пјерпаоло Марано, „Заштита клијената, надзор и управљање производима осигурања у ЕУ“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања* (ур. Слободан Јовановић,

ДДО уводи трајну обавезу произвођача производа осигурања да редовно проверава производе које нуди, водећи рачуна о сваком догађају који би могао негативно да утиче на циљано тржиште, и процењује да ли је производ и даље прилагођен потребама циљаног тржишта, као и да ли је постојећа дистрибуција тог производа и даље адекватна.⁴² У складу са тим, а у зависности од резултата провере, за произвођача може да настане обавеза предузимања мера ради спречавања евентуалних будућих догађаја и околности које могу имати штетно дејство.⁴³

Поред тога што су произвођачи дужни да пажљиво одаберу одговарајући продајни канал за сваки производ осигурања, имају обавезу и да дистрибутерима пруже јасне и потпуне информације о карактеристикама тог производа, циљаном тржишту и препорученој продајној стратегији.⁴⁴ Добијене информације треба да омогуће дистрибутеру да разуме производ, као и да може да одреди за које клијенте је намењен, а којим клијентима неће испунити потребе, те да тако обавља продају у складу са најбољим интересима клијената.⁴⁵ Ради тога, произвођачи и дистрибутери треба да закључе уговор којим ће бити дефинисани услови дистрибуције и којим ће уговорити методе добијања потребних информација од произвођача.⁴⁶

VI Обавеза саветовања и стандарди поступања уколико се не дају савети

За поштену продају производа осигурања је јако важно да потрошачи у предуговорној фази добију све релевантне информације о производу на основу којих ће разумети производ и донети информисану одлуку.⁴⁷ Према новим обавезама из ДДО, дистрибутери су ду-

Јован Славнић), Удружење за право осигурања – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2016, 258.

42 ДДО, чл. 25 ст. 4.

43 Пјерпаоло Марано, „Контрола активности произвођача производа осигурања“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018, 312–325.

44 О. Узелац, М. Дукић Мијатовић, 13.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 Приликом регулисања ове обавезе било је јако битно да се уведе обавеза достављања само оних информација које су кориснику потребне ради доношења исправне одлуке, а да се при томе корисници не затрпају са превише информација у којима не би могли да се снађу. Детаљније о томе вид. Наташа Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма – Одлука На-

жни да потрошачу, у предуговорној фази, у разумљивом облику објасне све карактеристике производа осигурања, водећи рачуна о комплексности производа.⁴⁸ Ове информације се, када су у питању неживотна осигурања, достављају предајом стандардизованог документа о производу осигурања на неком трајном медију.⁴⁹ ДДО у чл. 20 ст. 7 прописује да претходно поменути документ: 1) мора бити кратак и самосталан; 2) мора бити јасан и једноставан за читање и написан словима одговарајуће величине; 3) не сме бити мање разумљив од оригиналне верзије уколико је копиран; 4) мора бити написан на службеним језицима или на једном службеном језику који се користи у држави чланици у којој се производ нуди или, по претходном договору са потрошачем, на другом језику; 5) мора бити тачан и не сме доводити у заблуду; 6) мора садржавати наслов „Документ с информацијама о производу осигурања“; 7) мора садржавати изјаву о томе да се све предуговорне и уговорне информације о производу налазе у другим документима.⁵⁰

Док су ранији прописи предвиђали само традиционални проток информација од дистрибутера до клијента, ДДО уводи „тест захтева и потреба“⁵¹ који предвиђа да је дистрибутер дужан да на основу информација добијених од потрошача прво оцени захтеве и потребе тог потрошача, а да га затим објективно информише, те се на овај начин уводи проток информација потрошач – дистрибутер – потрошач.⁵² Тако се кроз увођење ових стандарда продаје осигурања⁵³ обезбеђује висока заштита потрошача, односно обезбеђује да купљени производ увек одговара потребама потрошача, чак и у ситуацијама када дистрибутери не дају савете. Дакле, сви дистрибутери су дужни да на основу информација добијених од потрошача прво испитају његове захтеве и потребе, те му понуде уговор који одговара тим захтевима и потребама.⁵⁴

Када говоримо о саветовању, Европска комисија је направила разлику између:

- 1) пристрасног саветовања, које је постојало услед постојања сукоба интереса или неодговарајуће процене потреба купца. Овај проблем ДДО покушава да реши тако што је дефинисала

родне банке Србије о заштити права и интереса корисника услуга осигурања“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016, 141–202.

48 J. Славнић, 139.

49 ДДО, чл. 20 ст. 5.

50 ДДО, чл. 20 ст. 7

51 ДДО, чл. 20 ст. 2.

52 M. Lima Rego, 221–203.

53 Вид. ДДО, чл. 20.

54 J. Славнић, 139.

саветовање као „давање личне препоруке потрошачу, било на његов захтев или на иницијативу дистрибутера осигурања у погледу једног или више уговора о осигурању.“⁵⁵ Поред тога, уведена је обавеза дистрибутера да у персонализованој препоруци објасни зашто сматра да одређени производ најбоље одговара потребама тог потрошача.⁵⁶ Такође, у циљу отклањања ове врсте непоштене продаје је уведен и „тест захтева и потреба“, као и обавеза информисања потрошача о природи накнаде, о којима је већ било речи;⁵⁷

- 2) давања савета ниског квалитета, до ког долази услед недовољне стручности дистрибутера осигурања. Ово је решено кроз увођење нових и строжих услова квалификованости дистрибутера за продају производа осигурања, о чему је било речи у делу II овог рада.⁵⁸

Дакле, када дистрибутер даје савете, мора их давати на основу детаљне, персонализоване и анализе довољно великог броја уговора о осигурању који постоје на тржишту, уз објашњење зашто је баш препоручени производ одговарајући, а све у циљу давања стручног савета који одговара потребама потрошача.⁵⁹

Новом Директивом је државама чланицама препуштено да одлуче да ли ће давање савета учинити обавезним за све или за одређене производе осигурања, те од обавезе саветовања сада нису изузети ни уговори повезани са осигурањем великих ризика, што је у теорији било критиковано.⁶⁰

VII Закључак

У ранијим прописима је недовољно пажње посвећено заштити потрошача осигурања, као слабије уговорне стране и као стране која се због информационе асиметрије приликом прибављања производа

55 ДДО, чл. 2 ст. 1 тач. 15.

56 ДДО, чл. 20 ст. 3.

57 Детаљније о томе вид. С. Mariani, 190–197; Наташа Петровић Томић, „Директива о дистрибуцији осигурања и персонализовано саветовање – са освртом на концепт процене адекватности“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2018)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 413–433.

58 Детаљније о томе вид. Н. Петровић Томић (2019), 509.

59 ДДО, чл. 20 ст. 1.

60 Ј. Славнић, 138.

осигурања ослања на дистрибутера. Та недовољна заштита је у пракси довела до непоштене продаје производа осигурања, која је као последицу имала пораст неповерења потрошача у систем осигурања. ДДО у циљу сузбијања непоштене продаје и боље заштите потрошача уводи низ нових и револуционарних правила.

Једна од најзначајнијих новина је свакако чл. 17 који уводи правило (у рангу начела) да сви дистрибутери морају поступати поштено, праведно и професионално у најбољем интересу потрошача и на тај начин заправо уводи фидуцијарну дужност. Поред тога, ово правило уводи правни стандард – поступање у најбољем интересу потрошача и на тај начин обезбеђује да сви дистрибутери приликом обављања својих послова не поступају само по законским правилима, већ и по овом правном стандарду, односно тако да је сваки њихов поступак у најбољем интересу потрошача.

Надаље, ДДО предвиђа обавезу за све који учествују у процесу продаје да имају одговарајућа знања и вештине и да се континуирано професионално усавршавају. Подиже се ниво транспарентности тако што се уводи обавеза за дистрибутере да својим клијентима дају информације о себи и о производима осигурања, те на тај начин потрошачи знају са ким преговарају и да ли се на њега могу ослонити. Информисање о накнадама, као и нова правила о начину и врсти накнада за рад дистрибутера су у циљу спречавања сукоба интереса. Произвођачи производа осигурања сада имају обавезу да врше континуирану анализу и надзор над производима осигурања које нуде и које рекламирају на начин да се на одређеном тржишту пласирају само производи који су корисни за то тржиште. Дистрибутери пре предлагања одређеног производа и давања информација о производу морају да спроведу тест захтева и потреба потрошача, тако што ће на основу информација добијених од њега прво утврдити његове потребе и захтеве, као и објективне могућности. Уведена су нова правила саветовања која предвиђају претходну детаљну анализу довољног броја производа на тржишту и образложење зашто је предложен одређени производ, а такође су уведени и стандарди поступања уколико се савети не дају, којима је побољшана заштита потрошача, односно којима су дистрибутери натерани да воде рачуна о интересу потрошача.

Свакако ће сва ова нова правила у почетку представљати изазов за дистрибутере, јер ће морати да прилагоде свој начин пословања и побољшају свој однос са клијентима, али ће тај труд у крајњем довести до враћања поверења у систем осигурања, те тиме и до повећања броја закључених уговора о осигурању.

Правила из ДДО ће обезбедити правну извесност потрошачима да ће купити производ који им одговара и обезбедиће заштиту потрошача од непоштене продаје и других злоупотреба дистрибутера без обзира на то да ли дистрибутери дају савете или не. Оно што ће свакако бити битно јесу санкције које ће националним правима држава чланица бити прописане као последица непоступања по правилима из ДДО, те ће од ефикасности тих санкција зависити и поступање по новим правилима у пракси.

Коришћена литература

- Lima Rego Margarida, „Product oversight and customer demands and needs: contract law implications“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018.
- Mariani Cristina, „The new Insurance Distribution Directive and the provision of advice“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018.
- Марано Пјерпаоло, „Заштита клијената, надзор и управљање производима осигурања у ЕУ“, *Реформе и нови изазови у праву осигурања* (ур. Слободан Јовановић, Јован Славнић), Удружење за право осигурања – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2016.
- Марано Пјерпаоло, „Унакрсна продаја производа осигурања и Директива о продаји осигурања“, *Сразмерности и јавна извесности у праву осигурања* (ур. Слободан Јовановић, Јован Славнић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2017.
- Марано Пјерпаоло, „Контрола активности произвођача производа осигурања“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018.
- Петровић Томић Наташа, „Директива о дистрибуцији осигурања и персонализовано саветовање – са освртом на концепт процене адекватности“, *Усклађивање јословној праву Србије са правом Европске*

- уније (2018) (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Петровић Томић Наташа, „Начело поступања дистрибутера осигурања у најбољем интересу потрошача услуга осигурања – фидуцијарна дужност дистрибутера“, *Право и њивереда*, бр. 7–9/2019.
- Славнић Јован, „Обавеза дистрибутера осигурања да у обављању послова поступа поштено, коректно и професионално“, *Евројска ревија за њраво осииурања*, бр. 2/2018.
- Узелац Озрен, Дукић Мијатовић Маријана, „Садржина и обим обавеза током процеса израде и увођења производа осигурања на тржиште према Директиви ЕУ о дистрибуцији осигурања“, *Евројска ревија за њраво осииурања*, бр. 1/2019.
- Филиповић Никола, „Начела пословања према Директиви о дистрибуцији осигурања“, *Право и њракса осииурања – изазови, нове технолојије и корпоријивно уѡрављање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018.

Milica GORAVICA, M.A.

Participant in the initial training at the Judicial Academy in Belgrade, second year PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law

SUPPRESSION OF UNFAIR SALES OF INSURANCE PRODUCTS UNDER THE INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE

Summary

One of the main reasons for the occurrence of the financial crisis in 2007 was certainly the sales procedure of insurance products, which, as it later turned out, were inadequate. The crisis was a signal to the European Commission that it is necessary to improve the consumer protection regarding insurance products and to improve the transparency of insurance distribution. It was necessary to provide equal protection to consumers of insurance products in the entire EU market, through the introduction of several innovations in the regulation of this sector and thus restore the confidence of consumers. In that sense, the Insurance Distribution Directive has set the suppression of unfair sales of insurance products

as its most important goal. The author researched those key novelties of the Insurance Distribution Directive, which were adopted in order to prevent unfair sales of insurance products. The paper presents an analysis of new rules and aims to show how revolutionary new regulatory framework is and how much it will contribute to the fight against unfair sales of insurance products.

Key words: *Insurance Distribution Directive. – Unfair Insurance Sales. – New Regulatory Framework.*

Датум пријема рада: 13. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 6. 2020.

UDK: 368.022 ; 347.764:004.7

CERIF: S130, S137, S144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003305C

Андреа ЂУРОВИЋ*

студент друге године докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду

ПАМЕТНИ УГОВОРИ КАО ИНОВАЦИЈА У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

Сажетак

Једна од веома актуелних тема у области осигурања и једна од великих иновација у уговорном праву, као и у праву осигурања су паметни уговори. Методом теоријске анализе, ауторка истражује шта су заправо паметни уговори, како и колико су заступљени у праву осигурања и, на крају, који су правни проблеми који се појављују код паметних уговора. У свом раду ауторка анализира појам blockchain технологије, прави поређење са обичним уговорима и анализира утицај паметних уговора у праву осигурања. Наглашава да су паметни уговори ипак у експерименталној фази и да постоје велики технички и правни изазови за које је потребна spremnost европској и домаћој законодавца на креирање посебне регулативне оквира у којем ће се пронаћи разумна решења и у којем ће паметни уговори моћи да достигну свој пуни потенцијал.

Кључне речи: Паметни уговори. – Иновације. – Право осигурања. – Blockchain.

* Електронска адреса аутора: andrea.djurovic@hotmail.com.

I Уводна разматрања

Као једну од највећих техничких иновација у уговорном праву, иако је још увек у експерименталној фази, сматрамо појаву паметних уговора. Оваква врста уговора, наравно, није заобишла ни право осигурања. Гледајући са правног аспекта, „паметни уговор“ се односи на могућност настанка уговора у програмском коду који се аутоматски извршава, на пример на *blockchain*-у, а у принципу уговор постаје самоизвршавајући, јер чим се испуни један већ програмиран, односно постављен услов, извршава се релевантна радња.¹ Ник Сабо (Nick Szabo), компјутерски научник који је познат по свом истраживању дигиталне валуте и творац концепта паметних уговора деведесетих година прошлог века, паметни уговор је дефинисао као „компјутеризовани протокол трансакција који извршава услове уговора“. Паметни уговори се заснивају на *blockchain* технологији – бази података у којој су подаци након уноса непроменљиви (иреверзибилност), а та база је дистрибуирана (тј. похрањена истовремено на већем броју рачунара), те не постоји могућност да се из једног центра утиче на њен садржај.² Треба навести да је *blockchain*, који је заснован на криптографији сигуран, транспарентан, анониман и да има примену у свим гранама права где се тражи веродостојна јавна књига непромењиве историје и, најважније, омогућава уговарачима поуздан промет без посредника.³

1. Укратко о *blockchain* технологији

Како бисмо разумели шта су паметни уговори, најпре морамо разумети шта представља појам *blockchain*. Наиме, *blockchain* се базира на замисли да се дигитална информација размењује између свих чворова који заједнички учествују у одређеном саставу, а сваки појединачни чвор одржава своју копију релевантне информације и на тај начин се избегава потреба за неким средишњим ауторитетом који контролише релевантне информације.⁴ Првобитни концепт *blockchain*-а представио је Сатошија Накамоте (Satoshi Nakamoto) 2008. године, а већ следеће године је имплементиран у прву дигиталну валуту – *Bitcoin*, где је главна подлога која ће се користити за све трансакције на мрежи које остају

1 Angelo Borselli, „Smart Contracts in Insurance. A Law and Futurology Perspective“, *InsurTech: A Legal and Regulatory View* (eds. Pierpaolo Marano, Kyriaki Noussia), Springer, Cham, 2019, 101.

2 Михајло Цветковић, „Smart уговори: револуција или компликација?“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 85/2019, 226.

3 *Ibid.*

4 Sven Živković, *Blockchain tehnologija*, завршни рад, Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2018, 1.

записане у главној књизи.⁵ Међутим, важно је напоменути да постоје паметни уговори који функционишу без *blockchain* технологије. Наиме, *bitcoin* који је проширио ову технологију, довео је до успостављања *Ethereum-a*, који представља софистициранију *blockchain* платформу која омогућава сложеније трансакције поред трансфера валуте или *bitcoin-a*.⁶ *Blockchain* се дефинише као „технологија која се користи за управљање комерцијалним трансакцијама помоћу отворене базе података којој приступају корисници мреже. Поједностављено, *blockchain* је јавни регистар података и информација сачињен од јединствених блокова, где сваки блок представља број трансакције чије су порекло и тренутак извршења јасно идентификовани и оверени коришћењем асиметричне криптографије кључа и механизма за временско означавање (који омогућава корисницима да утврде када се одређени догађај догодио).“⁷ Информације које се односе на трансакцију садржану у блоку идентификују се врстом кода (алфанумерички код) и сваки појединачни блок повезан је са другима помоћу логаритамске операције.⁸ Пошто се информације чувају у *blockchain-у*, битно је нагласити да даље није могуће мењати их. Важно је напоменути да непроменљивост података садржаних у ланцу „омогућава систему да аутоматски потврди информације без интервенције треће стране (попут посредника јавног ауторитета).“⁹

2. Паметни уговори – предности и недостаци

Једна од најуспешнијих и најкориснијих апликација *blockchain-a* су такозвани паметни уговори, које не треба мешати са традиционалним уговорима закљученим путем рачунара помоћу платформе за електронску трговину (као што су *eBay* или *Amazon*). Паметни уговор је део кода који је уграђен и потврђен у *blockchain-у*, где постаје непроменљив, тако да такви паметни уговори могу доносити бинарне одлуке о бинарним улазима следећи логику кода, што може, на пример, довести

5 *Ibid.*

6 Mateja Durovic, André Janssen, „The formation of Smart Contracts and beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?“, *Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract Law* (eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 6.

7 Guido Foglia, Michele Zucca, Ottavia Dalla Fior, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, доступно на адреси: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=803af01d-6a78-4b59-b660-b7dad06f1cf6>, 12. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

8 *Ibid.*

9 G. Foglia, M. Zucca, O. Dalla Fior, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, интернет извор без броја стране.

до аутоматског извршења преноса вредности са једног рачуна на други.¹⁰ Заправо, идеја о паметном уговору позната је још од 90-их година, али тек захваљујући технологији *blockchain*-а, а посебно *Ethereum*-ом, паметни уговори су могли да искористе свој пуни потенцијал (паметним уговором особа би, на пример, могла да кодира своју вољу у *blockchain*-у у виду скупа правила, тако да би у случају смрти паметни уговор могао аутоматски да пренесе новац тестатора или друге ствари кориснику).¹¹ Тестатор такође може да обезбеди додатна ограничења, попут омогућавања преноса само када корисник постане пунолетан, кад стекне диплому и слично.¹² Заправо, паметни уговори представљају преношење на непроменљив дигитални алфанумерички код услова уговора закључених од стране уговорних страна, преузимајући сврху која уговор чини „паметним“, а то је способност да се самостално извршава.¹³ Технологија која стоји иза паметних уговора може да провери да ли су услови испуњени или не током извршавања уговорне обавезе. Дакле, технологија паметних уговора делује у односу на фазу извршења уговора, тако да би се током преговора могла користити технологија *blockchain*-а за добијање одређених информација и чување података.¹⁴ Да поједноставимо, паметни уговор је електронска инструкција, што значи да рачунар може да је обрађује и испуњава, а од електронског уговора на људском језику се разликује по томе што је записан у рачунарском коду.¹⁵ Постоје и алтернативна имена за паметне уговоре, као што су крипто уговори, паметни уговорни код, паметни уговорни програм и слично.

Паметни уговори се често дефинишу као посебан протокол који има за циљ да допринесе, верификује или спроведе преговоре или извршење уговора без мешања треће стране на следљив и неповратан начин.¹⁶ Циљеви стварања паметног дизајна уговора су да се задовоље уобичајени уговорни услови (као што су услови плаћања, заложно право,

10 Cedric Edmonds, Can blockchain smart contracts replace (re)insurance contracts?, доступно на адреси: <https://www.ledgerinsights.com/blockchain-smart-contracts-insurance/>, 1. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

11 Valentina Gatteschi, Fabrizio Lamberti, Claudio Demartini, Chiara Pranteda, Victor Santamaria, „Blockchain and Smart Contracts for insurance: Is the Technology Mature Enough?“, *Future Internet*, Nr. 2/2018, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/323298791_Blockchain_and_Smart_Contracts_for_Insurance_Is_the_Technology_Mature_Enough, 2. 5. 2020, 4.

12 *Ibid.*

13 G. Foglia, M. Zucca, O. Dalla Fior, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, интернет извор без броја стране.

14 *Ibid.*

15 М. Цветковић, 228.

16 М. Durovic, A. Janssen, 7.

поверљивост, извршење и сл.), минимализовање изузетака – и намерних и случајних, умањење потребе за поузданим посредницима, попут банака или других врста агената, а осим тога економски циљеви паметних уговора укључују и смањење потенцијалног губитка у случају преваре, трошкова извршења, других трансакционих трошкова и слично.¹⁷

Три најважније особине паметног уговора су да је у питању: 1) дигитални споразум записан у рачунарском коду (софтвер „разумљив“ рачунару); 2) да функционише на децентрализованом *blockchain*-у (аутономно од трећих лица и од самих уговарача, непроменљив је, отворен за сваког, са глобалним домашајем); 3) аутоматски се извршава без људске интервенције (елиминисане су злоупотребе, пословање без обзира на поверење).¹⁸ Претпоставља се да ће паметни уговори моћи да пруже потпуну транспарентност трансакција, истовремено омогућавајући висок ниво приватности. Сабо пореди паметне уговоре са аутоматом за уличну продају јер аутомат прима новац, враћа кусур и издаје производ по приказаној цени, а након што купац убаци новац није потребна никаква људска интервенција да би се уговор закључио и испунио. Дакле, уговор је непроменљив и самоизвршан, а чак и када је купац принуђен, аутомат би опет издао производ, иако је уговор ништав, што значи да је свако са новцем потенцијални купац, без обзира на пословну способност.¹⁹ Попут уличног аутомата, паметни уговор има три функције: 1) чува правила; 2) верификује поштовање правила (да ли је купац убацио тачан износ); 3) у стању је да правила самостално спроведе, односно испуни чинидбу (избацује лименку и враћа кусур).²⁰ За разлику од уличног аутомата, паметни уговор се, уместо на механику, ослања на софтвер и рачунар.

Да би уговор био пуноважан, уговорне стране морају да имају одговарајућу пословну способност. Међутим, већина осталих постојећих *blockchain* платформи не проверава пуну пословну способност уговорне стране, тако да у принципу свако може отворити рачун, иако му можда недостаје пословна способност.²¹ Како паметни уговори немају начина за проверавање постојања пословне способности уговорних страна, уговори могу бити закључени од стране малолетника, особа у алкохолисаном стању или слично, што значи да особе које у стварном свету нису

17 *Ibid.*

18 М. Цветковић, 228.

19 *Ibid.*

20 Nick Szabo, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, 1997, доступно на адреси: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher=First>, 1. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

21 М. Durovic, A. Janssen, 16.

пословно способне за закључење уговора на *blockchain* платформи имају могућност да закључе уговор. Ипак, реч је о недостатку пословне способности, па би оштећена страна могла накнадно да поништи било коју трансакцију захваљујући институту неоснованог обогаћења.²² Још једна занимљива примедба у вези са паметним уговорима у праву осигурања је да на техничком нивоу уговорне стране нису људи, већ само криптографски приватни кључеви који представљају појединачне особе, те долазимо до питања да ли уопште може бити говора о пословној способности, имајући у виду да уговорне стране технички нису људи.²³

Кључни аспект расправе код *blockchain*-а и паметних уговора биће способност европског и националног законодавца да креирају правила која би омогућила ефикасно коришћење нове технологије, док у тренутној фази постоје нека правна и практична питања која је претходно потребно решити, као што су:

- режим одговорности (на пример, у случају верификације грешке);
- одлучност надлежног судије;
- преношење механизма функционисања ових технологија у правна правила;
- потенцијална умешаност у вези са питањима приватности (као што је, на пример, ризик од профилисања корисника помоћу *blockchain*-а).²⁴

II Паметни уговори у праву осигурања

Примена паметних уговора у комбинацији са *blockchain* технологијом може довести до аутоматизације процеса осигурања – од верификације захтева до исплате одштете у корист осигураника, јер паметни уговори и *blockchain* омогућавају осигуравајућим компанијама да аутоматизују фазу поступања са захтевима (с обзиром на то да интервенција треће стране не би била потребна) и, сходно томе, да смањују повезане трошкове.²⁵ Смањење трошкова могло би, осим тога, довести до сталног смањења наплаћених премија, омогућавајући осигуравачима да повећају свој тржишни удео нудећи конкурентније премије и полисе, а оне на које највероватније имају утицај паметни уговори и *blockchain* су оне које су повезане са краткорочним ризиком, попут полиса осигурања

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, 17.

24 *Ibid.*, 24.

25 *Ibid.*, 6.

чији је циљ обештећење путника у ваздушном саобраћају због кашњења лета или због неповољних временских услова.²⁶ На пример, у Италији, *Axa* је била прво осигуравајуће друштво које је издало полису паметног уговора под називом „*Fizzy*“, омогућавајући осигуранику да аутоматски добије надокнаду у случају кашњења лета, а компанија је описала такву полису као „нову и свежу појаву у осигурању, која нуди директну, аутоматску надокнаду власницима полиса чији летови касне.“²⁷ Поред тога, у Италији је група осигуравајућих друштава и банака покренула пројекат *Sandbox*, заснован на креирању и дистрибуцији три категорије паметних полиса које ће се односити на одређене контролисане групе потрошача услуга осигурања, а у циљу експериментисања са *blockchain*-ом и паметним уговорима у сектору осигурања.

Постоји доста правних и техничких питања која се појављују код паметних уговора у праву осигурања, иако аутоматизација и непостојање посредника засигурно смањују трошкове у вези са фазом испуњења обавеза и чувања информација и ризик од могућих грешака и превара (побољшавајући истовремено брзину трансакција и, што је најважније, подстицањем успостављања поузданих односа међу свим учесницима *blockchain*-а).²⁸ У контексту све већег интересовања за потенцијалне користи од паметних уговора, правни стручњаци и национални законодавци морају се суочити са проблемима који се односе на законе и прописе који се примењују.²⁹ С тим у вези, недавно су европске институције почеле да разматрају неопходност интервенције на законодавном нивоу како би идентификовале принципе применљиве на нову технологију, а 1. фебруара 2018. године Европска комисија (уз подршку Европског парламента) покренула је иницијативу *European Union Blockchain Observatory and Forum* са циљем убрзавања имплементације *blockchain* технологије, иновација и развоја *blockchain* екосистема у оквиру ЕУ, како би се ојачао положај Европе као глобалног лидера у овој новој технологији.³⁰ Циљеви опсерваторије су: праћење *blockchain* иницијатива у Европи, стварање свеобухватног извора знања о *blockchain*-у и стварање транспарентног форума за размену информација и мишљења, као и давање препорука о улози коју би ЕУ могла имати у контексту *blockchain*-а. Затим, у октобру 2018. године Европски парламент је донео резолуцију која се односи на паметне уговоре, као једну од потенцијално најзначајнијих и

26 *Ibid.*, 7.

27 G. Foglia, M. Zucca, O. Dalla Fior, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, интернет извор без броја стране.

28 M. Durovic, A. Janssen, 7.

29 *Ibid.*

30 Више о томе доступно на адреси: www.eublockchainforum.eu, 1. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

најиновативнијих апликација *blockchain*-а, истичући да Комисија мора извршити процену потенцијалних и правних уплетености *blockchain*-а узимајући у обзир, између осталог, ризике повезане са надлежношћу и правном сигурношћу дигиталног криптографског потписа.³¹

Дакле, примена *blockchain*-а у осигурању ће несумњиво променити целу индустрију осигурања уводећи нове производе и услуге, као и боље откривање превара и доводећи до смањења трошкова, што би утицало на развој осигуравајућих друштава. *Blockchain* се може искористити на различите начине у осигурању, а један од начина примене је у аспекту паметних уговора.³² Употреба паметних уговора је тек у пробној фази, те се појављују различити проблеми техничке и правне природе, али у осигурању нове технологије имају велики потенцијал посебно код: 1) **одштетних захтева** (у случају закљученог паметног уговора и смрти корисника, такав уговор би могао бити повезан са регистром умрлих, те би на основу извода из регистра аутоматски проверио да ли је преминули био покривен осигурањем, те би се исплатила осигурана сума корисницима полисе); 2) **превара** (нова технологија омогућава распознавање превара у осигурању и спречава ризик захваљујући могућности да осигурају јавну књигу између непоузданих страна уклањајући грешке, откривајући и спречавајући преваре; осим тога, таква децентрализована база података, као што је *blockchain*, омогућава проверу потрошача, полисе осигурања и трансакција); 3) **путног осигурања** (нови производ осигурања који покрива штету насталу услед кашњења лета); 4) **реосигурања** (*blockchain* се може искористити за запис детаља потраживања, који је непроменљив, тако да се трошкови могу тачно расподелити између осигуравача и реосигуравача).³³

III Правни проблеми у вези са паметним уговорима у праву осигурања

Осигуравајућа друштва се тренутно суочавају са изазовом дигитализације пословања и имплементацијом техничких иновација, односно *blockchain* технологија и паметних уговора. За право осигурања значајно је то што је Европска управа за осигурање и професионалне пензије (*European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)*)

31 G. Foglia, M. Zucca, O. Dalla Fior, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, интернет извор без броја стране.

32 Катица Томић, „Blockchain технологија, паметни уговори и њихова имплементација у индустрији осигурања“, *Право и пракса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018, 136.

33 *Ibid.*, 137.

10. јануара 2019. године основала мултидисциплинарни *Insurtech* радни тим, чији је један од задатака да истражи и анализира предности и ризике који настају коришћењем *blockchain*-а и паметних уговора за осигураваче и потрошаче услуга осигурања, укључујући процену могућих регулаторних баријера које спречавају примену наведених иновација.³⁴ Уговор о осигурању није бинарни по природи, јер паметни уговор заправо наводи обавезе за обе уговорне стране и све наведене обавезе морају бити испуњене пре него што дође до плаћања било ког захтева. Дакле, приликом закључивања уговора о осигурању цедент или осигураник морају дати све податке који су битни за ризик који ће осигуравач преузети, без обзира на то да ли се то директно тражи или не. У случају подношења захтева, осигуравач се може вратити и прегледати поднете информације и уколико је било пропуста или су информације нетачне, има законско право да одбије одштетни захтев.³⁵

На основу уговора о осигурању се обештећују претрпљене штете, попут враћања осигураника у исти положај у којем се налазио пре настанка штетног догађаја, а према уговору осигураник не може „профитирати“ од губитка. Стога, осигуравач ће пре исплате било ког захтева испитати обим губитка како би правилно проценио износ накнаде штете. Дакле, осигуравач увек одлучује о висини плаћања штете, те је та радња од великог значаја за сва осигуравајућа друштва, као и за она која се баве реосигурањем, пошто способност осигуравача да брзо и тачно одреди износ накнаде штете евидентно директно утиче на цену реосигурања. С обзиром на то да реосигуравач одлучује о висини накнаде штете на основу специјалних околности које се разликују у сваком уговору, ниједан паметни уговор такву радњу не може аутоматски да понови. (Ре)осигуравач који је исплатио одштетни захтев сада поседује сва права подносиоца захтева у вези са догађајем који је обештећен, укључујући и потенцијални будући повраћај имовине и суброгацију (законско право осигураника да затражи повраћај од треће стране), а ништа од наведеног није садржано у паметном уговору.³⁶

IV Паметни уговори и заштита потрошача

Још једна спорна ствар код паметних уговора коју морамо навести је заштита слабије уговорне стране, односно потрошача. Нови начин

34 Више о томе доступно на адреси: <https://eiopa.europa.eu/Pages/Working%20Groups/InsurTech-Task-Force.aspx>, 1. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

35 C. Edmonds, Can blockchain smart contracts replace (re)insurance contracts?, интернет извор без броја стране.

36 *Ibid.*

закључивања уговора, те потпуна аутоматизација услуга, засигурно су проузроковали забринутост у аспекту поступања са потрошачима, нарочито имајући у виду један од главних принципа уговорног права, а то је управо заштита потрошача.³⁷ Наиме, наводи се да могућност аутоматске деактивације услуге или спречавање употребе имовине у случају било ког кршења уговорне обавезе може повећати неравнотежу (уговорне) моћи између професионалца и потрошача.³⁸ У вези са овом проблематиком, најекстремнију тезу, у којој се наводи да одредбе које се односе на потрошачко право не би биле применљиве на паметне уговоре, је дао Савелиев.³⁹ Ипак, мишљења смо да би такав исход имао значајне последице на нивоу заштите потрошача, пошто правила која штите слабију уговорну страну не би била применљива, као што су, на пример, она која пружају обавештења о информацијама, а осим тога већини аутора се чини да наведена теза није основана, те се чини да нема сумње у примењивост императивног потрошачког права. Имајући у виду да паметни уговори морају бити у складу са правом потрошача ЕУ и прописима који су имплементирани у државама чланицама, увиђа се да би употреба паметних уговора заправо могла повећати ниво заштите потрошача – на пример, коришћењем бинарне технологије (која обезбеђује аутоматско извршење услуга) за аутоматизацију примене обавезних правила потрошачког права (на пример, у случају који је већ поменут – у случају надокнаде у вези са кашњењем или отказивањем летова).⁴⁰

V Закључна разматрања

Из наведеног се лако може закључити да процес дигитализације, односно аутоматизације у осигурању може значајно побољшати пословне релације, поверење и сигурнију размену података и информација, као и довести до значајног смањења трошкова. Осим тога, можемо увидети да би у будућности паметни уговори могли имати значајан утицај на поступање са одштетним захтевима и исплатама, док се у даљој будућности претпоставља да ће уговор о осигурању бити потпуно

37 M. Durovic, A. Janssen, 24.

38 *Ibid.*, 24–25.

39 Alexander Savelyev, „Contract Law 2.0: „Smart“ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law“, *Higher School of Economics*, Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, 2016, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241, 1. 5. 2020, 131.

40 Joshua A. T. Fairfield, „Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection“, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 71, Nr. 2/2014, 35.

аутоматизован (ипак, како би се то остварило, сам технолошки напредак неће бити довољан).

Како смо већ навели, једна од највећих препрека у коришћењу паметних уговора је неусклађеност правних правила са технолошким иновацијама, те би успешно стварање релевантног правног оквира са интегрисањем технологије било од кључног значаја за аутоматизацију уговора у осигурању. Дакле, закони ће играти централну улогу у равнотежи између циља подстицања аутоматизације и иновација у осигурању и потребе да се осигура заштита уговорних страна. Коришћење *blockchain*-а за приступ потрошача и осигуравача полисама осигурања нема смисла имајући у виду да је осигуравач нужно „субјект поверења“ и даље од тога осигураници не желе да воде своје „чворове“, пошто би то био велики трошак и било би врло неефикасно с обзиром на то да би већини потрошача заправо била потребна трећа страна за управљање чвором, што би створило додатне трошкове, као и увођење нове стране у коју треба имати поверење.⁴¹ Централизоване базе података којима управљају (ре)осигуравачи су много боље решење – како у погледу ефикасности (трошкова и одржавања), тако и поверења, а осигуравајуће компаније су довољно велике да обезбеде функционисање у случају мало вероватног настајања проблема, а опет су и довољно велике да преузму било какав финансијски губитак који настане у случају неуспеха.⁴² Осигурање подразумева преузимање финансијских ризика који проистичу из често непознатих ризика или неочекиваних губитака који су последица наступања познатих ризика.⁴³

Укратко, паметни уговори не тумаче – они само користе бинарну логику и уопште се не могу програмирати уколико су детаљи потенцијалних ризика или тачни детаљи око губитка потпуно непознати. Традиционално уговорно право је флексибилно, док су паметни уговори у принципу чврсти и фиксни, тако да када су услови паметног уговора једном програмирани у шифру и извршени на *blockchain*-у, више се не треба ослањати на вољу уговорних страна да изврше своје уговорне обавезе.⁴⁴ Иако је евидентно да доприносе правној сигурности, њихова карактерна особина – иреверзибилност је у исто време и недостатак, а осим тога треба навести да споразумни раскид није могућ, тако да можемо закључити да су паметни уговори више за краткорочне односе. Као што смо навели, паметни уговори су суочени са низом проблема,

41 С. Edmonds, Can blockchain smart contracts replace (re)insurance contracts?, интернет извор без броја стране.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 М. Durovic, А. Janssen, 18.

али све у свему, не треба се плашити изазова који они представљају, имајући у виду њихов огроман потенцијал, те се ово може посматрати као један тест и прилика да се увиди да ли је уговорно право спремно да поднесе све изазове двадесет првог века.

Коришћена литература

- Borselli Angelo, „Smart Contracts in Insurance. A Law and Futurology Perspective“, *InsurTech: A Legal and Regulatory View* (eds. Pierpaolo Marano, Kyriaki Noussia), Springer, Cham, 2019.
- Gatteschi Valentina, Lamberti Fabrizio, Demartini Claudio, Pranteda Chiara, Santamaria Victor, „Blockchain and Smart Contracts for insurance: Is the Technology Mature Enough?“, *Future Internet*, Nr. 2/2018, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/publication/323298791_Blockchain_and_Smart_Contracts_for_Insurance_Is_the_Technology_Mature_Enough, 2. 5. 2020.
- Durovic Mateja, Janssen André, „The formation of Smart Contracts and beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?“, *Smart Contracts and Blockchain Technology: Role of Contract Law* (eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibo), Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Edmonds Cedric, Can blockchain smart contracts replace (re)insurance contracts?, доступно на адреси: <https://www.ledgerinsights.com/blockchain-smart-contracts-insurance/>, 1. 5. 2020.
- Živković Sven, *Blockchain tehnologija*, završni rad, Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2018.
- Savelyev Alexander, „Contract Law 2.0: „Smart“ Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law“, *Higher School of Economics*, Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, 2016, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241, 1. 5. 2020.
- Szabo Nick, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, 1997, доступно на адреси: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher=First>, 1. 5. 2020.
- Томић Катица, „Blockchain технологија, паметни уговори и њихова имплементација у индустрији осигурања“, *Право и њакса осигурања – изазови, нове технологије и корпоративно управљање* (ур. Слободан Јовановић, Пјерпаоло Марано), Удружење за право осигурања Србије – Удружење осигуравача Србије, Београд, 2018.

- Fairfield Joshua A. T., „Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection“, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 71, Nr. 2/2014.
- Foglia Guido, Zucca Michele, Dalla Fior Ottavia, Blockchain and smart contracts: application in the insurance industry and legal framework, доступно на адреси: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=803af01d-6a78-4b59-b660-b7dad06f1cf6>, 12. 5. 2020.
- Цветковић Михајло, „Smart уговори: револуција или компликација?“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 85/2019.

Andrea ĐUROVIĆ

Second year PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law

SMART CONTRACTS AS AN INNOVATION IN INSURANCE LAW

Summary

One of the major current topics and one of the major innovations in the contract law, as well as in insurance law is the invention of the smart contracts. The author is basing her research on use of smart contract in insurance law and what are the main legal issues arising from the use of smart contract.

In her paper, the author points out that the implementation of the smart contract in insurance law will greatly affect all participants in insurance contract and a significant step forward in improving the level of protection of insurance users (consumers), although it takes time and readiness of European and domestic legislators to create a special regulatory framework so that smart contract can reach its potential.

Key words: Smart Contract. – Innovation. – Insurance Law. – Blockchain.

Датум пријема рада: 26. 5. 2020.

Датум прихватања рада: 11. 8. 2020.

UDK: 347.447.52/.54(497.11) ; 347.56:[624:378.14

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2003318J

Димитрије **ЈОВАНОВИЋ***

студент Правног факултета Универзитета у Београду

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ПРОЈЕКТАНТА¹

Сажетак

Раг у свој фокус савла уговорну одговорност пројектанта и савешодавног инжењера, што значи да ће прекршајна и кривична одговорност бити занемарене, као и моралне дужности које ова лица имају као чланови аутономне организације (у Србији је то Инжењерска комора Србије). Ван теме рада остала је и вануговорна (деликтна) одговорност. Пројектант и савешодавни инжењер је стручно лице – инжењер архитектуре, тако да се од њега захтева и висок степен пажње, изражен кроз правни стандард доброг стручњака. Захтев је и да пројектант настоји самостално, што значи да он није зависни и да свој рад не обавља за послодавца. Између пројектанта и наручиоца не постоји уговор о раду. Он своју обавезу преузима самовољно, закључењем уговора са наручиоцем. Како ни уговор о пројектовању грађевине ни уговор о надзору над извођењем радова нису регулисани Законом о облигационим односима, садржина уговора је регулисана уговорним странама. Циљ рада је да одреди основ уговорне одговорности за главне обавезе које пројектанти и савешодавни инжењери на себе преузимају. Раг ће

* Електронска адреса аутора: jovanovicbd@yahoo.com.

1 Награђен рад на конкурсy Фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2020. годину.

се посвешћени и покушају дефинисања порекла и основа одговорности пројектаната за солидност грађевине.

Кључне речи: Пројектант. – Уговорна одговорност. – Дизајн. – Функционалност – Солидност. – Надзор.

I Уопштено о уговорној одговорности

Одговорним лицем у грађанскоправном смислу сматра се онај ко је непоштујући своју обавезу причинио другоме штету. Зависно од порекла те обавезе, примениће се различита правна правила садржана у Закону о облигационим односима.² Уколико између дужника и повериоца не постоји претходни правни однос, радиће се о вануговорној одговорности. Српско право познаје општу забрану проузроковања штете (*neminem laedere*), садржану у члану 154 ЗОО. Што се уговорне одговорности тиче, она је уређена чланом 269 истог прописа. Овде постоји ранији однос два лица – дужника и повериоца, и у вези са тим односом јавља се одговорност.³ Дужник из уговорног односа је најпре дужан да своју обавезу испуни онако како она гласи. У супротном, биће одговоран за штету коју је повериоцу проузроковао. Међу ауторима који су се бавили уговорном одговорношћу нема спора да се члан 269 ЗОО односи на одговорност из било ког старијег правног односа, а не само на одговорност за непоштовање уговорне обавезе. Уговорна одговорност је термин одабран искључиво из економичних разлога.⁴ Уговорна обавеза се може повредити на неколико начина: потпуним неизвршењем, манљивим извршењем и задоцнелим извршењем.⁵

Уговорна одговорност пројектанта посматраће се у домену његове делатности. У највећој мери, њу чини закључивање уговора о пројектовању грађевинских радова и уговора о надзору над извођењем грађевинских радова. Како садржина ових уговора није уређена Законом о облигационим односима, оставља се уговорним странама да одреде битне елементе уговора.

Пројектне организације ће, вођене принципом економичности, сачињавати сопствене опште услове пословања. Међутим, потребе нару-

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 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 49–50.

4 Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 198.

5 М. Караникић Мирић, 47–48.

чилаца разноликије су од потреба, рецимо, банчних клијената. Због тога ће и формуларни уговори о пројектовању оставити довољно простора за прилагођавање жељама и потребама наручиоца. Поред израде пројекта, обавезе које су у оквиру делатности инжењера архитектуре су: надзор над извођењем грађевинских радова, испитивање грађевинског материјала и испитивање земљишта на коме се гради. Управо ће уговорна одговорност пројектанта бити обрађена у светлу неизвршавања ових обавеза.

Уговор о пројектовању грађевине и грађевинских радова се закључује између пројектанта, који се њиме обавезује на израду и предају пројекта по коме ће се радови вршити, и наручиоца пројекта, који плаћа накнаду. Као што се из ове дефиниције да видети, два уговора стоје у блиској вези, то јест уговор о пројектовању прати уговор о грађењу. Пројекат ће бити сврсисходан за наручиоца тек по њему успешно изведеним грађевинским радовима. Наручилац радова не види одвојеност резултата ова два уговора: пројектује се ради грађења и гради се на основу пројекта.

Ова два уговора своје заједничко порекло налазе у уговору о делу. Он је њихова правна природа. Уговор о грађењу ЗОО и дефинише као уговор о делу.⁶ У српском позитивном праву норме посвећене уговору о делу супсидијарно и сходно се примењују на уговор о грађењу. Овде издвајамо и различитост по питању именованости уговора о грађењу и пројектовању. Потоњи није уређен Законом о облигационим односима, мада се пажња пројектанту посвећује у одредби о одговорности за солидност грађевине. Одговорност из уговора о пројектовању, као што је било напоменуто, своди се на одговорност за неиспуњење, задоцнело испуњење и одговорност за мане у пројекту.

Уговор о надзору над извођењем грађевинских радова закључује се између инжењера архитектуре који се обавезује да прати, контролише и даје упутства извођачу радова како би грађевина у свему одговарала пројекту, док се наручилац надзора обавезује да инжењеру за то плати накнаду. Нека одмах буде напоменуто да пројектант и вршилац надзора не морају бити исти субјекти. Вршилац надзора је дужан да најпре проучи пројекат, а затим да испита земљиште на коме ће се градити и грађевински материјал којим ће се градити. Од почетка извођења грађевинских радова до саме примопредаје, архитекта је дужан да „бди над радовима“ – то значи да контролише начин и динамику грађења.⁷ Одговорност из уговора о надзору над извођењем грађевинских радова

6 ЗОО, чл. 630 ст. 1.

7 Јелена Вилус, *Грађанскојравна одговорности извођача и пројектаната*, Институт за упоредно право, Београд, 1973, 45–52.

своди се на одговорност за вршење општег надзора и одговорност за мане земљишта и грађевинског материјала.

Који је основ уговорне одговорности? Који су ослобађајући разлози које дужник може навести? Одговори на ова два питања раздвојили су теоретичаре на супротстављена правна становишта. Постоји став аутора да је општи режим уговорне одговорности објективне природе, док други, бројнији, тврде да се ради о одговорности заснованој на кривици.⁸ Пројектант мора поступати стручно, пажљиво и савесно. Пројектант може бити само лице које је високим образовањем стекло звање инжењера архитектуре, а уз то се за обављање стручне делатности захтева и поседовање лиценце.⁹ Од њега се захтева пажња доброг стручњака. Пројектант је дужан да пажљиво саслуша наручиоца, да му поставља питања ради разјашњења, да га посаветује и да му укаже на добре и лоше стране његових налога. Уколико се прихвати став о објективној уговорној одговорности, наручилац ће пред собом имати пројектанта одговорног без обзира на његову кривицу. Довољно ће бити да докаже постојање уговора и поверилачког својства и да је претрпео штету услед неизвршења обавезе. Не улазећи у расправу о општем режиму уговорне одговорности, биће приложен став о основу уговорне одговорности пројектанта за сваку од његових обавеза.

II Одговорност пројектанта за израду пројекта

Целокупан посао грађења може почети тек када је сачињен пројекат по коме ће се радови водити. Уколико грађење почне без претходно прибављене дозволе и пројектно-техничке документације, то ће водити кривичноправној одговорности инвеститора.¹⁰ Закључујући уговор о пројектовању грађевинских радова, пројектант на себе преузима

8 О објективној одговорности вид. М. Караникић Мирић, 45–63. Субјективну природу уговорне одговорности заступају: Живомир Ђорђевић, „Млан 262“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, 1980, 759–760; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право – Општи део*, Београд, 1987, 391; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 186; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 504–505; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2011, 439; Тодор Ачански, *Појам више силе у грађанском праву*, магистарски рад, Београд, 1977, 156, 159–160; Александар Јакшић, „Квалификација уговорне и вануговорне одговорности за штету“, *Правни животи*, бр. 9–10/1992, 1210; наведено према: М. Мишковић, 201.

9 Закон о планирању и изградњи – ЗПИ, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 – др. закон и 9/2020, чл. 128.

10 Пресуда Врховног касационог суда, Кзз 38/2010 од 24. 3. 2010.

обавезу да сагласно прописима, а према жељама наручиоца и правилима струке, изради пројекат. Његова обавеза сматра се извршеном уколико пројекат буде предат наручиоцу о доспелости и уколико се према њему може изградити грађевина траженог изгледа (дизајн), која одговара намени (функционалност) и која је солидна. Услови дизајна и функционалности биће изнети на овом месту, док ће солидности грађевине бити посвећена посебна целина.

Да ли се одговорност пројектанта за израду пројекта заснива на кривици? Како смо већ рекли да правну природу уговора о пројектовању чини уговор о делу, од значаја је основ по ком одговара посленик. Професор Ивица Јанковец сматра да посленик одговара ако је крив за неизвршење уговорне обавезе, јер „он не гарантује да ће се извршавањем обавезе постићи жељени резултат“.¹¹ Аутори сагласно истичу субјективну одговорност пројектанта за израду пројекта.¹² Образложење овог става у литератури није понуђено, па се може претпоставити да се следи доминантан став наше теорије о општем режиму уговорне одговорности.

Да ли би поглед на пројектанта као објективно одговорног за израду пројекта био строг? Објективна одговорност је увек строга, јер ослобађајуће разлоге представљају виша сила, радња самог оштећеника и радња трећег лица, које попримају обележја више силе. Право питање је да ли би објективна одговорност пројектанта била правична. Прво, пројектант је, како је већ речено, стручно лице – инжењер архитектуре, чије је целокупно образовање и рад било посвећено пројектовању.¹³ То

11 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд, 1993, 156–157.

12 „Основно правило је да пројектант (...) одговара за последице грешака и пропусти које направи он или лице које је код њега запослено.“ Ј. Вилус, 62; „Пројектант ће одговарати за штету ако није израдио планове са дужном пажњом, уз поштовање правила струке.“ И. Јанковец, 158; „Оцена одговорности пројектанта за израђени пројекат почива на повреди правила према којима је он дужан да поступа у извршењу својих обавеза. Начин испуњења архитектрових обавеза карактеришу два основна обележја: прво, да обавезе мора испуњавати у складу са правилима своје струке, без обзира на то да ли том приликом користи традиционалне или нове методе у изградњи грађевина и, друго, да мора као стручни саветодавац штитити интересе наручиоца...“ Весна Татић, *Гаранција пројекцијантства и традиције за солидност грађевине и њихова имовинска одговорност*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1990, 31. Мада основ одговорности није јасно исказан, чини се да је и у мастер раду Томице Керчуља слеђен став о субјективној одговорности: „... Ваља истаћи да и када је пројектант преузео једино обавезу израде пројекта, за грешке приликом реализације урађеног пројекта могу бити одговорни и други учесници у изградњи, а не само пројектант.“ Томица Керчуљ, *Уговорна одговорност пројекцијантства и грађевинара*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 7.

13 Пред Уставним судом Србије нашао се и предлог за оцену уставности одредаба Закона о планирању и изградњи које се тичу услова за обављање стручних послова,

је срж његове делатности. Не постоји нико ко би о пројекту знао више од њега. Друго, пројекат је зачетак грађевине. Представа коју наручилац има о изгледу и намени објекта само је скуп идеја. Пројектант је једини који тим идејама може дати живот. Треће, пројектант може да прерасподели трошкове које сноси због одговорности за штету, а може се од такве одговорности и осигурати. Посао грађења је стар колико и потреба човека за домом. Развојем човека развијала су се и његова оруђа, а нове потребе уобличавања околине се непрестано јављају. Да би се посао грађења изводио безбедније и квалитетније, он је поверен стручњацима – инжењерима архитектуре и грађевине. Имајући све ово у виду, у овом раду се изражава став да је одговорност пројектанта за израду пројекта по свом основу објективна одговорност. Ово важи и за прелиминарни и за коначни пројекат.¹⁴

1. Мане и недостаци који се тичу дизајна

Пројектант је дужан да пројектује грађевину тако да удовољи естетским захтевима које пред њега поставља наручилац. Врсте ових захтева могу се тицати како спољашњег (екстеријер), тако и унутрашњег изгледа грађевине (ентеријер). Наручилац пројекта увек има представу о изгледу грађевине. Он ће те своје жеље саопштити пројектанту, који ће настојати да из тих идеја створи упутство по коме ће пројектовати. Може се замислити случај да наручилац има интерес да грађевина буде пројектована и изграђена у складу са неким архитектонским стилем. Правац у уметности обликовања простора може се применити у целом пројекту, то јест на целој грађевини, или само на неким њеним деловима. Примера ради, наручилац може тражити да целокупна грађевина буде „као из периода барока“, а може тражити да испред типске грађевине буду постављени коринтски стубови. Најређи је случај да ће наручилац пројекта тражити да архитекта изради оригиналан пројекат – ауторско дело. Потпуну супротност аутентичном пројекту чине типски пројекти, које може предложити пројектант (показивањем каталога или брошуре), или их може сам наручилац описати речима, фотографијама или цртежима.

Дизајн неће бити од једнаке важности за сваког наручиоца. Због тога, танка је линија између одговорности за неиспуњење уговорне обавезе и одговорности за манљиво испуњење. Правне последице неиспуњења уговореног зависиће од интереса наручиоца.

између осталих, и пројектовања и стручног надзора. Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ бр. 23/2004 од 23. 9. 2004.

14 О врстама пројекта вид. FIDIC водич за уговоре (*The FIDIC Contracts Guide*), Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), 2013, 137.

Уколико је наручилац исказао потребу да пројекат буде искључиво дизајниран на одређен начин, а пројектант тако не поступи, радиће се о одговорности за неиспуњење обавезе. Наручиоцу пројекта је тада на располагању захтев за испуњење уговора онако како он гласи. Уколико пројектант ни у накнадном року не изврши уговорну обавезу, наручилац има право на једностранни раскид уговора. Свакако, пројектант дугује накнаду штете ако ју је наручилац претрпео услед његовог неизвршења, односно доцње.

Друга ситуација је испуњење са манама или недостацима који се тичу дизајна. Мана пројекта је оно што у пројекту постоји, а не би сме-ло. Маркантан је пример сувишних и неадекватних декорација.¹⁵ Недо-статак је оно што би у пројекту требало да постоји, а тога нема.

Пројектант је у оба случаја своју обавезу извршио, али несаобраз-но уговореном. Пошто је било наглашено да је уговор о пројектовању неименовани уговор, чију правну природу чини уговор о делу, овде до-лази до сходне примене одредаба о материјалним недостацима послени-ковог рада из уговора о делу.¹⁶ Било да се ради о недостацима ентеријера или екстеријера, они су видљиви. Пошто наручилац не говори „језик струке“, те му не значе много цртежи израђени по инжењерским пра-вилима, поставља се питање да ли су ови недостаци заиста видљиви једном лаичком оку у тренутку предаје рада. Да би се ова неизвесност отклонила, архитекте сачињавају и графичке приказе грађевине који омогућавају да се упореди урађено са уговореним. Напредак технологије омогућио је и тродимензионални приказ грађевине помоћу рачунара и других уређаја, што отклања сваку сумњу у погледу могућности да се мане дизајна не примете. Наручилац се, закључујемо, налази у доброј позицији да прегледом рада утврди да ли он пати од физичких недо-статака. Пошто је тако, наручилац мора одмах по прегледу пројекта да укаже на видљиве физичке недостатке који се тичу дизајна,¹⁷ иначе ће његово право бити преклудирано. Изузетак од овако брзог губит-ка права наручиоца постоји у случају несавесности пројектанта – на преклузију не може да указује онај који је знао или морао знати за постојање физичких недостатака који се тичу дизајна. *FIDIC* Правила о уговорима са клаузулом „кључ у руке“ обавезују извођача радова да прибави пројектно-техничку документацију. Недостаци у пројекту на које је указао наручилац рађају обавезу извођача да хитно сачини план њиховог отклањања. Уколико то не учини, наручилац има право да одбије пројектно-техничку документацију.¹⁸

15 J. Вилус, 28.

16 Вид. ЗОО, чл. 614–621.

17 ЗОО, чл. 614.

18 Вид. *FIDIC* Правила о уговорима за ЕПЦ/пројекте „кључ у руке“ (*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*), Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), 2017, 42–43.

Поставља се питање да ли могу постојати недостаци дизајна грађевине који ће остати скривени и при наручиоцевом брижљивом прегледу грађевине. Иако се, на први поглед, чини да овакву ситуацију није могуће замислити, узмимо један пример у разматрање. Наручилац је са пројектантом уговорио израду пројекта за грађевину уз услов да се испред главног улаза налази седам коринтских стубова. Пројектант је наручиоцу предао рад, који је по прегледу био одобрен и преузет. Међутим, пројектант није у пројекат уврстио седам коринтских стубова, већ седам јонских стубова. Да ли ово значи да је накнадном сагласношћу наручилац пројекта одобрио измену уговора или ипак има право да позива пројектанта на одговорност? Несаобразност извршења уговора постоји, али она наручиоцу (лаику) није очигледна, јер он не познаје разлику између два типа грчких стубова. Пројектант ће овде бити одговоран наручиоцу за недостатке дизајна, јер је он стручно лице и њему овај недостатак није могао остати непознат. Пројектант овде одговара без обзира на своју кривицу, што је већ напред речено. Несавесност пројектанта биће од значаја само за примену рокова у којима ће наручилац моћи да остварује права по основу пројектантове одговорности.¹⁹ Уколико је пројектант знао за недостатак или му он није могао остати непознат (а у наведеном случају ће тешко моћи да докаже своју савесност), радиће се о једној врсти преваре. Знајући да *fraus omnia corrumpit*, наручилац ће моћи с правом да се обрати пројектанту и по протеку законског рока од две године.²⁰

2. Мане и недостаци који се тичу функционалности

Функционалност је особина грађевине да одговори намени и потребама наручиоца. Временом су се искристалисали услови које треба да испуни пројекат грађевине сходно потребама наручиоца. Чак је и лаицима јасно видљива разлика између стамбених и пословних простора, односно постројења. Док у дизајну архитекта изражава своју креативност, задовољавајући услове функционалности – он на уму има и практичност. Иако се у литератури истиче да постоји „уобичајена намена објекта“, није јасно како би на основу такве еластичне уговорне клаузуле предмет уговора био одређен.²¹ Уколико би се сусрео са оваквим захтевом, пројектант је дужан да постави додатна питања и предложи решења у циљу обликовања налога наручиоца.

Што се тиче одговорности за видљиве недостатке који се тичу функционалности, стоји све оно што је речено о видљивим недостацима дизајна. Замислив је гранични случај код кога, на први поглед,

19 300, чл. 615.

20 300, чл. 617.

21 Ј. Вилус, 28–29.

неће бити јасно да ли се ради о недостатку који се тиче дизајна, или о недостатку у погледу функционалности. Примера ради, пројектована висина грађевине није као уговорена. Одговор на ово питање треба потражити у наручиочевој сфери. Наручилац може бити незадовољан само естетским изгледом објекта, а може се радити и о делимично нефункционалној грађевини. Правно, ово разликовање није релевантно – на наручиоцу је да докаже постојање несразмере и пројектант ће му одговарати.

Скривени недостаци функционалности могу се појавити много после предаје пројекта наручиоцу. У случају да је пројектант поступио савесно, наручиочева права трају две године по извршењу уговора. Овде се већ наилази на проблем услед тога што ЗОО не регулише уговоре које закључује пројектант, а сходна примена правила о уговору о делу је обесмишљена. Иако је наручилац одмах по пријему пројекта закључио уговор о грађењу, и једноставни грађевински подухвати могу трајати дуже од две године. Због овакве ситуације, отвара се питање од када би требало да тече рок за позивање на одговорност због недостатка који се тичу функционалности. Уколико би рок почео да тече од примопредаје грађевине, то би проширило одговорност пројектанта на неправично дуг рок. Неправичност се огледа и у томе што је пројектант одавно удаљен од целокупног посла грађења (ако није преузео обавезу надзора), те често и није обавештен о примопредаји грађевине. Закључујемо, пројектант ће за скривене недостатке који се тичу намене грађевине одговарати ретко – једино у случају своје несавесности. У пословима од велике вредности, као што су уговори о испоруци инвестиционе опреме, једино остаје уговарање гаранције за физичке недостатке са дужим роком важења. Наручилац ће поводом ових недостатака моћи да се обрати извођачу радова и саветодавном инжењеру, који су дужни да, сваки према правилима своје струке, прегледају пројекат.²²

III Одговорност за надзор над извођењем радова

Закон о планирању и изградњи прописује дужност инвеститора да ангажује стручни надзор.²³ Сам пројектант може преузети обавезу да надзире извођење грађевинских радова, али га у том случају не треба називати пројектантом, већ саветодавним инжењером. Његова

22 FIDIC правила предвиђају рок од 21 дана у ком грађевински инжењер и саветодавни инжењер морају пријавити недостатке пројекта. Рокови теку од тренутка када им је документација предата. FIDIC Услови за изградњу постројења и дизајн (*Conditions of Contract for Plant and Design Build*), Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC), 2017, 38.

23 ЗПИ, чл. 153.

основна дужност је да за наручиоца врши контролу на градилишту. Води се рачуна о томе да ли извођач радова поштује пројектно-техничку документацију, прописе, правила струке и уговорене рокове.²⁴ Саветодавни инжењер не посматра само, већ даје и инструкције извођачу радова.²⁵ Иако страна литература саветодавне инжењере зове агентима наручиоца, мишљење наше теорије је да се ради о „техничком заступању“, а не правном.²⁶

Надзор треба вршити према сложености радова. „Грађење куће може захтевати вршење надзора сваке друге недеље, док велики грађевински подухвати захтевају сталан надзор.“²⁷ Саветодавном инжењеру неопходно је изричито овлашћење да би у име наручиоца могао да изврши административне обавезе, односно да мења пројекат и прима грађевинске ситуације. Често се уз овај посао обавља и контрола земљишта и грађевинског материјала, али ће одговорност за ове две обавезе бити посебно изнета. Могуће је да надзор врши исто лице које је сачинило пројекат, али то није нужно. Одговорност саветодавног инжењера је заснована на кривици у упутствима (*culpa in instruendo*) и надзору (*culpa in vigilendo*).²⁸ Он ће се ослободити одговорности доказујући да је надзор над извођачем и саветовање извођача и наручиоца вршио савесно и према правилима струке. Да би саветодавни инжењер могао да изврши уговорну обавезу, њему извођач радова мора омогућити прилаз градилишту и мора га обавештавати о догађајима од значаја. Саветодавни инжењер, међутим, не може да чека обавештења и питања извођача радова, већ у свему мора показати активан став према извођењу радова. *FIDIC* правила прописују међусобну обавезу извођача радова и пројектанта, односно саветодавног инжењера да се консултују пре и током извођења радова, како на градилишту, тако и ван њега.²⁹

Иако је уговор са вршиоцем надзора закључен с обзиром на његове личне особине (*intuitu personae*), он ће моћи да ангажује друго лице да уместо њега изврши надзор – привремено или над конкретном грађевинском ситуацијом.³⁰ У случају штете коју претрпи наручилац или извођач радова, саветодавни инжењер ће одговарати само ако је избор

24 Ј. Вилус, 47; ЗПИ, чл. 153 ст. 2.

25 В. Татић, 46.

26 Упор. John Uff, *Construction Law*, Sweet & Maxwell, London, 2009, 296; Бранко Вукмир, *Уговори о грађењу и услугама саветодавних инжењера*, Загреб, 1980, 231.

27 J. Uff, 303.

28 Тако: Ј. Вилус, 45–52; В. Татић, 54; Б. Вукмир, 70–74.

29 FIDIC Услови за изградњу постројења и дизајн, 37.

30 Врховни суд Луизијане, *Pastorelli v. Associate Engineers Inc.*, 176 F. Supp. 159 (D. R. I. 1959); наведено према: Ј. Вилус, 49.

другог лица извршио несавесно и неправилно (*culpa in eligendo*). Уколико се заснује одговорност саветодавног инжењера за грешке у надзору, њему је дат регресни захтев према извођачу радова. Могућност регреса од извођача радова ће редовно постојати, али ће обим тог права бити условљен уделом кривице извођача у проузроковању штете.³¹ Поставља се питање да ли ће регресни захтев бити уважен уколико је штета настала као последица лоших упутстава које је саветодавни инжењер давао. Извођач радова, уколико би се сусрео са оваквим захтевом саветодавног инжењера, доказивао би да је поступао стручно и савесно, те да није могао да примети грешке у упутствима. Саветодавни инжењери могу бити ангажовани и пре почетка грађења (прединвестицијске студије).³² Наручиоци који још нису сигурни да ли ће закључити уговоре о пројектовању и грађењу траже савете инжењера. Уколико нека питања наручиоца излазе из струке саветодавног инжењера, он ће бити дужан да се консултује са представницима других струка ради прибављања њиховог мишљења.

IV Одговорност за мане земљишта

За наручиоца грађевине важно је утврдити квалитет земљишта на коме ће се градити и предухитрити све могуће штете које из манљивог земљишта могу произаћи. Са друге стране, инвеститори на уму имају уштеду трошкова, тако да ће често избегавати да сами ангажују стручне организације за преглед земљишта. Испитивање земљишта је послао геолошке струке, а не инжењера архитектуре. Архитекта би могао да утврди квалитет земљишта пажљивим прегледом, што су некада и чинили, али да би избегао било какву одговорност за мане земљишта, он ће савесно ангажовати геолога. Архитекта ће на овај начин отклонити непријатност коју би могао да има услед доказивања да ли је испитивање вршио стручно и пажљиво и да ли су му неки недостаци земљишта могли бити познати. Како и сам ЗОО прописује, разлог за ослобођење од одговорности за штету проузроковану маном земљишта представља чињеница да је пројекат заснован на стручном мишљењу специјализоване организације.³³ Саветодавни инжењери познају сродне стручњаке боље него лаици, те је за наручиоца сигурније да препусти избор другоме, а уз то имаће и отворен пут ка одговорности онога ко врши избор. Већ се овде наслућује одговорност саветодавног инжењера за кривицу у избору (*culpa in eligendo*).

31 И. Јанковец, 159.

32 Б. Вукмир, 184.

33 ЗОО, чл. 644; Б. Вукмир, 77.

У литератури је присутан став да и пројектант одговара за мане земљишта. Као оправдање служи мишљење да се поуздан пројекат не може израдити уколико се не познају особине земљишта.³⁴ Међутим, у пракси закључивања уговора је другачије – пројектанти се не обавезују на испитивање земљишта.³⁵ Чињеница да су стручне организације дале добру оцену земљишта не значи сама по себи екскулпацију саветодавног инжењера: „Неће бити довољно ако је пројектант пропустио дужну пажњу у току изградње објекта (под претпоставком да му је био повјерен надзор над извођењем радова), па није реагирао на одговарајући начин на оне околности које су се појавиле у току извођења, а које су довеле у сумњу стручно мишљење.“³⁶

V Одговорност за мане грађевинског материјала

Одговорност пројектанта за мане грађевинског материјала један је од појавних облика одговорности саветодавних инжењера. Избор материјала који ће се уградити може бити од утицаја на дизајн (извођење декорација), на функционалност (звучна и топлотна изолација), али и на солидност грађевине. Узрок штете може бити избор самог материјала и начин на који је он уграђен и коришћен. Саветодавни инжењер, као и у случају вршења општег надзора, није дужан да проверава сваки комад материјала. Било би бесмислено захтевати од њега да проверава укупну количину бетона или дрвене и металне грађе која је коришћена у послу. То би била престрога обавеза. Он је, заправо, дужан да предложи материјале који ће одговарати сврси, да упути на јефтиније и квалитетније опције. Што се тиче контроле материјала у употреби, важи оно што је речено и о контроли земљишта. Саветодавни инжењер не испитује квалитет материјала, већ ангажује стручне организације. Поред овога, он дугује надзор над коришћењем материјала према својим знањима и могућностима.

Каква је одговорност пројектанта за нове материјале? Уколико предлаже нове материјале, саветодавни инжењер је дужан набавити сва потребна обавештења за наручиоца. Дужна пажња овде значи више него код већ познатих грађевинских материјала, јер ће се сва својства „нових“ показати тек након дуже употребе.³⁷ Уколико наручилац жели да

34 В. Татић, 39.

35 „Ако је пројектант ангажован само да направи пројекат, такав пројектант није дужан да врши испитивање терена и земљишта уопште на коме ће објекат да се гради.“ Ј. Вилус, 42.

36 Б. Вукмир, 77; ЗОО, чл. 644.

37 Ј. Вилус, 53–54.

отклони сваку сумњу у квалитет грађевинског материјала, на располагању му је закључење уговора о контроли. Саветодавни инжењер врши једну врсту уговора о делу, а не уговора о контроли. Поред саветодавних инжењера, за квалитет материјала одговара и извођач радова.³⁸ Одговорност за мане грађевинског материјала своди се само на видљиве мане, док ће за скривене одговарати продавац према правилима уговора о продаји.³⁹ Основ одговорности је кривица инжењера.⁴⁰

VI Одговорност за солидност грађевине

Покушаји да се објасни правна природа одговорности за солидност, раздвојили су ауторе на различите теоријске позиције. Међу њима, најочљивија разлика је међу убеђењима да се ради о уговорној, односно вануговорној одговорности. Јавио се и трећи став – став о законској гаранцији. Ово схватање настоји да објасни да се овде не ради о уговорној одговорности, јер је уговор ишчезао самим извршењем (примопредајом грађевине).⁴¹ Прихвативши став да се ради о законској гаранцији, није решена дилема о примени правних последица – да ли ће се применити правила о уговорној или вануговорној одговорности?⁴²

Закон о облигационим односима члан 644 посвећује пројектанту грађевине и извођачу грађевинских радова, тачније њиховој одговорности. Они одговарају за недостатке који ремете солидност грађевине, а воде порекло из пројектно-техничке документације, односно из грађевинских радова. Солидност се сматра јединством неколико особина грађевинског објекта и његових делова: уравнотеженост, чврста везаност за тло (односно чврста везаност делова објекта за носећу конструкцију) и издржљивост под уобичајеним тежинама.⁴³ Језичким

38 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 231.

39 Ј. Вилус, 53.

40 *Ibid.*

41 „... и законска и уговорна гаранција за квалитет представљају примарне обавезе гаранта, односно продавца. И код једне и код друге истиче се у првом плану позитивни елемент: обезбеђење одређеног квалитета продате ствари. Одговорност представља, напротив, негативни елемент, тј. непостојање одговарајућег квалитета ствари.“ Јаков Радишић, *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недосјашком*, Институт за упоредно право, Београд, 1972, 36.

42 *Ibid.*, 87–112.

43 Уравнотеженост и чврсту везаност за тло треба тумачити као отпор објекта силама које на њега делују (удари ветра, таласа, вибрација, гравитација и сл.). Издржљивост објекта цени се према намени објекта и према величини самог објекта (да ли се гради индустријско постројење, једноспратна кућа или небодер).

тумачењем самог члана не сазнаје се много о правној природи ове одговорности, осим њеног ороченог трајања (10 година од примопредаје радова).⁴⁴ Питања њеног порекла, правног односа пројектанта и извођача радова (унутрашњи однос), као и положаја гаранта према наручиоцу радова и сваком каснијем стицаоцу грађевине (спољашњи однос) остају отворена.

Зарад ближег одређивања и, важније, примене законских правила, сваку грађанскоправну одговорност сврставамо у уговорну или вануговорну, примењујући критеријум порекла одговорности. Што се гаранције за солидност тиче, одговор на питање њеног зачетка следи након краћег разматрања. Најпре, ову одговорност закон обезбеђује у корист наручиоца радова, али и сваког каснијег стицаоца грађевине. Следећи окамењени принцип облигационог права – *inter partes* дејство уговора, закључује се да би тврдња о вануговорној природи ове одговорности била једина исправна, јер се каснији стицаоци грађевине не налазе у уговорном односу са пројектантом и извођачем радова. Подвргнимо ово, ипак, даљем испитивању.

Прво, подсетимо се да правне субјекте из облигационог односа који настаје проузроковањем штете законодавац назива штетником и оштећеником, док уговорне стране назива дужником и повериоцем (односно њиховим посебним називима из именованих уговора). Члан о одговорности за солидност одговорна лица назива пројектантом и извођачем радова. Друго, у последњем ставу члана 644, ЗОО забрањује уговорно ограничење и искључење одговорности за солидност. Коначно, имајући у виду ове две напомене, треба се упутити на члан „ограничење и искључење одговорности“ (чл. 265 ЗОО). Он дозвољава *дужнику и повериоцу* (не штетнику и оштећеном!) да уговоре границе одговорности. Зашто би онда закон забрањивао оно што није ни дозвољено – искључење и ограничење једне деликтне одговорности.⁴⁵ Овако изнето системско тумачење закона доводи у питање став о вануговорној одговорности.

Да ли се онда ради о уговорној одговорности? У случају да се наручилац радова позива на одговорност за солидност, нема сумње да би се у српском позитивном праву радило о уговорној одговорности. Постоји старији правни однос, чијим непоштовањем дужник постаје одговоран. Међутим, закон проширује одговорност у корист сваког наредног стицаоца грађевине у трајању од десет година од примопредаје радова. Та

44 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 464/2000 од 6. 12. 2000. Доступно у бази *ParagrafLex*.

45 Више о уговорном искључењу, ограничењу и проширењу одговорности вид. И. Јанковец, 363–383.

лица се не налазе у уговорном односу са пројектантом и извођачем, а имају иста права као наручилац радова. Посматрајући ширу слику, не би имало разлога разликовати правни положај и правна средства субјеката који су наручили рад и оних који су грађевину касније стекли. Примена различитих правила за одговорност за солидност грађевине довела би до апсурдне ситуације да наредни стицалац грађевине има већи обим права од наручиоца радова. Обим накнаде штете из уговорне одговорности ограничен је на предвидљиву штету, док за накнаду штете из вануговорне одговорности важи принцип интегралне накнаде.⁴⁶ Видимо да би слеђеће једног принципа римског права (*inter partes* дејства уговора) водило искључењу другог (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Уговор о грађењу не задржава свој утицај за уговорне стране, већ се за њега интересује шири круг учесника у правном промету. У прилог томе, често се ни сам наручилац радова не налази у уговорном односу са пројектантом, јер препушта извођачу радова да прибави техничку документацију. Ипак, наручилац радова је и тада снабдевен правом да позове пројектанта грађевине на одговорност за солидност. Ово казавши, истакнута је сврха и домет уговора о грађењу и њему пратећег уговора о пројектовању. Тумачећи циљно чланове посвећене гаранцији за солидност, закључујемо да јој треба приписати последице уговорне одговорности.⁴⁷

Што се тиче основа одговорности пројектанта за несолидност грађевине, треба још једном поменути раније изнет став да кривица није од значаја. Из истих разлога који су наведени у делу о одговорности пројектанта за грешке у пројекту, и извођач радова треба да одговара објективно. Чини се, заправо, да су исти разлози у прилог објективне одговорности овде нарочито оправдани. Наиме, солидност грађевине је плеоназам. Грађевина се гради да би била постојана, и супротно – нема грађевине која није солидна. Пројектант и извођач радова солидарно и објективно одговарају наручиоцу. По исплати накнаде штете, међусобно ће се регресирати према степену кривице.⁴⁸

46 „Законодавац даље доводи у везу степен дужникове кривице за повреду уговорне обавезе са обимом накнаде на коју поверилац има право: у случају преваре, намерног неиспуњења или неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право на накнаду укупне имовинске штете, а не само оне која би се квалификовала као предвидљива.“ М. Караникић Мирић, 46–47.

47 *Ibid.*, 158.

48 ЗОО, чл. 647.

VII Закључак

Рад је мотивисан покретањем расправе о битним питањима у пословима грађења и пројектовања. Обраћа се, на првом месту, правницима чије каријере трају у овој привредној грани, а потом свим представницима правне струке који се за грађење и пројектовање интересују. Нова мишљења и различити погледи, који би је могућно довели до зрелих закључака, би таквој расправи удахнули живот. Само конструктивни предлози правне струке могли би да изврше утицај на унапређење постојећих решења закона. Основ уговорне одговорности како у општем, тако и у режимима посебних уговора остаје предмет живе расправе. Осветљавајући маркантне обавезе пројектаната и саветодавних инжењера, рад је покушао да опише, утврди основ и претпостави појавне облике њихове уговорне одговорности.

Коришћена литература

- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Вилус Јелена, *Грађанско право одговорности извођача и пројектаната*, Институт за упоредно право, Београд, 1973.
- Вукмир Бранко, *Уговори о грађењу и услугама саветодавних инжењера*, Загреб, 1980.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд, 1993.
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Керчуљ Томица, *Уговорна одговорност пројектаната и грађевинара*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.
- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1990.
- Радишић Јаков, *Гаранција за трајан квалитет и одговорност за штету од ствари са недостигајком*, Институт за упоредно право, Београд, 1972.
- Татић Весна, *Гаранција пројектаната и традиционална солидарна грађевина и њихова имовинска одговорност*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1990.
- Uff John, *Construction law*, Sweet & Maxwell, London, 2009.

Dimitrije JOVANOVIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law

CONTRACTUAL LIABILITY OF A PROJECT ENGINEER

Summary

The paper focuses on the contractual liability of a project engineer and the consulting engineer, which means that misdemeanour and criminal liability will be neglected, as well as the moral duties that these persons have as members of an autonomous organization (in Serbia, it is the Serbian Chamber of Engineers). Non-contractual (tort) liability also remained outside the scope of the paper. The project engineer and consulting engineer are professionals – an architectural engineer, so a high degree of attention is required of them, expressed through the legal standard of a good expert. The requirement is that the project engineer acts independently, which means that he is not an employee and that he does not perform his work for the employer. There is no employment contract between the project engineer and the client. He assumes his obligation arbitrarily, by concluding a contract with the client. As neither the contract for the design of the building nor the contract for the supervision of the performing of works are regulated by the Law on Obligations, the content of the contract is left to the contracting parties. The aim of this paper is to determine the basis of contractual liability for the main obligations that project engineer and consulting engineer assume. The paper also focuses on trying to define the origin and basis of liability for the soundness of the building.

Key words: *Project Engineer. – Contractual Liability. – Design. – Functionality. – Soundness. – Supervision.*

Датум пријема рада: 1. 8. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2020.

ПРИКАЗИ

Александра АНДРЕЈИЋ*

студент мастер студија на Правном факултету Универзитета
у Београду

**Борис Беговић, Александра Јовановић,
Бранко Радуловић**

Економска анализа права

Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

Књига „Економска анализа права“, иако намењена на првом месту студентима правних факултета, представља велики корак напред у приближавању економског аспекта неких од кључних правних инсти-тута и другим заинтересованим лицима, а нарочито стручној и научној јавности. Иако по обиму прилагођена студентима, ова књига по својој садржајности и пажљивом одабиру тема завређује посебну пажњу. Посебна вредност ове књиге је и то што представља један од првенаца у овој области у српској стручној литератури, у којој до сада овој теми није била посвећена пажња у мери у којој њен значај то захтева.

Књига се састоји из девет поглавља у којима су размотрена нека од најзначајнијих питања у области економске анализе права. *Прво поглавље* је уводног карактера и у њему се читалац упознаје са предметом, методом, основним питањима економске анализе права, значајем економске анализе права, историјом и школама економске анализе права. На самом почетку овог поглавља је истакнуто да економска анализа

* Електронска адреса аутора: aleksandraas23@gmail.com.

права превазилази разматрања у вези са стварним и облигационим правом, што је чињеница у погледу које је добар део правника у заблуди, већ се примењује и приликом анализе кривичног, уставног, па и осталих грана права. Даље се издвајају две основне групе питања у економској анализи права, а то су: ефекти правних норми на понашање људи и питање да ли су ефекти правних норми друштвено пожељни. Занимљив је начин на који је објашњена и представљена правна норма која је друштвено пожељна, те је истакнуто да њу, насупрот увреженом мишљењу правника, не чине само праведност и правичност, већ треба укључити и економско резоновање. Иако ова научна дисциплина у Србији није још увек добила место које јој по значају припада, то у свету већ дуже време није случај. Премда се корени ове дисциплине могу наћи у делима класичних економиста, колевком модерног приступа се може сматрати Правни факултет Универзитета у Чикагу. Ипак, несумњив допринос развоју економске анализе права је дат и од стране других школа, које су кроз своје критике ову дисциплину оснажиле и учврстиле.

Друио иоилавље је посвећено разматрању питања ефикасности, одлучивања у условима неизвесности и теорији игара. Најпре, када је реч о ефикасности, истакнута је разлика између тога како се посматра друштвена пожељност правног правила у случају када се посматра појединац, односно када се посматра доношење одлуке која утиче на више лица, када није тако једноставно одредити шта је за њих пожељно и прихватљиво. Дата су два веома упечатљива и занимљива примера како би се *Паретио* ефикасност приближила читаоцима. Даље се ефикасност објашњава и кроз *Калдор–Хиксов* критеријум ефикасности који, за разлику од Паретовог, не подразумева нужно слободу воља током размене, већ је кључна анализа користи и трошкова (*cost-benefit*), при чему и овај критеријум прате бројна ограничења и проблеми, што ипак није довело до тога да се овај тест не употребљава. Даље се у поглављу говори и о неизвесности, која је саставни део живота људи, те се свакодневно суочавају са тиме да одлуке морају да се доносе и у одсуству потпуне информисаности. Због тога је веома важно разумети шта значи расподела вероватноће, као објективан критеријум израчунавања могућих исхода и вероватноће различитих исхода и субјективне вероватноће, односно онога на чему се одлуке људи заснивају и што једна страна (на пример, у спору) очекује да износи вероватноћа. Уводи се такође и појам „варијанса“, која представља меру одступања могућих исхода од очекиване вредности. Наравно, приликом доношења одлука велики утицај имају и ризик, односно склоност или аверзија према ризику, каткад и неутралан однос према ризику, јер различити људи имају различит однос према ризику.

Најзад, последња тема обрађена у поглављу је посвећена теорији игара, која треба да објасни одлучивање у ситуацијама где исход зависи од одлука више лица. У поглављу су дата три веома упечатљива примера: први, који се односи на два затвореника; други, који се односи на адвокатске канцеларије које разматрају отварање огранка у другој земљи, игра „кукавице“ и шутирање пенала. Најпре се даје веома занимљив пример затвореникове дилеме, када се два затвореника суочавају са тиме да ли је за њих боље да признају кривицу и да се нагоде са тужилаштвом или да не признају кривицу. У овом случају координирано доношење одлука није могуће, те долази до разлике између Нешове равнотеже и ефикасног исхода у смислу Парета. Могуће је притом да доминантна стратегија постоји, као и да она не постоји, односно да постоји мешовита стратегија. Осим тога, није нужно да постоји јединствена Нешова равнотежа, већ их може бити и више, односно може и да изостане таква равнотежа. Додатно се ствари усложњавају ако се играчи сусрећу више пута. На самом крају овог дела се уводи и могућност секвенцијалне игре.

Треће поглавље нам доноси економску анализу својинских права. У овом поглављу су детаљно размотрени улога својинских права, економске карактеристике својинских права и облика својине, трансакциони трошкови, теорија преговарања и економска теорија успостављања и размене својинских права, као и *Демсецова теза о настанку својинских права*. Готово је ноторна чињеница да економисти и правници на различит начин дефинишу својину, односно право својине. Док правни систем уређује како се право својине успоставља, које су карактеристике, шта може бити предмет права својине, која су ограничења права, како се штити и томе слично, дотле се економска теорија бави ефектима алокације својинских права приликом употребе ресурса. Улога својинских права и значај јасног дефинисања својинских права се можда најбоље може разумети преко примера пашњака. Ако је он заједнички, тенденција је људи да се експлоатише више него што је оптимално, док приватна својина отклања такве подстицаје јер би сваком наплаћивала цену за коришћење, где би био урачунат и трошак који тај сточар генерише и на тај начин умањује корисност другим сточарима. Друга последица нејасног дефинисања својинских овлашћења је и да се тиме умањују подстицаји за размену; долази до мање производње јер људи производе тек толико да задовоље личне потребе. Алтернатива јасно дефинисаним својинским овлашћењима представља стављање ресурса у режим државне својине или регулација која треба да послужи као замена за јасно дефинисана својинска овлашћења. Друга важна претпоставка ефикасности јесте преносивост својинских права, на основу које људи теже увећању корисности кроз размену, односно умањују или дисперзују ризик. Приватна својина је повезана и са трошковима и на-

градама, тако да власници сnose одговорност за своје одлуке о употреби ресурса. Коначно, аутори јасно разликују економског од формалноправног власника.

Обим својинских овлашћења, као и ограничења својине су веома важни фактори, нарочито када је реч о располагању ресурсима. Ипак, како истичу аутори, ограничења некад могу бити постављена и у циљу повећања економске ефикасности, јер би у одсуству ограничења она била умањена. Примера ради, код *колеktivне својине* је потреба постављања ограничења можда још израженија како би се ублажила одређена „дефектна“ понашања људи. Најзад, размотрена је и *јавна својина*, коју такође прате бројне предности и недостаци, па тако и разлози „за“ и „против“. Нарочито се у овом поглављу истиче значај закона за постизање кооперативног решења. На крају се јасно истиче да су јасно дефинисана својинска права нужан услов ефикасне употребе ресурса.

Начини стицања својине су различити, те је тако и даље актуелно стицање права својине на предметима који нису били предмет својине. За неке од њих није рационално да се налазе у приватној (нпр. рудна и нафтна налазишта), већ у државној својини. Као веома корисна, Коузова теорема омогућава да се повеже правни систем и алокација ресурса, односно да се увиди да усвајање правних правила и њихова примена генеришу трошкове, што може бити проблематично када је закон неефикасан, јер генерише неоправдано високе трансакционе трошкове. Аутори закључују да ефикасна правила заправо делују као само тржиште, те се алоцирају трошкови и користи онако како би то тржиште само учинило, те закон треба да регулише економске односе онако како би стране то урадиле да су им све околности биле познате. Даље се у овом, *чешврћом йоїлављу* разматрају и улога права у односу на висину трансакционих трошкова и експропријација. Проблем компензације и саме експропријације је далеко сложенији него што се на први поглед чини, јер отвара многа питања, попут тога да ли је оправдано експроприсање имовине у корист приватног лица и шта је заправо правична надокнада.

Петто йоїлавље је веома блиско правницима, јер уводи у проблем економске анализе грађанскоправних спорова. Наиме, није редак случај да долази до неиспуњења или манљивог испуњења обавеза правних субјеката. Неки спорови се решавају мирним путем, док се у другим случајевима правни субјекти ипак одлучују да заштиту својих права и на праву заснованих очекивања потраже на суду. Економска анализа права је од велике користи када треба да се објасни када се јавља „склоност ка парничењу“, односно зашто неки спорови заврше на суду, а неки не, као и како начин решавања спорова утиче на трошкове правосудног

система. Како смо већ говорили о томе да се САД може сматрати колевком модерне економске анализе права, то и не чуди да је управо тамо најразвијенија анализа правних спорова. Даље су размотрени неки од модела који дају одговор на питање зашто и када се странке одлучују да се парниче, као и какав је утицај правила о накнади трошкова парнице приликом опредељивања странке да „правду“ потражи на суду.

Шесто њојавље је посвећено излагању о одштетном праву, односно трошковима који се генеришу приликом проузроковања штете деликтом. Економска анализа права, стога, има задатак да одговори на питање како одговорност утиче на то да се ризик сведе на друштвено прихватљив ниво. Након општих разматрања о појму штете, даље излагање је усмерено ка анализи различитих модела пажње, према критеријуму да ли мере предострожности може да предузме само једна страна (унилатерални модел) или то могу обе стране (билатерални модел), што је један од кључних фактора који се одражавају на вероватноћу и обим штете. Поред тога, од утицаја на настанак штете је и ниво активности. Не треба сметнути са ума да на ниво (ризичне) активности утиче и врста одговорности, те не треба да чуди то што боље резултате приликом примене унилатералног модела даје објективна одговорност.¹

Седмо њојавље доноси разматрање економског значаја слободе уговарања, као једне од претпоставки тржишне привреде. Ипак, како је тржиште савршене конкуренције теоријска концепција, закључивање уговора прате одређена ограничења, попут неизвесности, асиметрије информација (било кроз скривене информације или активности), као и иреверзибилни трошкови, односно улагање у ресурсе како би се уговорне обавезе извршиле. Улога правних правила у заштити уговора је веома важна, јер омогућава оптимизацију утрошка времена и ресурса приликом преговора и закључења уговора. По аналогији са концептом тржишта савршене конкуренције, разматра се и концепт „савршеног уговора“, који су из угла посматрања судова ефикасни, али су и они ипак теоријски концепт. Најзад, последњи наслов у овом поглављу је посвећен повреди уговора, раскиду и немогућности испуњења, у оквиру ког су анализирани модели „ефикасне повреде“ уговора.

Претпоследње, *осмо њојавље* нас уводи у део економске анализе права која је посвећена анализи криминала, док је последње поглавље (*деветио њојавље*) посвећено анализи кривичноправне заштите. Како криминал представља укупност почињених кривичних дела, која су последица реакције појединаца на одређене подстицаје, економска анализа

1 Више о разлозима постојања објективне одговорности вид. Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штећу*, Службени гласник, Београд, 2016, 31–41.

права заправо тежи томе да објасни зашто се појединац одлучује на чињење кривичног дела, чиме се генеришу значајни негативни екстерни ефекти који, у крајњој линији, негативно утичу на друштвено благостање. Наспрам функције накнаде штете, која се огледа у репарацији, стоји казна, која за циљ има и репресију према учиниоцу, те би требало да има и одвраћајући (превентивни) ефекат.² Такође, и овде се уводи претпоставка рационалности починиоца кривичних дела, односно одбацује се теза о предодређености да нека лица чине кривична дела, већ се претпоставља да је реч о слободној вољи и свести учиниоца када се опредељује за чињење кривичног дела. Учиниоци кривичног дела, као уосталом и сви други, полазе од очекиване корисности од бављења криминалом, односно чињења кривичног дела у поређењу са обављањем легалних активности. Од значаја је, притом, и очекивана вредност казне. Премда и однос према ризику може бити од значаја, показало се да је за увећање генералне превенције ипак кључна вероватноћа кажњавања, а не висина запрећене казне. То би свакако требало да буде путоказ и за законодавце, који често теже повећању (распона) казне онда када увиде да је дошло до пораста стопе криминалитета, уместо да се поради на томе да се прекршиоци ефикасније казне. На крају, у последњем поглављу се излагање усмерава на анализу кривичноправне заштите, будући да је тако нешто нужно и оправдано када се има у виду негативан ефекат на друштвено благостање које производи чињење кривичних дела (директни и индиректни трошкови). Ипак, снижење једне врсте трошкова утиче на повећање друге, па је стога потребно пронаћи оптималан ниво заштите.

Казна је један од веома важних фактора у кривичноправној заштити. Ипак, различите врсте казне служе остварењу различитих циљева, али и генеришу различит ниво друштвених трошкова. Примера ради, затворска казна подразумева коришћење доста ресурса, те се може рећи да ствара највише друштвене трошкове у поређењу са другим казнама, попут смртне (која такође ствара високе друштвене трошкове), новчане казне (која је економски најефикаснија) и казне рада у јавном интересу. Свакако, не треба губити из вида ни да различите казне имају различите циљеве који се њима постижу, што је један од разлога зашто различите врсте даље постоје и примењују се. Оптимална казна и њен ниво су ипак веома сложена питања, те економска ефикасност није једини

2 Више о сврси одговорности и разликама између кривичне и грађанскоправне одговорности вид. Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 303–326. О заштитној функцији кривичног права вид. Зоран Стојановић, „Генерална превенција и заштитна функција кривичног права“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1994, 220–229.

путоказ, већ треба узети у обзир бројне околности: чињеницу да се кривична дела разликују по нивоу негативних екстерних ефеката које производе, утицај ризика, вероватноћа кажњавања итд. Закључак је да треба трагати за оном комбинацијом која обезбеђује максималну могућу запрећену казну уз одговарајућу вероватноћу њене примене, односно да се обезбеди да очекивана вредност одговара негативним екстерним ефектима које је дело произвело.

Иако се књига „Економска анализа права“ тренутно првенствено користи за припрему истоименог испита на Правном факултету Универзитета у Београду, нема сумње да је ова књига примерена за много ширу употребу. Посебно је значајно што је начин излагања и стил писања прилагођен студентима, те се тако омогућава лако разумевање ове материје која понекад није толико блиска правницима, а итекако им је потребна, што представља посебну вредност ове књиге. Нарочито је похвално што су извори коришћени за писање ове књиге зналачки бирани, али да књига истовремено није оптерећена фуснотама, већ је све учињено са мером. Сматрамо да књига представља велики допринос даљем развоју ове научне дисциплине на српским универзитетима.

Коришћена литература

Караникић Мирић Марија, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штећу*, Службени гласник, Београд, 2016.

Стојановић Зоран, „Генерална превенција и заштитна функција кривичног права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1994.

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:

Мирко Васиљевић

Привредна друштва и привредно судство

Александар Тирић

(Не)ефикасност судства у материји привредних спорова

Татјана Јевремовић Петровић

Хармонизација прекограничних кретања привредних друштава у праву ЕУ

Никола Бодироба

О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку

Јелена Теранић Перичић

Еволуција судске праксе у погледу тумачења стандарда посредне одговорности у жиговном праву САД

Јелена Лепетић

Оспорена потраживања и медијација у српском стечајном праву – *de lege lata* и *de lege ferenda*

Марко Јовановић

Сингапурска конвенција као нови елемент правног оквира за међународну трговинску медијацију

Светислав Јанковић

Правни положај возача у *Uber* систему превоза путника

Свјетлана Ивановић

Коришћење туђег ауторског дјела – између слободе изражавања и повреде ауторског и сродних права

Мирјана Глинтић

Основне карактеристике осигурања живота корисника кредита