



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
4

2020

Почасни главни и одговорни уредник

проф. др Мирко Васиљевић

Главни и одговорни уредник

проф. др Татјана Јевремовић Петровић

Редакција

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

Међународни издавачки савет

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

Секретар

Маша Мишковић

Технички секретар

Милена Митровић

Рецензије радова – Редакција одређује два рецензента за радове.

Рецензија се обавља у анонимној форми.

Објављени радови – По правилу се не прихватају за објављивање.

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Телефон/факс: +381 11 3234 985

Електронска адреса удружења: office@pravniciuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravniciuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravniciuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Излази тромесечно

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LVIII

Број
4

2020

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

Дејан Б. ЂУРЂЕВИЋ

Позивање наследника огласом и наследноправни положај државе у српском праву. 7

Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ

Отежано испуњење уговорне обавезе 25

Сузана ДИМИЋ, Ванда БОЖИЋ

Пореска кривична дела као водећи облик привредног криминалитета 55

Филиј БОЈИЋ

Конституционализација права на штрајк. 74

Исидора НИКОЛИЋ САВИН

Обавеза раздвајања делатности у области производње, снабдевања, преноса и дистрибуције електричне енергије у праву Европске уније и Републике Србије. 98

Катјарина ПЕТРОВИЋ

Право на камату према одредбама Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе 112

Јована ЈОКСОВИЋ

GmbH и *UG (Mini-GmbH)* – решења заштите поверилаца у немачком праву. 134

СТРУЧНИ РАДОВИ

Миона МАНОЈЛОВИЋ

Камата као последица дужничке доцње 149

Вук ЛЕКОВИЋ

Осврт на повреде конкуренције у јапанском праву. 171

ПРИКАЗИ

Јована ПОПОВИЋ

Светислав В. Костић, *Међународно ойорезивање у доба
анксиозносйи*, Правни факултет Универзитета у Београду,
Београд, 2019. 190

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 200

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

Dejan B. ĐURĐEVIĆ

Public Invitation to the Heirs in Probate Proceedings and the State as an Heir in Serbian Law..... 7

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ

The Subsequent Difficulty of Performance in Contract Law 25

Suzana DIMIĆ, Vanda BOŽIĆ

Tax Crimes as the Leading Form of Economic Crime 55

Filip BOJIĆ

Constitutionalization of the Right to Strike 74

Isidora NIKOLIĆ SAVIN

Unbundling in the Field of Generation, Supply, Transmission and Distribution of Electrical Energy in the Laws of Republic of Serbia and the European Union 98

Katarina PETROVIĆ

Entitlement to Interest According to the Provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods ... 112

Jovana JOKSOVIĆ

GmbH and UG (Mini-GmbH) – Protection of Creditors in German Law..... 134

PROFESSIONAL PAPERS

Miona MANOJLOVIĆ

Interest as a Consequence of Debt Delay 149

Vuk LEKOVIĆ

Review of Violations of Competition in Japanese Law 171

BOOK REVIEWS

Jovana POPOVIĆ

Svetislav V. Kostić, *Međunarodno oporezivanje u doba
anksioznosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Beograd, 2019. 190

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 200

НАУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.65(497.11)

CERIF: S130

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004007D

др **Дејан Б. БУРЂЕВИЋ**^{*}
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОЗИВАЊЕ НАСЛЕДНИКА ОГЛАСОМ И НАСЛЕДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВЕ У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак

Позивање наследника оglasом представља компромис између испражної начела у оставинском посyуку и жење да се оставинска расyрава оконча у разумном року. Ако оставински суд не може да уyврди да ли уyишe посyоји неки yривайнойравни субјектy који би могао и хeо да наследи или ако сумња да yоред yривайнойравной субјектyа за којеj зна посyоје још неки који имају истyо или jаче yраво на наслеђе, он ће позваyи yоyенцијалне наследнике да се yријаве на оglas у року од yодину дана. Последице немоyћности да се расветли ко су све yоyенцијални наследници након истека једноyдишней рока за yријављивање на оglas у српском yраву су различитyе, у зависности од тога да ли yада заоставшиyину треба доделити yривайнойравном субјектyу или држави. У таквој ситуацији оставински суд ће yривайнойравной субјектyа оglasити за наследника, док ће држави yредаyи заоставшиyину на уживање, уз моyћности да стекне својину на yокреyним и нейокреyним стварима

* Електронска адреса аутора: djurdjevic.pfb@gmail.com.

1 Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ за 2020. годину, који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду.

из заоставишћине истеком тироодишњеї, односно десетїоодишњеї рока за одржај, који се рачуна од моменћа остїавиочеве смрћи.

Након анализе йрактїичних консеквенци йримене наведених йравила, ауџор закључује да је законодавац йроїисивањем йосебної наследноїравної режима за државу када се наследници йозивају оїласом њу йривилеїовао као наследника и йиме олакшао йрелазак остїавинске масе из режима йриваїтне у режим јавне својине, шїто је у суїроїностїи са йринципїом йриваїноїравної каракїтера наслеђивања. Осим йоїа, йравила о додељивању заоставишћине на уживање Рейублици Србији су и йравно-доїмаїтски мањкава, јер су у суїроїностїи како са йринципїом универзалне сукцесије и ex lege наслеђивања (у моменћу остїавиочеве смрћи нико не йостїаје наследник, йа самим йим ни соїсївеник сїварї из заоставишћине), йїако и са оїшїим сїварноїравним йравилима о сїицању својине одржајем (омоїуђује да субјектї који држи сївар као йлодоуживалац истеком одређених рокова йостїане соїсївеник).

Кључне речи: Држава као наследник. – Неїознаїтїи наследник. – Остїавинска расїрава. – Позивање наследника оїласом.

I Увод

Да би једно лице постало наследник, неопходно је да правно егзистира, тј. да буде живо у моменту оставиочеве смрти, да буде достојно и способно за наслеђивање и да се не одрекне наследства.² Од потенцијалног наследника се не тражи да у оставинском поступку предузима било какву радњу усмерену на то да му обезбеди наследничко својство. Пасивно понашање претендента на наследство, тј. његово пропуштање да до окончања првостепеног оставинског поступка да негативну наследну изјаву, третира се као пријем наследства.³

Таква регулатива, уз принцип да заоставштина прелази на наследнике по сили закона у моменту оставиочеве смрти, отвара могућност да се као претендент на наслеђе појави и непознато или одсутно лице.⁴ О непознатом наследнику се говори онда када се не зна да ли уопште постоји потенцијални наследник, док се о одсутном наследнику

2 Вид., уместо свих, са упућивањима: Дејан Ђурђевић, *Инстїиїуције наследної йрава*, Београд, 2015, 60 и даље.

3 Вид. Закон о наслеђивању, *Службени йласник РС*, бр. 46/1995, 10/2003 и 6/2015, чл. 219 ст. 1.

4 Вид.: Борислав Благојевић, *Наследно йраво СФРЈ*, Београд, 1964, 44; Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2014, 91.

говори у ситуацији у којој оставински суд зна да постоји потенцијални наследник, али не зна његово боравиште.⁵ Истражно начело, на којем се заснива оставински поступак,⁶ налагало би да оставински суд испита све околности везане за постојање наследника и да на основу тако утврђеног чињеничног стања донесе оставинско решење.

Испитивање да ли постоје потенцијални наследници скопчано је са огромним утрошком времена, при чему успех таквог подухвата није загарантован. Да би направио равнотежу⁷ између истражног начела у оставинском поступку и начела поступања у разумном року,⁸ законодавац је предвидео институт позивања наследника огласом. У домаћем законодавству се разликује више ситуација позивања наследника огласом: 1) ако се не зна да ли има наследника; 2) ако се јави сумња у то да учесник у оставинском поступку није најјачи претендент на наследство и да постоје лица која имају јаче или једнако право на наслеђе; 3) ако је непознато боравиште наследника који, притом, нема пуномоћника и 4) када се претендент на наслеђе или његов законски наследник налазе у иностранству, а немају пуномоћника, тако да се достављање није могло извршити. За потребе овог рада биће анализирани прве две ситуације: позивање наследника огласом у случају сумње у постојање потенцијалног наследника са јачим или истим наследним правом и позивање наследника огласом када се не зна да ли има наследника.

5 Вид. Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, 544.

6 Истражно начело у оставинском поступку значи да је оставински суд овлашћен да утврђује чињенице које учесници у поступку нису изнели, као и да изводи доказе које они нису предложили ако оцени да је утврђивање тих чињеница, односно извођење доказа важно за доношење одлуке о предмету поступка. Ближе о томе вид. Милајло Дика, „Ostavinski postupak“, *Novo nasljednopravno uređenje* (red. Милајло Дика), Zagreb, 2003, 186. У српском праву истражно начело у оставинском поступку није прокламовано на изричит начин, као што је то случај са чланом 181 хрватског Закона о наслеђивању (*Narodne novine*, бр. 40/03, 162/03,35/05, 127/13 и 33/15), али се изводи системским тумачењем одредаба Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 6/15. Ближе о томе вид.: Д. Ђурђевић, 278–279.

7 N. Gavella, V. Belaj, 91.

8 Начело хитности у спровођењу оставинске расправе проистиче из члана 32 става 1 Устава Републике Србије, који јемчи право на суђење у разумном року. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006. Закон о ванпарничном поступку на посредан начин предвиђа обавезу надлежних органа да спроводе ванпарничне поступке у разумном року. Наиме, члан 30ж Закона о ванпарничном поступку предвиђа да суд може решењем одузети јавном бележнику спровођење поступка који му је поверен ако, између осталог, неоправдано одуговлачи поступак.

II Позивање наследника огласом у случају сумње у постојање потенцијалног наследника са јачим или истим наследним правом

Оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу утврђује чињенице на основу података из смртвонице и изјава које му учесници дају на рочишту оставинске расправе.⁹ У оставинском поступку посебно је наглашен истражни принцип, који се огледа у томе што је оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинског поступка овлашћен да утврђује чињенице које странке нису изнеле у поступку, као и да изводи доказе чије извођење учесници нису предложили, ако оцени да су те чињенице и ти докази релевантни за одлучивање о предмету поступка.¹⁰ С тим у вези, оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинског поступка није везан наводима у смртвоници и изјавама учесника у оставинском поступку о постојању, односно непостојању потенцијалног наследника.¹¹ Ако посумња да постоје још нека лица која би могла бити претенденти на наслеђе, а која имају исто или јаче право на наследство, оставински суд ће позвати сва лица која полажу право на наслеђе да се пријаве у року од годину дана од дана објављивања огласа. Оглас се прибија на огласну таблу суда, објављује се у „Службеном гласнику Републике Србије“, а по потреби и на други начин. Тај други начин може бити и средство информисања стране државе ако оставински суд, односно нотар који спроводи оставински поступак као повереник суда посумња да би потенцијални наследници могли имати боравиште у иностранству.¹² Такође, ако сматра целисходним, оставински суд може објавити оглас и у домаћем средству јавног информисања.¹³

Позивање наследника огласом у таквој ситуацији можемо илустровати конкретним примером. Узмимо да су иза оставиоца остала

9 Вид. Закон о ванпарничном поступку, чл. 117.

10 Вид.: М. Дика, 186; Д. Ђурђевић, 278–279.

11 Milan Kreč, Djuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Zagreb, 1964, 709.

12 Вид. Закон о ванпарничном поступку (чл. 117 став 5 и чл. 116 ст. 2), који даје могућност да се по потреби оглас објави и „на други начин“. У ситуацији када није познато да ли осим државе постоји још неки наследник, чл. 208 ст. 3 Закона о наслеђивању изричито предвиђа објављивање огласа у одговарајућем иностранном средству информисања ако има наговештаја да је пребивалиште потенцијалног наследника у иностранству. У том смислу вид. и: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Коментар Закона о ванпарничном наслеђивању*, Београд, 2015, 497.

13 То проистиче из чл. 117 ст. 5 и чл. 116 ст. 2 Закона о ванпарничном поступку, који даје могућност да се по потреби оглас објави и на „други начин“. У том смислу вид. и: Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, 497; Слободан Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац, 2004, 570.

деца оставиоцевог брата. Они приложе доказ да су оставиоцев брат (њихов отац) и оставиоцева сестра (њихова тетка), која је живела у иностранству, умрли пре оставиоца и дају изјаву да тетка нема потомство. Ако оставински суд посумња да деца оставиоцевог брата покушавају да прикрију потомке оставиоцеве сестре да не би с њима делили заоставштину, он објављује оглас којим позива потенцијалне наследнике да се пријаве у року од годину дана.

О позивању наследника огласом суд доноси решење.¹⁴ Оглас мора да садржи два елемента: податке о оставиоцу и позив потенцијалним наследницима да се пријаве у року од годину дана од дана објављивања огласа. Поред ова два елемента, оглас може да садржи и један факултативни елемент, а то је податак о саставу заоставштине, ако је познат у време доношења решења о позивању наследника огласом.¹⁵

Даљи ток поступка зависи од тога да ли се неко пријавио на оглас и ко се пријавио. Ако се на оглас пријаве лица која успеју да докажу да имају исто или јаче наследно право од до тада познатих учесника у оставинском поступку, оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу доноси оставинско решење на основу свих релевантних чињеница које је утврдио након пријављивања на оглас.

Иако у Закону о ванпарничном поступку стоји да се огласом позивају „лица која полажу право на наслеђе“, не постоји никаква правна сметња да поводом тог огласа трећа лица (лица која немају никакве правне претензије према заоставштини) саопште оставинском суду, односно нотару којем је поверено да спроведе оставинску расправу чињенице на основу којих би он могао утврдити постојање потенцијалног наследника и податке о њему. На пример, да оставиоцев познаник, који не претендује да добије било шта из заоставштине, пошто прочита оглас пошаље оставинском суду писмо у којем га обавештава да оставилац има унучад у некој страниј земљи и наведе податке о тим унуцима. Истражни принцип који провејава оставинским поступком даје могућност оставинском суду, односно јавном бележнику којем је поверено да спроведе оставински поступак да утврђује такве наводе и на основу њих ствара чињеничну подлогу за доношење мериторне одлуке.

Ако се по истеку једногодишњег рока нико не пријави на оглас, нити се на неки други начин сазнају нове чињенице релевантне за расправљање заоставштине, оставински суд, односно јавни бележник којем је поверено да спроведе оставинску расправу доноси оставинско решење на основу података којима располаже.¹⁶ У пракси ће то значити

14 Г. Станковић, М. Трговчевић Прокић, 497.

15 *Ibid.*

16 Вид. Закон о ванпарничном поступку, чл. 116 ст. 4.

да ће расправити заоставштину као да не постоје лица ради којих је донео решење о позивању потенцијалних наследника огласом. У горе наведеном примеру, оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу утврдио би да оставиочева сестра нема потомства и донео би решење којим за наследнике оглашава потомке оставиочевог брата.

Иако је у оставинском поступку постојала *non liquet* ситуација, тј. иако није довољно разјашњено ко су сви потенцијални оставиочеви наследници, непријављивање на оглас у законом предвиђеном року ствара претпоставку да не постоје други претенденти на наслеђе сем оних чије је постојање утврђено у поступку. Та претпоставка је оборива. Ако би се у наведеном примеру појавили потомци оставиочеве сестре, они би имали две могућности да остваре своје право на наслеђе. Прва могућност је да уложе жалбу против оставинског решења због погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања.¹⁷ Али, то је могуће само док оставинско решење не постане правноснажно, тј. док не истекне рок за жалбу. Након правноснажности оставинског решења, потомак оставиочеве сестре може против лица која су оставинским решењем оглашена за наследнике да подигне наследноправни захтев, јер, с обзиром на то да није учествовао у оставинском поступку, он није везан правноснажним оставинским решењем.¹⁸ Наследноправни захтев је кондемпнаторна тужба којом тужилац (прави наследник), на основу бољег или истоветног наследноправног положаја, тражи од туженог (привидни наследник или делимично привидни наследник) уступање целокупне заоставштине или њеног аликвотног дела.¹⁹ Наследноправни захтев у српском праву не застарева,²⁰ али то не значи да је успех тужиоца загарантован. Наиме, привидни наследник може ставити приговор да је покретне и непокретне ствари из заоставштине стекао одржајем, тако да ако прави наследник подигне наследноправни захтев након двадесет година од доношења оставинског решења, велика је вероватноћа да ће тај тужбени захтев бити одбијен.²¹

17 О жалби као редовном леку у оставинском поступку вид., уместо свих, са упућивањима: Д. Ђурђевић, 315 и даље.

18 О границама правноснажности оставинског решења, вид., уместо свих, са упућивањима: *Ibid.*, 313 и даље.

19 Вид. Helmut Koziol, Rudolf Welsler, *Bürgerliches Recht, Band II – Schuldrecht, Erbrecht*, Wien, 2007, 582.

20 Вид. Закон о наслеђивању, чл. 221.

21 Вид., уместо свих: О. Антић, З. Балиновац, 585 и даље.

III Позивање наследника огласом у случају када суд не зна да ли постоје наследници

У животу је могуће да иза оставиоца не остане нико ко би могао или хтео да га наследи. С тим у вези треба разликовати две ситуације. Прва ситуација постоји онда када оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставински поступак утврди да иза оставиоца није остао ниједан законски или тестаментарни наследник који би могао или хтео да га наследи. На пример, у поступку за расправљање заоставштине је утврђено да је оставиља удовица без потомака, да су њени родитељи, дедови и бабе умрли пре ње, као и да оставиља и њени родитељи никада нису имали браће нити сестара. Ако је при томе утврђено да је оставиља била неписмена, те да није могла да сачини ниједан приватни тестамент, а нико од надлежних ималаца јавних овлашћења (јавни бележници, основни судови) није пријавио чињеницу сачињавања тестаamenta, у наведеном примеру неспорно је да иза оставиље није остало ниједно лице из круга законских наследника, као и да нема тестаментарних наследника. У том случају, оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу доноси решење којим за наследника оглашава Републику Србију.²² При таквом сплету догађаја, Република Србија има наследноправни положај који се не разликује много од наследноправног положаја приватноправних субјеката који су оглашени за наследнике. Заправо, једина разлика огледа се у томе што Република Србија у таквој ситуацији није могла да се одрекне наследства.²³ Република Србија постаје наследник оставиоца у моменту његове смрти, па самим тим на њу од тог момента прелазе сва права и обавезе из оставинске масе. Другим речима, Република Србија постаје неограничени ималац свих права и обавеза из оставинске масе. То, наравно, не искључује могућност да ако се појави наследник, за којег се није знало у моменту вођења оставинске расправе, он против државе подигне наследноправни захтев по општим наследноправним правилима и исходује предају оставинске масе на основу јачег наследног права.

Ситуација је другачија када постојање наследника представља *non liquet* ситуацију, тј. када оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу не може да утврди нити да постоје нити да не постоје потенцијални наследници. Реч је о ситуацијама у којима оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставинску расправу не добије никакве чињенице нити доказе на

22 Вид. Закон о наслеђивању, чл. 21 ст. 1.

23 Вид. Закон о наслеђивању, чл. 21 ст. 2.

основу којих би утврдио ко су наследници, односно на основу којих би са сигурношћу утврдио да иза оставиоца није остало ниједно лице које би могло и хтело да наследи.

У том случају се доноси решење о позивању наследника огласом.²⁴ Као и у претходној ситуацији, оглас се прибија на огласну таблу суда, објављује се у „Службеном гласнику Републике Србије“, а по потреби и на други начин. Законодавац предвиђа да се, ако има наговештаја да је пребивалиште или боравиште потенцијалног наследника у иностранству, оглас објави и у средствима информисања стране државе. Као и у претходној ситуацији, рок у којем потенцијални наследници могу да се пријаве на оглас износи годину дана. Даљи ток поступка зависи од тога шта се дешава по истеку једногодишњег рока за пријављивање потенцијалног наследника.

Законодавац прописује да „кад се по истеку рока од једне године од најкасније објављеног огласа не пријави ниједан наследник, суд ће донети решење којим заоставштину предаје на уживање Републици Србији.“²⁵ Пре свега, наведена одредба са процесно-правног становишта није коректно формулисана. Ако би се наведено законско правило дословно тумачило, онда би из тога произашло да се решење којим се заоставштину предаје на уживање Републици Србији доноси онда када се ниједан од потенцијалних наследника у року не пријави на оглас. Такав закључак био би погрешан ако се има у виду истражни принцип, који доминира оставинским поступком. Претпоставка за доношење решења којим се заоставштину предаје на уживање Републици Србији није непријављивање потенцијалних наследника по истеку једногодишњег рока, већ опстанак *non liquet* ситуације у погледу постојања наследника по истеку тог рока. Другим речима, након истека једногодишњег рока могуће су три опције.

Прва је да оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинског поступка након истека једногодишњег рока, а на основу тога што се неко од потенцијалних наследника пријавио на оглас, на основу обавештења трећих лица или на било који други начин, стекне сазнања о томе ко су оставиочеви законски наследници. Тада ће донети решење којем за наследнике оглашава та лица.

Друга ситуација је да по истеку једногодишњег рока оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинског поступка сазнају за чињенице и доказе на основу којих на несумњив начин могу утврдити да иза оставиоца није остало ниједно лице које би могло и хтело да га наследи. Тада ће се донети решење којим се Република Србија оглашава за наследнике.

24 Вид. Закон о наслеђивању, чл. 208.

25 Вид. Закон о наслеђивању, чл. 209.

Трећа ситуација јесте она када и након истека једногодишњег рока оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинске расправе не може да утврди да ли иза оставиоца има или нема лица која би могла да га наследе. Тек тада је испуњена претпоставка из члана 209 става 1 Закона о наслеђивању да се донесе решење којим се заоставштина предаје на уживање Републици Србији. За примену члана 209 става 1 Закона о наслеђивању није релевантно то што се нико није пријавио на оглас, већ је меродавна околност то што је релевантна чињеница која се тиче постојања наследника и даље остала нерасветљена.

То можемо илустровати на конкретном примеру. Узмимо да се на оглас, који је, између осталог, објављен у немачким медијима, пријавио оставиочев брат од стрица који је дао негативну наследну изјаву и који је на рочишту за оставинску расправу изјавио да има сазнања да оставиочева мајка има две сестре у Немачкој, али да не зна ништа више о њима (ко су, где су и да ли имају потомства). У овом примеру, упркос томе што се потенцијални наследник пријавио на оглас и дао негативну наследну изјаву, релевантне чињенице везане за постојање наследника и даље су остале неутврђене, тако да ће по истеку једногодишњег рока морати да се донесе решење којим се заоставштина предаје на уживање Републици Србији.

Закон о наслеђивању у члану 209 ставу 2 предвиђа да Република Србија стиче својину на покретним стварима у року од три, а на непокретним стварима у року од десет година. Рок се не рачуна од момента када је надлежни правобранилац примио решење којим се заоставштина додељује на уживање Републици Србији, већ од тренутка оставиоачеве смрти.

IV Критике законског решења

Законском решењу, по којем се у ситуацији када по истеку једногодишњег рока за пријављивање наследника који су позвани огласом заоставштина додељује на уживање Републици Србији, која потом одржајем стиче својину на тој оставинској маси, могу се упутити озбиљне критике – како правно-политичке, тако и правно-догматске.

1. Правно-политички недостаци

Прво питање које се поставља када се анализирају законска правила српског права о позивању наследника огласом, тиче се прописивања посебног правног режима онда када се као потенцијални наследник појављује држава. Специфичност наследноправног положаја државе при-

ликом позивања наследника огласом најбоље се уочава када се упореде следеће две ситуације.

Прва ситуација јесте она када је једини учесник у оставинском поступку оставиочев брат од стрица, а оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинске расправе не може са сигурношћу да утврди да ли постоје још неки наследници. У тој ситуацији примењује се члан 117 став 5 Закона о ванпарничном поступку и доноси се решење о позивању потенцијалних наследника огласом. Ако по истеку једногодишњег рока суд и даље не може са сигурношћу да утврди да ли постоје или не постоје још неки наследници, он доноси оставинско решење и оставиочевог брата од стрица оглашава за наследника.

Друга ситуација постоји онда када је једини учесник у оставинском поступку Република Србија, при чему оставински суд, односно нотар којем је поверено спровођење оставинске расправе не може са сигурношћу да утврди да ли постоје још неки потенцијални законски или тестаментарни наследници. У тој ситуацији примењује се чл. 208 и 209 Закона о наслеђивању, који такође предвиђа доношење решења о позивању потенцијалних наследника огласом, али са једном битном разликом, која се огледа у томе што су сасвим другачије последице немогућности да се и након истека једногодишњег рока расветли питање да ли осим државе постоје још неки наследници. У тој ситуацији не доноси се решење којим се Република Србија оглашава за наследника, већ решење којим се заоставштина предаје на уживање Републици Србији, уз могућност да по истеку рокова за одржај држава постане неограничени ималац ствари и права из оставинске масе.

Наведено законско решење, којим се прописује посебан наследно-правни режим државе у случају позивања наследника огласом, уведено је у српски правни систем Законом о наслеђивању из 1995. године.²⁶ Редактори тог закона нису дали детаљно објашњење те законске новине, оставивши да се нагађа шта је законодавац желео том новином да постигне.²⁷

Приликом уређења наследноправног положаја државе, српски законодавац се традиционално приклонио моделу по којем је држава последњи законски наследник.²⁸ Правила о наследноправном положају

26 Савезни Закон о наслеђивању из 1955. године није предвиђао посебан наследно-правни режим државе у случају позивања наследника огласом. Савезни Закон о наслеђивању, *Службени лист ФНРЈ*, бр 20/55, чл. 217.

27 У образложењу Главе пете (чл. 206–237) Предлога Закона о наслеђивању, који је Влада Републике Србије упутила Народној Скупштини 9. марта 1995. године (05 број: 011-590/98, 56), стоји да у том делу Закона нема битнијих измена у односу на Закон о наслеђивању из 1974. године.

28 Ближе о томе вид. Оливер Антић, „Држава као наследник“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–3/1991, 24 и даље.

државе настала су као компромис између приватноправног карактера наслеђивања и функције реда коју треба да обезбеди наследно право.²⁹ Приватноправни карактер наслеђивања огледа се у томе што оно треба да очува приватну својину и имовину. Установа наслеђивања обезбеђује да приватна имовина коју је поседовало неко физичко лице након његове смрти и даље остане приватна имовина коју ће поседовати други приватноправни субјект. Законодавац је афирмисао приватноправни карактер наслеђивања тако што је дао оставиоцу могућност да путем тестаментa одреди своје наследнике, као и тиме што је предвидео широк круг законских наследника који се могу позвати на наслеђе ако оставилац није сачинио тестамент.³⁰ Међутим, ако иза оставиоца није остао ниједан законски или тестаментарни наследник који би могао и хтео да га наследи, функција реда и потреба да се обезбеди одређени поредак сукцесије налажу да се оставинска маса ипак додели некоме ко би обезбедио да се у правном промету уредно обављају сви послови поводом оставиоцеве имовине. Тај неко је држава. Сврставањем државе на место последњег законског наследника, законодавац је обезбедио да се очува континуитет свих грађанскоправних односа у којима се оставилац за живота налазио. Такво решење је и у интересу трећих лица – на пример, оставиоцевих поверилаца који могу од државе као наследника наплатити своја потраживања према оставиоцу.³¹ Потреба да се обезбеди правичан поредак сукцесије и функција реда налажали су да држава у начелу има исти наследноправни положај као и било који други законски наследник.³² Одступања од тог правила (на пример, немогућност државе да се одрекне законског наследног дела) последица су чињенице да је држава последњи законски наследник, иза којег не постоји нико ко би наследио уместо ње.³³

Остаје да се размотри који разлози су мотивисали српског законодавца да приликом позивања наследника огласом предвиди посебан правни режим за државу. Као *ratio legis* таквог решења могла би се истаћи тежња законодавца да афирмише приватноправни карактер наслеђивања. Ако је у недовољно разјашњеним околностима око постојања наследника претендент на наслеђе приватноправни субјект, оставински суд ће га огласити за наследника, али ако је претендент држава, правни поредак неће дозволити да оставинска маса одмах пређе у режим јавне својине,

29 Вид. уместо свих: Knut Werner Lange, *Erbrecht*, München, 2011, 204 и даље.

30 Вид. Carsten Thomas Ebenroth, *Erbrecht*, München, 1992, 25. Упор. Михаило Константиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982, 351 и даље.

31 Вид. Dirk Olzen, *Erbrecht*, Berlin, 2009, 72.

32 Вид. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2004, 211.

33 Вид. Winfried Schlüter, *Erbrecht*, München, 2000, 46–47.

већ ће сачекати да истекну рокови за одржај, чиме даје шансу непознатим наследницима да исходују предају заоставштине.

Али, то тако делује само на први поглед. Ако се наведена правила сагледају кроз призму њихове практичне примене, онда се долази до закључка да је тим правилима држава привилегована у односу на приватноправне субјекте.

Узмимо да по истеку једногодишњег рока, у којем потенцијални наследници треба да се пријаве на оглас, оставински суд донесе решење којем за наследника огласи неког оставиочевог сродника из круга законских наследника. Други законски наследник, који има јаче наследно право, а који се није пријавио на оглас и чије постојање оставински суд није утврдио, може да подигне наследноправни захтев против наследника који је оглашен оставинским решењем. Наследноправни захтев правог наследника остаће без успеха ако привидни наследник стекне својину одржајем.³⁴ Државина привидног наследника, који је својство наследника стекао на основу незаконитог оставинског решења, је незаконита, тако да он може да стиче својину само ванредним одржајем, који износи десет година за покретне и двадесет година за непокретне ствари.³⁵ Осим тога, привидни наследник се не сматра спиритуализованим држаоцем у смислу члана 73 Закона о основама својинскоправних односа, јер није наследник.³⁶ Због тога, рокови за ванредни одржај, када је у питању привидни наследник, не теку од момента оставиочеве смрти, већ од тренутка када је привидни наследник засновао ефективну фактичку власт на стварима из оставинске масе. Из изложеног се може извести следећи закључак: ако је заоставштина након позивања наследника огласом додељена приватноправном субјекту, прави наследник (који се није пријавио на оглас и чије постојање није утврђено у оставинском поступку) може са сигурношћу рачунати на то да ће повратити покретне и непокретне ствари из оставинске масе ако подигне наследноправни захтев у року од десет година од момента када је привидни наследник на тим стварима засновао ефективну фактичку власт.

Даље ћемо анализирати како ситуација стоји када је држави додељена заоставштина на уживање, зато што по истеку једногодишњег рока за пријављивање потенцијалних наследника на оглас оставински суд није утврдио да ли постоје или не постоје потенцијални наследници. Држава ће бити плодоуживалац на покретним стварима из оста-

34 Вид. О. Антић, З. Балиновац, 585 и даље.

35 Вид. О. Антић, З. Балиновац, 587.

36 Члан 73 Закона о основама својинскоправних односа предвиђа да „наследник (подвукао Д. Ђ.) постаје држалац у тренутку отварања наслеђа, без обзира на то када је стекао фактичку власт на ствари.“ Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени листник РС*, бр. 115/2005.

винске масе три године, а на непокретним стварима десет година, а по истеку тих рокова постаје сопственик. При томе, рокови за одржај се не рачунају од момента када је решење о предаји заоставштине на уживање Републици Србији постало правноснажно, већ од момента оставиочеве смрти. Када истекне десет година од оставиочеве смрти, држава има могућност да захтев правог наследника за предају оставинске масе одбије перемторним приговором *exceptio posterioris dominii*.

Када ствари сагледамо из ове визуре, онда се као недвосмислен намеће закључак да је, у ситуацији када стиче заоставштину након неуспешног позивања потенцијалних наследника огласом, држава привилегована у односу на остале наследнике. Ако је законодавац тежио да прописивањем посебног наследноправног режима за државу када се наследници позивају огласом афирмише приватноправни карактер наслеђивања и да пружи још једну шансу да се нађу прави наследници који би спречили прелазак оставинске масе у режим јавне својине, он је то нормирао на начин који је постигао супротан ефекат. Привилеговао је државу као наследника и олакшао је прелазак оставинске масе из режима приватне у режим јавне својине.

Остаје да се размотри како то све изгледа са аспекта отуђења ствари и права из заоставштине трећим лицима. Када приватноправни субјект постане привидни наследник, услед тога што у поступку за расправљање заоставштине након истека једногодишњег рока није утврђено постојање правог наследника, тај привидни наследник може да отуђује ствари и права из оставинске масе јер поседује оставинско решење, које, иако незаконито, њему омогућује да се у правном промету легитимише као сопственик. Сингуларни сукцесори привидног наследника, према становишту српског права, не стичу својину, већ треба да сачекају истек рокова за одржај.³⁷ Не постоји препрека да државина сингуларних сукцесора привидног наследника буде законита, тако да они могу стећи својину истеком рокова за редовни одржај. Држава као плодуживалац не може да отуђује ствари из заоставштине трећим лицима.

Тако посматрано, чини се да је са аспекта отуђења ствари из оставинске масе трећим лицима положај привидног наследника бољи када је заоставштину предата на уживање Републици Србији. Али, ако се има у виду да Република Србија стиче својину истеком трогодишњег, односно десетогодишњег рока који се рачуна од момента оставиочеве смрти, а савесни, законити и невициозни сингуларни сукцесори привидног наследника треба да чекају да истекне трогодишњи, односно десетогодишњи рок од момента када су им ствари из оставинске масе

37 Ближе о томе вид. Дејан Ђурђевић, „Поуздање у тачност правноснажног оставинског решења“, *Идентификациони пројекат Србије – крилози пројекти 2019. године* (ур. Ивана Крстић, Вања Бајовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 137 и даље.

предате у државину, онда је то само још један аргумент у прилог становишту да је српски законодавац привилеговао државу у ситуацији када након истека рока за пријављивање наследника на оглас оставински суд, односно нотар којем је поверено да спроведе оставински поступак није успео да утврди да ли постоје или не постоје још неки наследници.

2. Правно-догматски недостаци

У случају да се по истеку једногодишњег рока за пријављивање потенцијалних наследника на оглас не може утврдити да ли постоје наследници, законодавац предвиђа да се заоставштина предаје на уживање Републици Србији. Плодоуживање је стварно право на туђој ствари (*iura in re aliena*).³⁸ Плодоуживалац има право да ствар држи, употребљава, да прибира натуралне и цивилне плодове које та ствар даје. Плодоуживање подразумева да постоји још неки правни субјект који има својину (*nuda proprietas*). Поставља се питање: када суд донесе решење којим предаје заоставштину на уживање Републици Србији – ко је сопственик? Ко има право својине на тим стварима? Ко има својство оставиоцевог универзалног сукцесора?

Неки од основних принципа на којима се заснива српско наследно право јесу обавезност универзалне сукцесије и *ex lege* наслеђивање.³⁹ Суштина тих принципа се огледа у томе што мора постојати макар једно лице које ће постати оставиоцев универзални сукцесор. На универзалног сукцесора заоставштина прелази као целина (*per universitatem*), тако да тај универзални сукцесор ступа у укупност свих права и обавеза оставиоца (*succedit in universum ius*) чиме се спречава да ствари из заоставштине остану без власника, да оставиочева потраживања остану без повериоца. Обавезношћу универзалне сукцесије обезбеђује се најважији правнополитички циљ наследног права – правни континуитет у оставиоцевим имовинским односима. Правило по којем држава наслеђује оставиоца као последњи законски наследник управо је и предвиђено да би се обезбедила универзална сукцесија. Прописујући правило из члана 209 Закона о наслеђивању законодавац је дерогирао једну од основних правнополитичких премиса на којој се заснива српско наследно право, као и правило о наследноправном положају државе.⁴⁰

38 Вид., уместо свих: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 2001, 216 и даље.

39 Вид., уместо свих, са упућивањима: Д. Ђурђевић (2015), 28 и даље.

40 Недоследност се види у Образложењу Предлога Закона о наслеђивању (Влада РС, 05 број: 011-590/98, 50–51), где стоји да законодавац инсистира на стриктном приватно-правном положају државе у области наследног права и да одређује државу као деривативног стицаоца заоставштине, да би се у наставку истакло да „Србија може бити уживалац с тенденцијом стицања наслеђа у својину, али оргинарним, а не деривативним путем.“

Осим тога, у српском праву важи начело наслеђивања по сили закона – у моменту оставиоачеве смрти заоставштина прелази на његовог наследника. Кад оставилац умре, истог момента његов претендент на наслеђе стиче својство наследника.⁴¹ На тај начин се обезбеђује потпуни континуитет у оставиоачевим правним односима, јер његова права и обавезе ни у једном тренутку не остају без титулара.⁴² Правило из члана 208 Закона о наслеђивању негира овај принцип. По том правилу, када се заоставштина додељује држави зато што суд и након позивања наследника огласом не може да утврди да ли постоје потенцијални наследници, док траје трогодишњи, односно десетогодишњи рок за одржај – заоставштина је без наследника, тј. без титулара.

Решење из члана 208 Закона о наслеђивању је правно-догматски недоследно и са становишта норми стварног права. Институт стицања својине одржајем има за циљ да омогући својинском држаоцу, чија је државина поседовала одређене квалитете (савесност и/или законитост и невициозност) да по истеку одређеног времена постане сопственик.⁴³ Нужна претпоставка за одржај је постојање савесне својинске државине. Својину одржајем може стећи само онај држалац који фактички врши право својине. Још је Српски грађански законик у § 927 предвиђао да се одржајем не може користити онај „који ствар не држи у своје име, нити са онаквим основом који би по закону довољан био за прибављање права; тако ствари заложене, узајмљене на оставу или на уживање дате, не прибављају се одржајем.“ То неспорно правило стварног права члан 208 Закона о наслеђивању брутално је погазио прописујући да држава као плодоуживалац заоставштине стиче својину истеком рокова за одржај.

V Закључак

Позивање наследника огласом представља компромис између истражног начела у оставинском поступку и тежње да се оставинска расправа оконча у разумном року. Ако оставински суд не може да утврди да ли уопште постоји неки приватноправни субјект који би могао и хтео да наследи, или ако сумња да поред приватноправног субјекта за којег зна постоје још неки који имају исто или јаче право на наслеђе, он ће позвати потенцијалне наследнике да се пријаве на оглас у року од годину дана. Последице немогућности да се расветли ко су све потенцијални наследници након истека једногодишњег рока за пријављивање на оглас у српском праву су различите, у зависности од тога да ли у таквој

41 О разлозима за увођење тог принципа у српско право вид. Михаило Константиновић, „Опште напомене уз Тезе за предпројект закона о наслеђивању“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982, 476 и даље.

42 Вид. уместо свих: Mathias Schmoeckel, *Erbrecht*, Baden-Baden, 2014, 32–34.

43 Вид. О. Станковић, М. Орлић, 84 и даље.

ситуацији заоставштину треба доделити приватноправном субјекту или држави. Приватноправног субјекта оставински суд оглашава за наследника, док држави предаје заоставштину на уживање, уз могућност да стекне својину на покретним и непокретним стварима из заоставштине истеком трогодишњег, односно десетогодишњег рока за одржај, који се рачуна од момента оставиочеве смрти.

Таквим решењем законодавац је вероватно желео да афирмише приватноправни карактер наслеђивања. Ако је у недовољно разјашњеним околностима око постојања наследника претендент на наслеђе приватноправни субјект, оставински суд ће га огласити за наследника, али ако је претендент држава, правни поредак неће дозволити да оставинска маса одмах пређе у режим јавне својине, већ ће сачекати да истекну рокови за одржај, чиме даје шансу непознатим наследницима да исходују предају заоставштине. Међутим, цео тај концепт законодавац је веома лоше разрадио, чиме је постигао управо супротан ефекат: привилеговао је државу као наследника и тиме олакшао прелазак оставинске масе из режима приватне у режим јавне својине, што је у супротности са принципом приватноправног карактера наслеђивања. Осим тога, правила о додељивању заоставштине на уживање Републици Србији су и правно-догматски мањкава, јер су у супротности како са принципом универзалне сукцесије и *ex lege* наслеђивања (у моменту оставиочеве смрти нико не постаје наследник, па самим тим ни сопственик ствари из заоставштине), тако и са општим стварноправним правилима о стицању својине одржајем (омогућује да субјект који држи ствар као плодоуживалац истеком одређених рокова постане сопственик).

Коришћена литература

- Антић Оливер, Балиновац Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996.
- Антић Оливер, „Држава као наследник“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–3/1991.
- Благојевић Борислав, *Наследно право СФРЈ*, Београд, 1964.
- Gavella Nikola, Belaj Vlado, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2014.
- Dika Mihajlo, „Ostavinski postupak“, *Novo nasljednopravno uređenje* (red. Mihajlo Dika), Zagreb, 2003.
- Ђурђевић Дејан, *Институције наследног права*, Београд, 2015.
- Ђурђевић Дејан, „Поуздање у тачност правноснажног оставинског решења“, *Идентификациони преобразај Србије – ирилози пројекти 2019. године* (ур. Ивана Крстић, Вања Бајовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

- Ebenroth Carsten Thomas, *Erbrecht*, München, 1992.
- Koziol Helmut, Welser Rudolf, *Bürgerliches Recht, Band II – Schuldrecht, Erbrecht*, Wien, 2007.
- Константиновић Михаило, „Опште напомене уз Тезе за предпројект закона о наслеђивању“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982.
- Константиновић Михаило, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982.
- Kreč Milan, Pavić Djuro, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Zagreb, 1964.
- Lange Knut Werner, *Erbrecht*, München, 2011.
- Olzen Dirk, *Erbrecht*, Berlin, 2009.
- Rebmann Kurt, Säcker Franz Jürgen, Rixecker Roland (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2004.
- Сворцан Слободан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац, 2004.
- Станковић Гордана, Трговчевић Прокић Милена, *Коментар Закона о ванбрачном наслеђивању*, Београд, 2015.
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сиварно право*, Београд, 2001.
- Schlüter Winfried, *Erbrecht*, München, 2000.
- Schmoeckel Mathias, *Erbrecht*, Baden-Baden, 2014.

Dejan B. ĐURĐEVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

PUBLIC INVITATION TO THE HEIRS IN PROBATE PROCEEDINGS AND THE STATE AS AN HEIR IN SERBIAN LAW

Summary

If it is unknown to the court whether the decedent has any heirs, or if the court suspects that the person who has a claim on the inheritance may not be the only or the closest relative of the decedent, the court shall publish a notice inviting people who have a claim on the inheritance to report to the court within one year from the publication of the notice. The public notice or invitation to

the possible unknown heirs represents a compromise between the investigative principle in the probate proceedings and the need to bring such proceedings to an end within reasonable time. Following the public invitation by the court, the consequences of failure to identify all possible remaining inheritors shall depend on the identity of the known heir(s). If the known heir is a private entity, the court will declare them as heir. But, if the sole inheritor is the State, it will only acquire the usufruct of the estate, not legal ownership, with the possibility of acquisition of a title or right to property by uninterrupted and undisputed possession for a prescribed term of three years for movables and ten years for real estate. These time limits run from the moment of the decedent's death.

After examining the practical consequences of these rules, the author concludes that, by prescribing a special regime of succession for the State as inheritor when the unknown heirs are invited by public notice, the legislator has put the State in a privileged legal position in comparison to private entities. The special regime facilitates the transition of the estate from private to public ownership, which is contrary to the principle of the private legal nature of succession. In addition, the rules for allocating inheritance to the State are legally and dogmatically deficient because they are contrary to the principle of universal succession and ex lege inheritance (since at the moment of the decedent's death no one becomes the heir and the legal owner of the estate) and with the general rules on the acquisition of property by acquisitive prescription (as the existing rules enable the usufructuary to become the owner after the passage of the prescribed time period).

Key words: *State as an Heir. – Unknown Heir. – Probate Proceedings. – Public Invitation to the Heirs.*

Датум пријема рада: 1. 12. 2020.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2020.

UDK: 347.447.63

CERIF: S130

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004025K

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

ОТЕЖАНО ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ

Сажетак

Предмет рад је разјашњење појма и правних последица отежане испуњења уговорне обавезе. Под отежаним испуњењем мисли се на испуњење које је услед промењених околности за дужника постојало теже него што се могло основано очекивати у часу када је пристиало да дујује – али није постојало немоуће. Обавезе не престају када њихово испуњење постане ванредно отежано. Међуостим, отежано испуњење уговорне обавезе може, под одређеним условима, да буде разлог за раскид уговора. У модерним европским правним системима чињеница отежане испуњења може да буде један од елемената за примену правила о раскиду или ревизији уговора због промењених околности. У раду се најпре излаже о томе на које све начине немоућности испуњења и отежано испуњење могу да утичу на уговорну обавезу и уговор као целину. Други део рада посвећен је условима за позивање на промењене околности у српском и уредном праву, те разграничењу отежане испуњења од различитих видова немоућности, као што су немоућности да се оствари сврха уговора и објективна, субјективна, практичка и економска немоућности испуњења уговорне обавезе. Отежано испуњење се најлакше разликује од круће схваћене објективне немоућности испуњења, а најтеже од

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

такозване практичке немоућности испуњења. Испуњење обавезе је практички немоуће ако би захтев да дужник испуни онако како је испрва уговорено био противан разуму, начелу савесности и поштења или схваћањима поштености и прометта.

Кључне речи: *Отежано испуњење. – Немоућности испуњења. – Раскид уговора. – Судска ревизија уговора. – Промењене околности.*

I Увод

Уговорне стране ступају у уговоре с трајним, периодичним или одложеним престацијама полазећи од претпоставке да ће за време трајања њиховог уговорног односа ствари остати онакве какве су биле у часу закључења. Међутим, околности под којима је уговор закључен могу ненадано да се промене, тако да једној страни постане претерано тешко или чак немоуће да испуни оно на шта се обавезала. Начело поуздања у уговор и потреба да се очува стабилност правног промета налажу да свака страна сноси ризик да током трајања уговорног односа испуњење њене обавезе постане теже него што се могло основано очекивати у часу закључења. Насупрот томе, начело савесности и поштења у извршавању обавеза налаже да се тада допусти правична измена или раскид уговора. Историјски посматрано, на пуноважне уговоре могла је да утиче једино немоућност испуњења, док отежано испуњење начелно није имало никакав посебан значај. Након велике економске кризе која је пратила Први светски рат, постепено је прихваћено да и отежано испуњење уговорне обавезе треба да има одређене правне последице.¹ Зато се у овом раду најпре разматра на које све начине *немоућности испуњења* и *отежано испуњење* могу да утичу на уговорну обавезу и уговор као целину. Други део рада посвећен је условима за позивање на промењене околности у српском и упоредном праву, а трећи разграничењу отежаног испуњења од различитих видова немоућности, као што су немоућност да се оствари сврха уговора и објективна, субјективна, практичка и економска немоућност испуњења уговорне обавезе.

1 О промењеним околностима у упоредној перспективи: Марија Караникић Мирић, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска јолићичка мисао*, бр. 3/2020, 295–325.

1. Престанак обавезе и престанак уговора

Испуњење је основни и најпожељнији начин престанка облигација: свака обавеза настаје да би престала испуњењем. То се не односи само на обавезе које настају вољно, односно из уговора и других правних послова,² него и на обавезе које потичу из чињенице проузроковања штете, правно неоснованог обogaђења, незваног вршења туђих послова, брака, сродства и других непословних извора. Када је извор обавезе правни посао, престанак правног посла доводи до гашења свих обавеза које из њега потичу. Насупрот томе, правни посао не престаје када се испуне све обавезе које из њега потичу, већ и тада опстаје као правна чињеница извршеног посла, односно као *iustus titulus*, правни наслов, основ или објашњење за новонасталу правну ситуацију.

Испуњењем обавезе онако како та обавеза гласи остварује се сврха њеног постојања. Међутим, поред испуњења постоје и други, споредни начини гашења обавеза. Неизвршена обавеза може да престане пребијањем или компензацијом, затим, отпуштањем дуга, преновом или новацијом, конфузијом или сједињењем, као и немогућношћу испуњења, протеком времена, отказом, те смрћу једне од страна у облигационом односу. Обавезе не престају *ошјежаним испуњењем*. Уговор, пак, може да престане из различитих разлога који су постојали још у часу његовог закључења, и тада говоримо о поништају, или из разлога који су се стекли након што је уговор закључен, и тада је реч о раскиду. Поред раскида и поништаја, одређене врсте уговора могу да престану и протеком времена или отказом. Разлог за престанак уговора може да буде и смрт физичког лица, односно престанак правног лица, ако је уговор био закључен с обзиром на лична својства уговорника који је умро, односно престао да постоји. *Ошјежано испуњење уговорне обавезе* може, под одређеним условима, да послужи као разлог за раскид уговора.

2. Поништај и раскид уговора

а) Поништај уговора

Када уговор престаје због нечега што је присутно *ab initio*, то јест од самог његовог закључења, онда се у српском правничком језику користи израз поништај, а не раскид. Уговор може да буде поништен

2 Законска правила о уговорима сходно се примењују на друге правне послове. 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. 25 ст. 3.

само из разлога који су предвиђени законом, и то под условом да је неки такав разлог постојао у часу када је уговор закључен. Познате су три такве могућности: уговор може да буде рушљив, то јест релативно ништав, затим апсолутно ништав, а по неким теоријским схватањима и непостојећи. Прво, суд може да изрекне поништај рушљивог уговора на захтев уговорне стране у чијем је интересу рушљивост прописана законом. У разлоге рушљивости у систему ЗОО убрајају се мане воље (битна заблуда, превара и претња) и прекомерно оштећење. Рушљив уговор производи пројектована правна дејства све док не буде био поништен, а разлози за његов поништај морају да постоје у тренутку закључења. Друго, суд може да утврди апсолутну ништавост уговора који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, укључујући зеленашке уговоре о којима постоје посебна законска правила. Такви уговори не производе правна дејства од самог почетка. Треће, у случајевима када нису испуњени елементарни услови за постизање сагласности изјављених правно-релевантних воља, суд може да утврди да уговор није ни настао. У систему ЗОО та могућност постоји, примера ради, у случају привидних уговора,³ затим неспоразума о природи уговора, основу или предмету обавезе,⁴ као и када је примењена физичка сила да би се уговорник приморао на закључење. У нашем облигационом праву непостојећи уговори се по правним последицама начелно изједначавају с апсолутно ништавим уговорима.⁵ Коначно, апсолутна ништавост једне уговорне одредбе не доводи до ништавости целог уговора, ако су у конкретном случају испуњени услови за примену правила о делимичној ништавости.⁶ Делимична ништавост је „локализована“ апсолутна ништавост која погађа једну уговорну одредбу, а не уговор у целини.

б) Раскид уговора

Када пуноважан уговор престаје из разлога који није постојао у време његовог закључења, онда се говори о раскиду, а не о поништају. Раскид уговора може да буде раскид по сили закона, споразумни раскид или једностранни раскид. Прво, у разлоге за престанак пуноважног уговора по сили закона убрајају се, примера ради, потпуна евикција,

3 ЗОО, чл. 66.

4 ЗОО, чл. 63.

5 Фине разлике ипак постоје. Рецимо, за разлику од ништавих уговора, непостојећи уговори не подлежу конверзији из чл. 106 ЗОО. Тако: Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и Ојшњи део грађанској права*, Београд, 2017, 468–469.

6 ЗОО, чл. 105.

протек рока за извршење обавезе из фиксног уговора,⁷ те немогућност испуњења уговорне обавезе за коју не одговара ниједна уговорна страна. Друго, уговорне стране могу новим уговором споразумно да раскину свој неизвршени уговор. И треће, ту је могућност једностраног раскида, који изјављује или захтева једна уговорна страна. У једностране раскиде уговора спадају раскид због неиспуњења и раскид због промењених околности. У нашем праву први је вансудски, а други судски.⁸

Правила о раскиду због неиспуњења примењују се и на неуредно, то јест манљиво, испуњење теретних уговора, као и у другим законом предвиђеним случајевима. У неуредна испуњења спадају испуњење с материјалним недостацима и делимична евикција. Као пример за „остале законом предвиђене случајеве“ може да се наведе одустанак потрошача од уговора који је закључен на нетрадиционалан начин, то јест на даљину или изван пословних просторија трговца.⁹ Право потрошача на одустанак везано је за преклузивни рок; потрошач не може унапред да се одрекне тог права и не мора да наведе никакав разлог за своје одустајање. Поред свега што је речено, уговорне стране могу, под одређеним условима, да нормирају раскид, односно да уговоре посебне раскидне разлоге или да искључе неке од законом предвиђених раскидних разлога.

7 За престанак уговора по сили закона није довољно то што су стране уговориле рок за испуњење уговорне обавезе, ако тај рок није битан елемент предметног уговора. Ако је уговорени рок за испуњење само споредни састојак тог уговора, а не његов битан елемент, онда се уговор не квалификује као фиксни и не може да престане пуким пропуштањем рока за испуњење. Тако: Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 1912/97 од 21. 3. 1997, нав. према: Здравко Петровић, Владимир Козар, *Меја збирка судске праксе из облигационог права*, Београд, 2009, 113–114. Видети и друге одлуке које то потврђују на стр. 112–116.

8 Раскид због промењених околности изриче се судском одлуком, која се доноси на захтев уговорне стране као парничне странке. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2013/2016 од 24. 11. 2016. Доступно у бази *ParagraphLex*. Раскидање уговора због промењених околности може се остварити само судским путем, и то пресудом, а не решењем. Уговор се раскида изреком пресуде којом се одлучује о праву на раскид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 5077/2003 од 31. 7. 2003, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 120–121.

9 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014, 6/2016 и 44/2018, чл. 28–29 и 33–37. О пореклу ових правила вид. Марија Караникић Мирић, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017, 570–588, а нарочито 580–582.

3. Немогућност испуњења и отежано испуњење обавезе

а) Почетна немогућности испуњења

Почетна или иницијална немогућност испуњења може да буде објективна или субјективна. Почетна *објективна* немогућност спречава да обавеза уопште настане. То су случајеви у којима је од самог почетка објективно немогуће да се обавеза изврши онако како гласи. Када изворно објективно немогућа обавеза потиче из неког уговора, онда њена немогућност повратно делује и на тај уговор. Прво, уговорна одредба којом је утаначена објективно немогућа обавеза санкционисана је апсолутном ништавошћу. И друго, ништавост те уговорне одредбе истовремено значи ништавост уговора као целине, изузев ако су у конкретном случају испуњени услови за примену правила о делимичној ништавости. Насупрот томе, почетна *субјективна* немогућност начелно не спречава да уговор настане, али по дефиницији доводи до неиспуњења уговорне обавезе, због чега друга уговорна страна може да раскине уговор једностраном изјавом воље. Почетна немогућност испуњења обавезе није предмет овога рада.

б) Накнадна немогућности испуњења

И накнадна, односно супсеквентна немогућност испуњења може да буде објективна или субјективна. Сматра се да је испуњење постало *субјективно* немогуће ако дужник више не може да изврши оно на шта се обавезао, мада би неко други на његовом месту могао. Обавезе не престају самим тим што су накнадно постале субјективно немогуће. Ни уговори не престају због накнадне субјективне немогућности испуњења уговорних обавеза. Међутим, накнадна субјективна немогућност испуњења уговорне обавезе по дефиницији доводи до неиспуњења, па друга страна може због тога једнострано да раскине уговор. Накнадна *објективна* немогућност испуњења спада у разлоге за престанак обавеза, независно од извора обавезе која престаје на тај начин.¹⁰ Реч је о објективној немогућности испуњења за коју дужник није одговоран, а која је погодила постојећу обавезу у периоду од њеног настанка до доспећа. Када је реч посебно о уговорним обавезама, њихова накнадна објективна немогућност може повратно да утиче на уговор као целину.¹¹

Накнадна немогућност испуњења уговорне обавезе може да фигурира само као раскидни разлог, а никако као разлог за поништај уговора. Судбина двострано-обавезног уговора из којег потиче обавеза

10 300, чл. 354.

11 300, чл. 137 и 138.

која је постала немогућа зависи од тога да ли је накнадна немогућност испуњења потпуна или делимична и да ли се може ставити на терет неке од уговорника. Уговор престаје *ipso lege* ако ниједна од уговорних страна није одговорна за накнадну објективну немогућност испуњења уговорне обавезе и под условом да је та немогућност *йоййуна*. У преосталим случајевима – када је дужник одговоран за немогућност испуњења, односно када је немогућност испуњења делимична – уговорни поверилац само може, под одређеним условима, да изјави раскид због неиспуњења. *Накнадна немоућности испуњења* је предмет овог рада само у мери која је неопходна за разјашњење појма отежаног испуњења уговорне обавезе.

в) *Отежано испуњење*

Под отежаним испуњењем уговорне обавезе мисли се на испуњење које је услед неких промењених околности за дужника постало теже него што се могло основано очекивати у часу закључења. Испуњење обавезе онако како је уговорено накнадно је отежано, али није постало немогуће. Немогућност испуњења одређене обавезе може да буде почетна, то јест иницијална, што значи да испуњење никада није било могуће, или пак накнадна, супсеквентна, то јест немогућност која се манифестовала тек пошто је обавеза настала. Насупрот томе, отежано испуњење је увек накнадно: оно се по дефиницији манифестује после закључења пуноважног уговора, и то због неке ненадане промене у околностима под којима, односно с обзиром на које је уговор закључен. Подразумева да се у периоду од закључења уговора до доспећа уговорне обавезе десило нешто због чега је испуњење те обавезе постало теже него што се могло основано очекивати у часу када је уговор закључен – али није постало немогуће. За разлику од немогућности испуњења, отежано испуњење не спада у разлоге због којих обавезе могу да престану – не сврстава се уз испуњење, отпуштање дуга, пребијање, новацију и остале начине гашења облигација.

Отежано испуњење уговорне обавезе може да буде само раскидни разлог; не може бити разлог за поништај. То је зато што испуњење по природи ствари може да постане отежано тек по закључењу уговора, и то у односу на оно што је било основано очекивано у време закључења. У српском праву чињеница отежаног испуњења може да буде један од елемената за примену правила о раскиду или ревизији уговора због промењених околности (клаузула *rebus sic stantibus*).

1) Дужникова погрешна представа о тежини испуњења

Наравно, постоји и та могућност да уговорни дужник у тренутку закључења уговора има погрешну представу о томе колико тешко ће му бити да испуни оно на шта се обавезује. У таквом случају испуњење није накнадно постало отежано због промене у околностима, него су дужникова сазнања о напорима на које се обавезује погрешна од самог почетка. Дужникова иницијална погрешна представа о томе на шта се тачно обавезује и, последично, његова погрешна представа о томе колико ће му бити тешко да изврши своју обавезу, не спречава настанак те обавезе, али под одређеним законским условима може да се квалификује као прекомерно оштећење или мана воље. Међутим, то није предмет овог рада.

II Промењене околности као узрок отежаног испуњења

1. Осврт на промењене околности у упоредном праву

Ниједан од великих грађанских законика који су донети у XIX веку изворно не познаје институт промењених околности. Међутим, за време њиховог важења, однос судова према тој идеји није свуда био исти.¹² У немачком праву правило о промењеним околностима кодификовано је тек 2002. године,¹³ а до тада се у судској пракси и правној доктрини заснивало на начелу добре вере, односно савесности и поштења (*Treu und Glauben*).¹⁴ У данашњем § 313 НГЗ позакоњен је концепт *Störung der Geschäftsgrundlage*, који су немачка правна теорија и судска пракса развијале у периоду после Првог светског рата, у условима економске кризе, несташице робе и растуће инфлације.¹⁵ По том правилу, измена уговора је основно правно средство у случају промењених околности,

12 О промењеним околностима у упоредној перспективи и о подели правних система на отворене и затворене, по томе да ли познају посебна правила о једностраној ревизији уговора због промењених околности, вид. М. Караникић Мирић (2020), 295–325.

13 Немачки Грађански законик из 1900. године (*Bürgerliches Gesetzbuch*; даље у фуснотама: НГЗ), доступно на адреси: gesetze-im-internet.de/bgb/index.html, 30. 7. 2020, § 313.

14 Filippo Ranieri, „Treu und Glauben“, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts – Band II* (Hrsg. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann), Tübingen, 2009, 1496–1501.

15 Вид. више у: Ewoud Hondius, Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, e-book, Cambridge, 2011, 87–88; Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien, 2009, 932; Reiner Schulze, „BGB § 313 Störung der Geschäftsgrundlage“, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), 6. Auflage, Baden-Baden, 2009, доступно на адреси: beck-online.beck.de, 30. 7. 2020, Rn. 1–26.

а раскид је допуштен само ако измена уговорне садржине није могућа, односно ако се од друге стране не може разумно очекивати да на њу пристане.

У француском праву значај промењених околности је традиционално био ограничен на управне уговоре, док се у општем уговорном праву инсистирало на принципу *pacta sunt servanda* и идеји о начелној непромењивости уговора.¹⁶ Установа промењених околности добила је место у француском Грађанском законнику тек 2016. године,¹⁷ у оквиру шире реформе француског облигационог права.¹⁸ Од тада је општим правилима допуштено да уговорни дужник самостално исходује судску измену уговорне садржине, под условом да је пре тога покушао да постигне споразум с другом страном да уговор раскину, измене његову садржину, или да од суда заједно затраже ревизију уговора. Први коментатори сматрају да су судови тако добили необично широка овлашћења по мерилима француског грађанског права и да је за другог уговорника створена велика правна несигурност.¹⁹

Аустријска правна теорија и судска пракса ослањају се на учење о отпадању основа правног посла (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) у случају да се околности битно промене током трајања уговорног односа, и то на начин који се није могао предвидети у време закључења. Овај институт се широко примењује у пракси аустријских судова, иако се не помиње у аустријском Грађанском законнику. Под основом правног посла мисли се на фундаментална заједничка очекивања уговорних страна из времена закључења, односно на претпоставке уговорних страна о одређеним околностима које су неопходне да би се остварила њихова сагласно изјављена воља. Погођена уговорна страна у начелу може да бира између раскида и измене уговора, али тај њен избор није сасвим слободан: измену уговора може да тражи само ако докаже да би стране

16 Врлета Круљ, *Промењене околности и уговорна одговорности (непојљности исцрпљена, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Београд, 1967, 24–35; Ђорђе Чобелић, *Промењене околности у привредном и грађанском праву (clausula rebus sic stantibus)*, Београд, 1972, 15–21.

17 Француски Грађански законик из 1804. године (*Code civil, Version consolidée au 14 février 2020*; даље у фуснотама: ФГЗ), доступно на адреси: legifrance.gouv.fr, 30. 7. 2020, чл. 1195.

18 О тој реформи вид. у: Philippe Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016; Thibault Douville (éd.), *La réforme du droit des contrats: Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016; Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäscher, Denis Mazeaud (éds.), *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, Paris, 2015.

19 Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations: Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2016, 559–560.

закључиле уговор измењене садржине да су у време закључења могле да предвиде наступање промењених околности. Хипотетичка намера уговорних страна је посебан услов за ревизију уговора, који се захтева по аналогји са заблудом.²⁰

Ако испуњење обавезе из уговора с трајним, периодичним или одложеним престацијама постане претерано тешко за једну страну због неког изванредног догађаја који је у време закључења уговора био непредвидљив, *италијанско* право предвиђа да дужник који је тиме погођен има право да захтева раскид, а друга страна може да захтева правичну измену уговора.²¹ Посебност италијанског права је законско правило о ревизији једнострано обавезног уговора због промењених околности.²² Дужник из таквог уговора може да тражи да му се смањи дугована престација, или да се измени начин њеног извршења да би се његова уговорна обавеза свела на правичну меру.²³

2. Промењене околности у српском уговорном праву²⁴

Установа промењених околности није постојала у српском Грађанском законнику (СГЗ) из 1844. године,²⁵ а домаћа правна теорија из времена његовог важења закључивала је да ако због промењених окол-

20 Е. Hondius, С. Grigoleit, 88 и даље; Helmut Koziol, Peter Bydliniski, Raimund Bollenberger, *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien, 2007, 880–884; Helmut Koziol, Rudolf Welsner, Andreas Kletecka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts I*, 14. Auflage, Wien, 2014, 179–185.

21 Италијански Грађански законик из 1942. године (*Il Codice Civile Italiano*; даље у фуснотама: ИГЗ), доступно на адреси: jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm, 30. 7. 2020, чл. 1467–1469; Васо Радмиловић (прев.), Радомир Ђуровић (предг.), *Италијански грађански законик, Књига IV: Облигације*, Београд, 1964.

22 ИГЗ, чл. 1468.

23 Е. Hondius, С. Grigoleit, 133–139.

24 У нашој литератури вид. на пример: Драган Павић, „Извршавање уговорних обавеза у условима промењених околности“, *Правни животи*, бр. 9–10/1993, 1195–1207; Марко Ђурђевић, „Члан 133. Претпоставке за раскидање“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић), Београд, 1995, 260–265; Даница Попов, „Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 80/1986, 67–80; Мирослав Лазић, „Развој клаузуле *rebus sic stantibus* с посебним освртом на француску доктрину“, *Две стогодишине јодина од доношења Француској грађанској законика: ујеницај Француској грађанској законика на српско право* (ур. Гордана Станковић), Ниш, 2005, 109–120; Атила Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2015, 197–214; Катарина Доловић Бојић, „Промењене околности у пракси домаћих судова“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 666–683; Želimir Šmalcelj, „Nekoliko problema klauzule ‘rebus sic stantibus’ u sudskoj praksi“, *Privreda i pravo*, бр. 11/1971, 20–27.

25 *Грађански законик за Краљевину Србију из 1844*, Београд, [1939] 1990.

ности постане неопходно да се неки уговори раскину или измене, то не може суд, него само законодавац.²⁶ Исто је било у другим законима који су важали на територији некадашње Југославије. Неки од њих садржавали су посебна правила о значају промењених околности за уговоре одређене врсте, рецимо за предуговор (§ 936 аустријског Грађанског законика)²⁷ или уговор о делу (члан 359 Општег имовинског законика за Црну Гору).²⁸ Правило о промењеним околностима први пут је кодификовано у Општим узансама из 1954. године;²⁹ нешто другачији режим био је предложен 1969. године Скицом за законик о облигацијама и уговорима,³⁰ а важећа општа правила о клаузули *rebus sic stantibus* налазе се у Закону о облигационим односима из 1978.³¹

а) Закон о облигационим односима (1978)³²

Да би се применила правила ЗОО о раскидању или измени уговора због промењених околности, потребно је да су за време трајања уговорног односа наступиле околности које погођена страна није била дужна да узме у обзир у време закључења, односно околности које није могла да избегне или савлада. Потребно је још да је погођеној страни због тога отежано испуњење уговорне обавезе, или да више не може да се оствари сврха уговора, а у сваком случају да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорника и да би по општем мишљењу било неправично да се одржи на снази такав какав јесте. Погођена уговорна страна може да се позове само на оне промењене околности које су наступиле пре истека рока одређеног за испуњење њене обавезе.³³ У

26 В. Круљ, 120–121.

27 Драгољуб Аранђеловић (прев.), *Аустријски грађански законик*, Београд, 1921.

28 *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, [1888] 1980.

29 Опште узансе за промет робом, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/1954. Решење из Општих узанси у основним цртама одговара правилима италијанског Грађанског законика. Silviја Petrić, „Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1/2007, 127.

30 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, [1969] 1996, чл. 103–104.

31 Детаљно о решењима из Општих узанси и Скице вид. у: М. Караникић Мирић (2020), 295–325.

32 ЗОО, чл. 133–136. ЗОО садржи и посебно правило да предуговор не обавезује на закључење главног уговора ако се после закључења предуговора околности толико промене да га стране не би закључиле да су такве околности постојале у време закључења (чл. 45).

33 На пример, када се купац непокретности позвао на избијање оружаних сукоба на територији некадашње СФРЈ као раскидни разлог, суд је утврдио да је у часу

теорији се још истиче да отежано испуњење или немогућност остварења сврхе уговора морају постојати у часу подношења тужбе. Није довољно, дакле, да су се услови за позивање на промењене околности стекли после закључења уговора а пре него што је погођена страна пала у доцњу; неопходно је да ти услови не отпадну до подношења тужбе.³⁴

Погођена страна може да захтева да се уговор раскине, што друга страна може да спречи ако понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.³⁵ При одлучивању о раскидању уговора, односно о његовој измени, суд се руководи начелима поштеност промета, водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна. Ако изрекне раскид уговора, суд ће на захтев друге стране обавезати страну која је тражила раскид да накнади другој страни правичан део штете коју трпи због тога. Уговорна страна којој је отежано испуњење обавезе не може самостално да исходује судску измену уговорне садржине: ревизија уговора је допуштена само на захтев или уз пристанак друге уговорне стране.³⁶

Законодавац је пропустио да међу условима за позивање на промењене околности изричито помене непредвидљивост околности које су наступиле после закључења уговора. Тај услов је изричито стајао у Скици, а у ЗОО је имплицитан. Наиме, наместо да се промењене околности нису

избијања оружаних сукоба купац већ био каснио с исплатом цене и да стога нема право на раскид. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 41/2001 од 14. 3. 2001. Доступно у бази *ParagrafLex*. Није допуштено ни позивање на немогућност испуњења услед више силе (увођење економских санкција), која је наступила након што је уговорни дужник пао у доцњу. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 106/94 од 22. 6. 1994, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 128–129. Судови такође сматрају да позивање на промењене околности није дозвољено ако су уговорне обавезе већ извршене. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 81/99 од 24. 3. 1999, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 122–123. На пример, губитак економског интереса за даљу сарадњу након што су стране извршиле уговор о заједничком улагању (изградиле су хладњачу, тако што је једна подигла зграду, а друга уградила компресор) не може бити разлог за раскид због промењених околности, јер су све уговорне обавезе већ испуњене. Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 9163/98 од 2. 6. 1999, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 123.

34 Радмила Ковачевић Куштримовић, „Клаузула *rebus sic stantibus* према Закону о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1979, 301.

35 Судови наглашавају да право на раскид уговора због промењених околности није условљено претходним подношењем захтева или предлога другој уговорној страни за измену уговора. Пресуда Врховног суда Србије, Гзз. 9/94 од 13. 4. 1994. Доступно у бази *ParagrafLex*.

36 Судови истичу да отежано испуњење не даје погођеној страни право да самостално одступи од онога што је уговорено, то јест да сама „ревидира“ садржину уговора. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2205/2013 од 16. 1. 2014. Доступно у бази *ParagrafLex*.

могле предвидети, законодавац је прописао да уговорна страна не може да се позива на промењене околности које је била дужна да узме у обзир у часу закључења, или је касније могла да их избегне или савлада. Међутим, то не значи да се по Закону више не тражи да промењене околности буду непредвидљиве: ни у систему ЗОО раскидање или ревизију пуноважног уговора не може да захтева страна која је у часу закључења могла да предвиди промену околности. Ако је уговорна страна у часу закључења уговора могла да предвиди наступање одређених промењених околности, онда је била дужна да те околности узме у обзир приликом закључења и не може их касније истицати као разлог за раскид или ревизију уговора. Остаје само да се види по ком мерилу се, *ex post facto*, процењује да ли је у време закључења уговора уговорна страна могла да предвиди нешто што се доцније заиста догодило.

Према објективном мерилу, предвидљива је свака промена у околностима коју је хипотетички разуман уговорни дужник могао да предвиди у часу закључења уговора. У тој конструкцији предвидљивост се разуме као објективно својство догађаја, и ако постоји макар један субјект који би на дужниковом месту могао да предвиди његово наступање, онда се мора узети да је тај догађај био предвидљив. Насупрот томе, у субјективној парадигми се не поставља питање да ли би ико на дужниковом месту могао да предвиди наступање промењених околности, него да ли је дужник, с обзиром на обим и природу својих уговорних обавеза, био дужан да предвиди такву промену. У тој конструкцији догађај је непредвидљив ако се може рећи да бежи разумном предвиђању, односно ако је нормално или разумно непредвидљив.³⁷ На то може да утиче и вероватноћа наступања неког догађаја. Некада је та вероватноћа толико мала, да се од разумног уговорника не може основано очекивати да о томе води рачуна.³⁸ Рецимо, за промењене околности које су саставни део нормалног пословног ризика може да се каже да су предвидљиве по природи ствари. Наши судови сматрају да нормалан ризик суше као природног феномена пада на закупца при закључењу уговора о закупу пољопривредног земљишта. Закупац је дужан да рачуна с тим ризиком и не може да захтева раскидање или ревизију уговора због тога што су му смањени приходи због суше.³⁹ Уговорна страна је дужна да узме у

37 В. Круљ, 35. Круљ наводи пример из старих француских уџбеника: превозник се обавезао да робу донесе у одређено време, али је на путу доживео удес без икакве своје кривице. Превозник би могао уз несразмерне трошкове да брзо претовари робу и стигне до одређеног места пре истека уговореног времена, али се од њега не може разумно очекивати да потроши неколико пута више него што нормално износи трошкови превоза да би стигао у договорено време.

38 Ивица Јанковец, „Дејство промењених околности на уговорне односе (покушај хармонизације права европских земаља)“, *Ревизија за европско право*, бр. 1/1999, 137.

39 Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж. 1478/95 од 31. 10. 1997, нав. према: Ђорђе Николић, *Практикум за облигационо право*, Београд, 2001, 78.

обзир све оно што је разумно предвидљиво, односно све што се налази у нормалној сфери њеног предвиђања, с обзиром на њену уговорну позицију. Уговорник не може да истиче као раскидни разлог догађај који је био разумно предвидљив у часу закључења, без обзира на то да ли је о њему заиста размишљао када је ступао у уговорни однос.

Према субјективном мерилу предвидљивост, дакле, зависи од дужниковог уговорног положаја, обима и природе његових обавеза, основаних очекивања у правном промету која су упућена таквом дужнику у часу закључења. Примера ради, у француском праву дужник традиционално може да се ослободи обавезе само ако је њено испуњење постало немогуће због више силе.⁴⁰ Суочени с потребама практичног живота, судови су почели да субјективизују појам више силе, односно да релативизују схватања о непромењивости, неотклоњивости и немогућности. У субјективној конструкцији виша сила није само препрека која се апсолутно није могла савладати, него и препрека коју дужник, с обзиром на обим и природу својих обавеза, није био дужан да савлада.⁴¹

Има и ставова да је непредвидљивост промењених околности превазиђена категорија коју је законодавац с правом изоставио, зато што у савременом друштву, уз модерне начине информисања, мало шта може да се означи као непредвидљиво: ни нови прописи, ни економске појаве данас начелно нису непредвидљиви. Потребне савременог друштва говоре у прилог томе да питање (не)предвидљивости треба оставити по страни и прописати да уговорник не може да се позове на оне промењене околности које би разуман и пажљив човек на његовом месту узео у обзир приликом закључења.⁴²

Наши судови понекад погрешно сматрају да се може проценити да ли је уговорник био дужан да узме у обзир неку околност, а да се пре тога не утврди да ли је та околност била предвидљива.⁴³ Тај став не образлажу и генерално пропуштају да размотре да ли страна може бити дужна да узме у обзир оно што се није могло знати, да ли је стандард предвидљивости субјективан или објективан, и томе слично. Међутим, много је више одлука у којима судови отворено разматрају питање предвидљивости да би утврдили шта је уговорна страна била дужна да

40 ФГЗ, чл. 1147 и 1148 (по старој нумерацији).

41 В. Круљ, 34.

42 Врлета Круљ, „Раскидање или измена уговора због промењених околности“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 403. Круљ нуди овај став у одбрану законског решења у Коментару ЗОО из 1983. У његовој монографији из 1967. нема тог одбацивања непредвидљивости.

43 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1810/98 од 22. 4. 1998, нав. према: Ђ. Николић, 2001, 75.

узме у обзир у време закључења.⁴⁴ На пример, наручилац специјалних уређаја не може да захтева раскид уговора у периоду од израде уређаја по његовом нацрту до испоруке, ако је у време закључења уговора могао да предвиди да ће наступити поремећаји на тржишту, који су потом онемогућили употребу ових уређаја.⁴⁵ Очекивани пад вредности новца у инфлаторним условима није околност због које се може захтевати раскид уговора.⁴⁶ Хиперинфлација може да буде разлог за позивање на промењене околности само ако није била очекивана у време закључења уговора, то јест ако се тада још није могла предвидети.⁴⁷

б) Закон о ојшијем уїравном иосїуїку (2016)

Управни уговор је постао законска категорија српског управног и уговорног права 2016. године, када је усвојен нови Закон о општем управном поступку.⁴⁸ Законска правила о управним уговорима нису бројна: законодавац је дефинисао управни уговор и посебно уредио раскид управног уговора због неиспуњења и раскидање или измену таквог уговора због промењених околности.⁴⁹

По посебним правилима о утицају отежаног испуњења на обавезе из управних уговора, ако после закључења управног уговора наступе околности које се нису могле предвидети у време када је уговор закључен, и ако услед тих нових околности испуњење уговорне обавезе постане битно отежано за једну од уговорних страна, страна којој је *биїно оїшежано испуњење* може да захтева да се управни уговор измени да би се прилагодио околностима које су се промениле. Накнадна немогућност остварења сврхе управног уговора није основ за позивање на промењене околности по правилима ЗОУП.

Управни уговор закључују орган и странка. Странка погођена промењеним околностима не може да захтева раскид управног уговора,

44 Одлука Врховног суда Србије, Рев. 623/97 од 10. 9. 1997, нав. према: Ђ. Николић, 2001, 75–76.

45 Одлука Врховног суда БиХ, Пж. 532/90 од 23. 4. 1991, *Билїен Врховної суда БиХ*, бр. 3/91.

46 Врховни суд Хрватске, Пж. 1700/88 од 9. 2. 1988, доступно на адреси: iusinfo.hr, 30. 7. 2020.

47 Решење Врховног суда Србије, Рев. 1619/96 од 29. 1. 1997, нав. према: Ђ. Николић, 2001, 76–77.

48 Закон о општем управном поступку – ЗОУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење. Више о управним уговорима: Марија Караникић Мирић, Tatjana Jevremović Petrović, „Administrative Contracts in Serbian Law – Specificities of the New Statutory Regime“, *Review of Central and East European Law*, Nr. 1/2020, 1–35.

49 ЗОУП, чл. 22–26.

него само да се уговор измени. Орган може решењем да одбије захтев странке да се измени садржина управног уговора ако утврди да нису испуњени законски услови за измену уговора,⁵⁰ или да би штета по јавни интерес у случају измене била већа од штете којој се странка излаже ако остане у неизмењеном уговору. Право на жалбу против тог решења није искључено.⁵¹ С друге стране, орган који је погођен промењеним околностима може од странке да захтева измену управног уговора, а ако странка одбије тај захтев, орган може да раскине уговор решењем. За измену управног уговора због промењених околности неопходно је, дакле, да странка и орган постигну сагласност. Измена управног уговора због промењених околности спроводи се новим управним уговором. Насупрот томе, раскид управног уговора због промењених околности спроводи се решењем органа коме је битно отежано испуњење, под условом да је претходно био предложио другој страни да се уговор измени да би се прилагодио промењеним околностима и да је друга страна тај предлог одбила.

III Отежано испуњење и сродни појмови

1. Отежано испуњење и немогућност да се оствари сврха уговора

Отежано испуњење подразумева да се у периоду од закључења уговора до доспећа уговорне обавезе десило нешто због чега је испуњење те обавезе постало теже него што се могло основано очекивати у време када је уговор закључен. У модерним европским правним системима чињеница *оштећеног испуњења* може да буде један од елемената за примену правила о раскиду или ревизији уговора због промењених околности.

На пример, у француском праву је потребно да због промењених околности, које се нису могле предвидети у време закључења уговора, испуњење уговорне обавезе постане „претерано тешко“ (*excessive-ment onéreuse*) за страну која није унапред прихватила тај ризик.⁵² У италијанском праву се тражи да је због неког изванредног и непредвидљивог догађаја за уговорну страну дугована престација постала „сувише тешка“ (*excessivamente onerosa*).⁵³ У Општим узансама постављен је

50 На пример, ако се промена околности могла предвидети у време закључења управног уговора, или ако је странци отежано испуњење уговорне обавезе, али не битно.

51 Решење којим је одбијен захтев странке којој је отежано испуњење да се уговор измени може да се побија из разлога наведених у чл. 158 ЗОУП.

52 ФГЗ, чл. 1195 (по новој нумерацији).

53 ИГЗ, чл. 1467.

услов да је због изванредног и непредвидљивог догађаја једној страни постало „претерано тешко“ да изврши уговорну обавезу или да би јој испуњење нанело „претерано велики губитак“.⁵⁴ У Скици се тражи да је испуњење обавезе постало „отежано“ због околности које се нису могле предвидети.⁵⁵

Реч „претерано“ изостављена је из Скице и ЗОО. У њима се помиње само отежано испуњење, а не претерано отежано испуњење. Међутим, то не значи да је допуштено да се уговор раскине или измени због незнатно отежаног испуњења.⁵⁶ И Скица и ЗОО јасно предвиђају да испуњење мора бити у тој мери отежано да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично да се одржи на снази такав какав јесте. Тог разјашњења нема у Општим узансама, али његов смисао треба препознати у речи „претерано“.

Правила ЗОО захтевају да је испуњење обавезе постало „отежано“ за једну уговорну страну, или да се више „не може остварити сврха уговора.“ Ови захтеви су постављени алтернативно, а правне последице су им исте.⁵⁷ Другим речима, закон дозвољава да разлог за раскид или ревизију буде немогућност остварења сврхе уговора због промењених околности – и онда када ниједној од уговорних страна није отежано испуњење. Скица не предвиђа изложену алтернативу, то јест могућност да се уговор раскине или измени када због промењених околности више „не може да се оствари сврха уговора“. То правило је могло доспети у југословенски ЗОО под утицајем аустријског и немачког учења о отпадању основа правног посла (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*),⁵⁸ о којем је већ било речи. Неки аутори сматрају да је на редакторе ЗОО овде још могла да утиче енглеска теорија о осујећењу уговора (*frustration of contract*).⁵⁹

У свега неколико речи, та енглеска доктрина односи се на два типа случајева у којима уговорни дужник није извршио своју обавезу из разлога који је био ван његове контроле: прво, ту спадају случајеви када испуњење уговорне обавезе накнадно постане немогуће или незаконито, и друго, случајеви када испуњење није ни немогуће, ни незаконито, али су се околности промениле тако да више не може да се оства-

54 Опште узансе за промет робом, узанса 55.

55 Скица, чл. 103.

56 Р. Ковачевић Куштримовић, 294.

57 ЗОО, чл. 133.

58 Н. Koziol, Р. Bydlinski, R. Bollenberger, 880.

59 S. Petrić, 129.

ри сврха уговора.⁶⁰ Уговор престаје чим наступе промењене околности које изазивају немогућност, незаконитост или осујећење; судска измена уговора није допуштена. Коначно, у енглеском праву уговор може да престане због осујећења сврхе само ако је у потпуности уништена комерцијална сврха његовог постојања, то јест ако уговор више нема никакав пословни смисао.⁶¹

У српском праву се не тражи да више не може да се оствари *никаква* сврха уговора, него да не може да се оствари она сврха због које је уговор закључен. То ће се десити, рецимо, ако купац набавља робу с намером да је извезе у одређену земљу и продавац зна за ту његову намеру, па после закључења уговора о продаји буде забрањен извоз у ту земљу, или када закупац изнајмљује одређене просторије да би у њима обављао неку делатност, што је закуподавцу познато, па обављање те делатности буде забрањено.⁶² Није битно то што би купац могао прибављену робу да прода у својој земљи, ни то што би закупац могао да обавља неку другу делатност у закупљеним просторијама. То што би уговор и даље могао да има *неку* комерцијалну сврху – не спречава његов раскид или измену када више не може да се оствари сврха због које је закључен.⁶³

Немогућност остварења сврхе уговора мора бити последица промењених околности да би суд могао да изрекне раскид или ревизију. Другим речима, сврха уговора мора да буде осујећена новим околности-

60 Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 11th edition, London, 2003, 866–925; Jack Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th edition, Oxford, 2002, 530–564; J. C. Smith, „Contract – Mistake, Frustration and Implied Terms“, *Law Quarterly Review*, Vol. 100, Nr. 3/1994, 400–419; Ewan McKendrick (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd edition, London, 2013, *passim*.

61 Тужилац је закупио брод да би с палубе посматрао окупљање флоте у мореузу Солент и смотру коју је требало да изврши нови краљ Едвард VII. Међутим, смотра флоте је отказана зато што се краљ разболео. Закупац брода је сматрао да је уговор изгубио сврху и затражио је повраћај новца. Суд је закључио да сврха уговора није осујећена: купац неће гледати краљевску смотру, али ће моћи да посматра редак догађај окупљања поморске флоте. Суд је утврдио да уговор није престао, јер није у потпуности изгубио своју комерцијалну сврху. *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* [1903] 2 KB 683, доступно на адреси: uk.practicallaw.thomsonreuters.com, 30. 7. 2020.

62 М. Ђурђевић, 264.

63 Инвеститор је прибавио право трајног коришћења тавана ради претварања у стамбени простор. Друга страна је знала за сврху зарад које инвеститор закључује тај уговор. Договорено је и да ће инвеститору уговор служити као основ да тражи дозволу за извођење планираних радова. Пошто није добио ту дозволу, инвеститор је захтевао раскид уговора због промењених околности, услед којих не може да се оствари сврха уговора. Судови су пресудили у његову корист. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2674/2005 од 7. 12. 2005. Доступно у бази *ParagrafLex*. Није разматрано да ли се у овом случају радило о правним недостацима продате и предате ствари; уговор је судски раскинут након што је у потпуности извршен.

ма које су наступиле после закључења, под условом да погођена страна није била дужна да с њима рачуна у време закључења, а касније није могла да их избегне или савлада.⁶⁴ На пример, немогућност да се оствари сврха уговора може да наступи и из неких разлога који су психолошке природе. Међутим, погођена страна може да захтева раскидање или измену уговора само ако су њене психичке потешкоће настале након што је уговор закључен. Ако су постојале пре закључења, уговорна страна је била дужна да их узме у обзир. У једном случају студент је захтевао раскид уговора закљученог 1988. године и повраћај школарине коју је био уплатио загребачком Медицинском факултету. Као разлог је навео своју претерану емоционалну осетљивост на промену средине, немогућност прилагођавања и недовољно познавање језика. Суд је одбио његов захтев, зато што је све наведене особине студент имао и пре доласка на студије, није их накнадно стекао, и зато је био дужан да их узме у обзир приликом закључења.⁶⁵

2. Отежано испуњење и немогућност испуњења

Разлика између отежаног испуњења и накнадне немогућности испуњења је наизглед очигледна. Отежано испуњење значи да дужник још увек може да изврши оно на шта се обавезао, али су му за то сада потребни појачани напори, који могу да буду физички, организациони, финансијски, по некима чак психички,⁶⁶ у мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично да остане на снази без измена. Насупрот томе, немогућност испуњења значи да обавеза више не може да се испуни онако како је уговорено и да не постоје никакви појачани напори који би то могли да промене. Правила о раскидању или измени уговора због промењених околности не могу да се примене ако је испуњење уговорне обавезе постало немогуће, већ само ако је постало отежано. Зато је важно да се те две ситуације што јасније разграниче.

64 Између општине и организатора културних дешавања постојао је кровни уговор на неодређено време. Уговорне стране су на основу тог уговора сарађивале шест година. Међутим, када је законом прописано да се финансирање пројеката у култури спроводи на основу јавног конкурса за сваку буџетску годину, више није могла да се оствари сврха кровног уговора. Судови су то прихватили као раскидни разлог. Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 164/2016 од 29. 11. 2017. Доступно у бази *ParagrafLex*.

65 Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2084/91 од 12. 12. 1991.

66 Стојан Цигој, „Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете“, *Уговори у међународној шпрџовини I* (ур. Предраг Шулејић), Београд, 1987, 28.

а) Виша сила

Немогућност испуњења не треба мешати с вишом силом:⁶⁷ виша сила је само један од потенцијалних узрока немогућности испуњења.⁶⁸ Штавише, и немогућност испуњења и отежано испуњење могу бити последица више силе. Међутим, узрок може да им буде и нешто друго: рецимо, сама уговорна страна може да изазове немогућност испуњења или отежано испуњење сопствене обавезе или обавезе свога саговорника.

У једном спору из уговора о продаји стана у изградњи,⁶⁹ закљученог непосредно пре почетка рата на територији Босне и Херцеговине, суд је разматрао да ли је, *услед рата као више силе*, обавеза продавца да оконча градњу стамбене зграде и купцу преда у стан својину постала *немогућа* или *само отежана*. Ако је обавеза накнадно објективно немогућа, уговор престаје по сили закона због немогућности испуњења за коју не одговара ниједна уговорна страна.⁷⁰ Обавеза је објективно немогућа, сматрао је суд, ако не може да се изврши ни улагањем крајњих напора. То би било, рецимо, ако је градња накнадно забрањена, или ако је започета зграда потпуно порушена у ратним дејствима. Суд је нагласио да би по последицама требало изједначити објективну и практичку немогућност. Потоња подразумева да дужник може да испуни обавезу, али само ако уложи несразмерно велике додатне напоре и средства која вишеструко прелазе вредност чинидбе на коју се обавезао. Међутим, суд је сматрао да у датом случају није наступила ни објективна, ни практичка немогућност испуњења, него отежано испуњење из члана 133 ЗОО. Изградња је заустављена током ратних дејстава, али је настављена по окончању рата, што значи да је испуњење и даље могуће, само што сада захтева нешто веће напоре него што је дужник испрва рачунао.

67 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 55. О вишој сили детаљно: Тодор Ачански, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Слободан Перовић, Обрен Станковић, Мирослав Трајковић), Београд, 1978, 730–743.

68 У једном случају роба је отпремљена у уговореном року, али због ратне ситуације и блокаде границе није стигла на градилиште у Ираку. Суд је сматрао да је испуњење постало немогуће због више силе и да је зато уговор престао по сили закона. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 118/94 од 22. 6. 1994, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 128.

69 Одлука Врховног суда ФБиХ, Пж. 127/97 од 30. 9. 1997, *Билтен Врховној суда ФБиХ*, бр. 2/1997.

70 ЗОО, чл. 137.

б) *Објективна немогућности испуњења*

Када испуњење обавезе постане немогуће, поверилац не може имати никакве користи од тога што ће дужник предузети обећану радњу.⁷¹ Дужников напор у том смеру по дефиницији је узалудан. На супрот томе, отежано испуњење значи да обавеза и даље може да се испуни, али по цену изванредних дужникових напора, што нужно доводи до несразмере у вредностима узајамних давања.⁷²

Отежано испуњење се најлакше разликује од круто схваћене објективне немогућности. Испуњење обавезе је објективно немогуће ако нико други на дужниковом месту не би могао да изврши обавезу онако како гласи. Објективна немогућност је својство обавезе које не зависи од идентитета дужника: испуњење је објективно немогуће ако је немогуће без обзира на то ко дугује. Као пример се обично наводи пропаст индивидуално одређене ствари пре него што је предата прибавиоцу,⁷³ или потпуна забрана обављања одређене делатности.

Међутим, објективна немогућност не обухвата само случајеве апсолутне, правне или фактичке, немогућности, него и такозвану *прак-тичку немогућности*, која подразумева да дужник може да изврши оно на шта се обавезао, али уз такве додатне трошкове и напоре да се то од њега више не може основано очекивати. Испуњење уговорне обавезе постало је практички немогуће ако би захтев да дужник поступи онако како је испрва уговорено био противан разуму, начелу савесности и поштења или схватањима поштеног промета.⁷⁴ Извршење обавезе је практички немогуће ако је скопчано с тако изузетним препрекама, тешкоћама и материјалним издацима да га по здравом разуму треба сматрати објективно немогућим.⁷⁵ Рецимо, испорука опреме за термоелектрану постала је практички немогућа када је потонуо брод којим је превожена. Дужник би можда и могао да извуче опрему с морског дна, али уз огромне додатне трошкове и напоре, који се од њега не могу разумно тражити по схватањима поштеног промета.⁷⁶

71 Мисли се на корист из уговора коју је поверилац могао основано да очекује.

72 У том смислу: Ђ. Чобељић, 94.

73 И. Јанковец (1993), 56. Уговорена је предаја сто хиљада литара јестивог уља, а када продавац дугује замењиву ствар, то што је нема код себе – не значи да не може да изврши уговорну обавезу. Врховни суд Србије, Прев. 87/94 од 29. 4. 1994. Исто важи за вештачко ђубриво. Врховни суд Србије, Прев. 121/94 од 25. 5. 1994, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 129.

74 Д. Павић (1995), 268.

75 В. Круљ (1967), 37.

76 Тај пример се налази у Д. Павић (1995), 268. Готово идентичан пример наводи В. Круљ (1967), 37.

Објективна *йравна* немогућност је последица забране и она је очигледно конвенционална. И објективна *фактичка* немогућност је често контекстна, то јест условљена степеном друштвеног, научног и технолошког развоја.⁷⁷ Међутим, *йрактичка* немогућност задира у нормативну сферу: уместо питања да ли је испуњење објективно немогуће, поставља се питање да ли је и даље у реду, да ли је основано, разумно и поштено да се од дужника тражи да изврши оно на шта се раније обавезао.

Практичка немогућност, дакле, подразумева да је постало неразумно, неосновано, по општем мишљењу бесмислено или противно схватањима поштењег промета, да се од уговорног дужника и даље захтева да изврши обавезу онако како је испрва уговорено. То може да буде ако обавеза више не може да се изврши без огромних напора и претераних трошкова, али и онда када испуњење више није могуће без угрожавања или повреде живота или здравља уговорне стране или неког трећег лица.

Разликовање отежаног испуњења од практичке немогућности испуњења јесте посао за судове. Квалификацијом чињеница у сваком појединачном случају и тумачењем законских одредаба о промењеним околностима и престанку уговора услед немогућности испуњења, судови одређују границе ових установа. Када одлучују да ли се одређени животни догађај квалификује као отежано испуњење или као практичка немогућност испуњења, судови прећутно узимају у обзир и правне последице тих квалификација, и према тим последицама покушавају да одмере правично решење за конкретан спор.

в) Субјективна немогућности испуњења

Отежано испуњење се разликује и од субјективне немогућности испуњења, то јест од накнадне дужничке немоћи. Испуњење је постало субјективно немогуће ако дужник више не може да изврши оно на шта се обавезао, мада би неко други на његовом месту могао. Правне последице субјективне и објективне немогућности испуњења међусобно се разликују у српском уговорном праву, али то овде није релевантно, јер се ни у једном од тих случајева не примењују правила о раскидању или измени уговора због промењених околности.⁷⁸

77 И. Јанковец (1993), 52.

78 Ако је уговор закључен с обзиром на дужникову личност, онда једино дужник може да испуни уговорну обавезу. У таквим случајевима обавеза се сматра испуњеном само ако је испуни уговорни дужник; личност на дужничкој страни није замењива, а субјективна немогућност се по правним последицама изједначава с објективном немогућношћу испуњења.

На овом месту је само важно да се и субјективна немогућност испуњења разграничи од отежаног испуњења: субјективна немогућност је ипак немогућност. Независно од тога да ли би неко други на дужничкој позицији могао да изврши уговорну обавезу, конкретан дужник то не може, и тада се сматра да је испуњење за њега постало немогуће, а не отежано. Тај дужник не може да се позове на промењене околности, али друга уговорна страна може да изјави раскид због неиспуњења и захтева накнаду штете по правилима о уговорној одговорности.⁷⁹

При отежаном испуњењу дужник и даље може да изврши оно на шта се обавезао, само што му је сада за то потребно улагање посебних напора и излагање додатним трошковима. У случају субјективне немогућности, дужник је немоћан да изврши оно што би неко други на његовом месту могао, и никакви дужникови посебни напори и додатни трошкови то не могу да промене.

и) Економска немогућност испуњења

Практичка немогућност испуњења подразумева да је постало неразумно, односно противно схватањима поштеног промета, да се од уговорног дужника захтева да изврши обавезу онако како је уговорено. Поставља се питање да ли тај појам треба да обухвати и случајеве економске немогућности, када би испуњење обавезе онако како је уговорено довело до дужниковог економског уништења. То питање је разматрано у немачкој правној теорији и судској пракси после Првог светског рата. У условима поратне економске кризе, наглог раста цена и високе стопе инфлације, извршавање обавеза које су уговорене под неким другачијим околностима постало је изузетно тешко за многе дужнике, захтевало је велике напоре у економском смислу, а неке од дужника би чак егзистенцијално упропастило.⁸⁰

Немачки судови су у том периоду прихватили приговоре егзистенцијалног уништења (*Einrede der Existenzvernichtung*), то јест претеће економске пропасти дужника примораног да изврши обавезу онако како је уговорено.⁸¹ Међутим, када би судови прихватили економску не-

79 Као пример наводи се субјективна немогућност продавца из пуноважног уговора о продаји туђе ствари да купцу преда ствар у својину. Стојан Цигој, „Ништавост уговора због предмета“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 166.

80 В. Круљ (1967), 39–40; И. Јанковец (1993), 65.

81 Рецимо, једини дистрибутер „Опела“ за југ Немачке закључио је велики број уговора са крајњим купцима по ценама из 1919. Цене аутомобила су потом вртоглаво расле. Када је доспела његова обавеза да испоручи возила, њихова тржишна цена је далеко премашивала цену из уговора. Суд је сматрао да начелно свака уго-

могућност као вид накнадне нескривљене немогућности испуњења, то би довело до престанка уговора по сили закона, што по правилу није био циљ уговорних страна. Концепт економске немогућности је убрзо напуштен, а теорија и судска пракса наставиле су да трагају за решењем које би омогућило да уговор опстане, уз измене којима би се успоставила нарушена сразмера у вредностима узајамних давања.⁸²

Немогућност испуњења у нашем праву обухвата и практичку немогућност испуњења о којој је било речи, али та практичка немогућност не може да се сведе на дужникове економске проблеме. Другим речима, не признаје се правни значај економској немогућности испуњења. Обавеза не може да престане само зато што је накнадно постала исувише тешка у економском смислу. Испуњење се не сматра немогућим само зато што је постало економски претешко, чак ни ако прети да егзистенцијално угрози дужника, односно да га онеспособи да издржава себе и оне које је дужан да издржава.

Ако током трајања уговорног односа испуњење обавезе постане превелико оптерећење за дужника у економском смислу, треба размотрити да ли су у конкретном случају испуњени услови за примену правила о раскиду или ревизији уговора због промењених околности.⁸³ Испуњење које прети да економски руинира уговорног дужника може, под одређеним условима, да се означи као *ошјежано*.⁸⁴ Не сматра се да је у таквим случајевима испуњење постало *немојуће*.

Шта онда бива с обавезом која већ у часу закључења уговора прети да егзистенцијално угрози дужника, односно с уговорном обавезом која је у овом смислу „економски немогућа“ од почетка? Наш закон о томе ћути. У случају такве, иницијалне економске немогућности може се размишљати о зеленашком уговору или прекомерном оштећењу или,

ворна страна треба да сноси свој ризик промене цена у периоду од закључења до испуњења. Међутим, прихватио је аргумент да је дистрибутер закључио велики број уговора, под условима који су се од тада драстично изменили, и да би га испорука свих тих возила по уговореној цени економски руинирала. Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Oxford, 2006, 327–328.

82 Окренуле су се доктрини о основу правног посла (*Geschäftsgrundlage*). B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, 327–328; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, 520–521.

83 И. Јанковец (1993), 66.

84 Суд неће допустити раскид уговора ако се дужникови економски проблеми не квалификују као „отежано испуњење“ из чл. 133 ЗОО. Дужникова тешка материјална ситуација није раскидни разлог по себи. Дужник не може да захтева раскид само зато што му је испуњење уговорне обавезе постало економски теже него што је испрва рачунао. Тако: Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 8504/98 од 13. 1. 1999, нав. према: З. Петровић, В. Козар, 126.

евентуално, о некој од мана воље, ако су за нешто од тога испуњени законски услови. Пука економска немогућност или изванредна економска отежаност испуњења која постоји у часу закључења уговора није релевантна по себи, ако истовремено нису испуњени услови за примену неког од поменутих института, који за последицу имају ништавост или рушљивост уговора.

IV Закључак

Под отежаним испуњењем уговорне обавезе мисли се на испуњење које је, услед неких промењених околности, за дужника постало теже него што се могло основано очекивати у часу када је уговор закључен – али није постало немогуће. Обавезе не престају отежаним испуњењем, али отежано испуњење *уговорне* обавезе може, под одређеним условима, да послужи као разлог за раскид уговора.

У модерним европским правним системима чињеница отежаног испуњења може да буде један од елемената за примену правила о раскидању или ревизији уговора због промењених околности. За то је у француском праву потребно да због промењених околности, које се нису дале предвидети у време закључења, испуњење уговорне обавезе постане „претерано тешко“ за уговорника који није унапред пристао на такав ризик. У италијанском праву се тражи да је због изванредног и непредвидљивог догађаја дугована престација постала „претерано тешка“ за уговорног дужника. У нашим Општим узансама постављен је услов да је због изванредног и непредвидљивог догађаја једној страни постало „претерано тешко“ да изврши уговорну обавезу или да би јој испуњење нанело „претерано велики губитак“. У Скици се тражи да је испуњење обавезе постало „отежано“ због околности које се нису могле предвидети. Правила ЗОО захтевају да је испуњење обавезе постало „отежано“ за једну страну, или да се више „не може остварити сврха уговора“. Ти захтеви су постављени алтернативно, а правне последице су им исте: ЗОО допушта да разлог за раскид или измену уговора буде немогућност остварења сврхе уговора – и онда када ниједној од уговорних страна није отежано испуњење. Друга законска опција (немогућност остварења сврхе) није предвиђена Скицом. Могла је доспети у југословенски ЗОО под утицајем немачког и аустријског учења о отпадању основа правног посла, мада неки кажу да је узор била и енглеска доктрина осујећења уговора.

Разлика између отежаног испуњења и немогућности испуњења је наизглед очигледна. *Оштежано испуњење* значи да дужник још увек може да изврши оно на шта се обавезао, али су му за то сада потребни појачани

напори, који могу да буду физички, организациони, финансијски, по неким чак психички, итд. Уговорни дужник би могао да испуни уговорну обавезу, али му је то постало толико тешко да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично да остане на снази неизмењен. Насупрот томе, *немогућности испуњења* значи да обавеза више не може да се испуни онако како је уговорено и да не постоје никакви појачани напори који би то могли да промене. Немогућност испуњења не треба мешати с вишом силом. Виша сила је само један од потенцијалних узрока немогућности испуњења. Штавише, и отежано испуњење и немогућност испуњења могу да буду последица више силе. Међутим, узрок може да им буде и нешто друго.

Испуњење обавезе је објективно немогуће ако нико други на дужниковом месту не би могао да изврши обавезу онако како гласи. *Објективна немогућност* је својство обавезе које не зависи од идентитета дужника. Међутим, објективна немогућност не обухвата само очигледне случајеве апсолутне немогућности, него и такозвану *практичку немогућност*, која подразумева да дужник може да изврши оно на шта се обавезао, али уз такве додатне трошкове и напоре да се то од њега више не може основано очекивати. Сматра се да је испуњење уговорне обавезе постало практички немогуће ако би захтев да дужник поступи онако како је испрва уговорено био противан разуму, начелу савесности и поштења или схватањима поштеног промета. Практичка немогућност задира у нормативну сферу: уместо питања да ли је испуњење објективно немогуће, поставља се питање да ли је основано, разумно и поштено да се од дужника тражи да изврши оно на шта се раније обавезао. Начело правне сигурности налаже да судови што јасније разлуче практичку немогућност испуњења од отежаног испуњења, јер су ти појмови блиски а последице су им битно различите.

Отежано испуњење се разликује и од *субјективне немогућности испуњења*, то јест од накнадне дужничке немоћи. Испуњење је постало субјективно немогуће ако дужник више не може да изврши оно на шта се обавезао, мада би неко други на његовом месту могао. Независно од тога да ли би неко други на дужничкој позицији могао да изврши уговорну обавезу, конкретан дужник то не може, и тада се сматра да је испуњење за њега постало немогуће, а не отежано. Тај дужник не може да се позове на промењене околности, а друга уговорна страна може да изјави раскид због неиспуњења и захтева накнаду штете по правилима о уговорној одговорности.

Ту је и питање да ли практичка немогућност испуњења треба да обухвати *економску немогућност*, то јест случајеве у којима би

испуњење обавезе онако како гласи довело до економског уништења уговорног дужника. Испуњење уговорне обавезе не квалификује се као немогуће самим тим што је економски претешко, чак ни ако прети да егзистенцијално угрози дужника, односно да га онеспособи да издржава себе и оне које је дужан да издржава. Обавеза не може да престане само због тога што је накнадно постала исувише тешка у економском смислу. Другим речима, пука економска немогућност не сматра се објективном немогућношћу због које би обавеза могла да престане по сили закона. Међутим, испуњење које прети да економски руинира уговорног дужника може, под одређеним условима, да се означи као *ошјежано*.

Коришћена литература

- Аранђеловић Драгољуб (прев.), *Аустријски грађански законик*, Београд, 1921.
- Ачански Тодор, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Слободан Перовић, Обрен Станковић, Мирослав Трајковић), Београд, 1978.
- Beatson Jack, *Anson's Law of Contract*, 28th edition, Oxford, 2002.
- Водинелић Владимир В., *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанској права*, Београд, 2017.
- Доловић Бојић Катарина, „Промењене околности у пракси домаћих судова“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018.
- Douville Thibault (éd.), *La réforme du droit des contrats: Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016.
- Дудаш Атила, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2015.
- Ђурђевић Марко, „Члан 133. Претпоставке за раскидање“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић), Београд, 1995.
- Zweigert Konrad, Kötz Hein, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993.
- Јанковец Ивица, „Дејство промењених околности на уговорне односе (покушај хармонизације права европских земаља)“, *Ревизија за европско право*, бр. 1/1999.

- Караникић Мирић Марија, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017.
- Караникић Мирић Марија, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска јолићичка мисао*, бр. 3/2020.
- Karanikić Mirić Marija, Jevremović Petrović Tatjana, „Administrative Contracts in Serbian Law – Specificities of the New Statutory Regime“, *Review of Central and East European Law*, Nr. 1/2020.
- Ковачевић Куштримовић Радмила, „Клаузула *rebus sic stantibus* према Закону о облигационим односима“, *Зборник радова Правној факултетима у Нишу*, 1979.
- Koziol Helmut, Bydlinksi Peter, Bollenberger Raimund, *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien, 2007.
- Koziol Helmut, Welsler Rudolf, Kletecka Andreas, *Grundriss des bürgerlichen Rechts I*, 14. Auflage, Wien, 2014.
- Константиновић Михаило, *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, [1969] 1996. (цитирано као Скица)
- Круљ Врлета, *Промењене околности и уговорна одговорности (немогућности испуњења, виша сила, клаузула rebus sic stantibus)*, Београд, 1967.
- Круљ Врлета, „Раскидање или измена уговора због промењених околности“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983.
- Лазић Мирослав, „Развој клаузуле *rebus sic stantibus* са посебним освртом на француску доктрину“, *Две стотине година од доношења Француској грађанској законика: утицај Француској грађанској законика на српско право* (ур. Гордана Станковић), Ниш, 2005.
- Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angus, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Oxford, 2006.
- McKendrick Ewan (ed.), *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd edition, London, 2013.
- Николић Ђорђе, *Практикум за облигационо право*, Београд, 2001.
- Павић Драган, „Извршавање уговорних обавеза у условима промењених околности“, *Правни животи*, бр. 9–10/1993.
- Павић Драган, „Члан 137. Немогућност испуњења за коју не одговара ниједна уговорна страна“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић), Београд, 1995.
- Petrić Silvija, „Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1/2007.

- Петровић Здравко, Козар Владимир, *Међа збирка судске праксе из облигационе права*, Београд, 2009.
- Попов Даница, „Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, бр. 80/1986.
- Радмиловић Васо (прев.), Ђуровић Радомир (предг.), *Италијански грађански законик, Књига IV: Облигације*, Београд, 1964.
- Ranieri Filippo, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien, 2009.
- Ranieri Filippo, „Treu und Glauben“, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. Band II* (Hrsg. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann), Tübingen, 2009.
- Simler Philippe, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016.
- Smith J. C., „Contract – Mistake, Frustration and Implied Terms“, *Law Quarterly Review*, Vol. 100, Nr. 3/1994.
- Schulze Reiner, „BGB § 313 Störung der Geschäftsgrundlage“, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Hrsg. Reiner Schulze et al.), 6. Auflage, Baden-Baden, 2009, доступно на адреси: beck-online.beck.de, 30. 7. 2020.
- Schulze Reiner, Wicker Guillaume, Mäsch Gerald, Mazeaud Denis (éds.), *La réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes*, Paris, 2015.
- Treitel Guenter, *The Law of Contract*, 11th edition, London, 2003.
- Fabre-Magnan Muriel, *Droit des obligations: Tome 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2016.
- Hondius Ewoud, Grigoleit Christoph (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, e-book, Cambridge, 2011.
- Цигој Стојан, „Ништавост уговора због предмета“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983.
- Цигој Стојан, „Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете“, *Уговори у међународној привреди I* (ур. Предраг Шулејић), Београд, 1987.
- Чобелић Ђорђе, *Промењене околности у привредном и грађанском праву (clausula rebus sic stantibus)*, Београд, 1972.
- Šmalcelj Želimir, „Nekoliko problema klauzule ‘rebus sic stantibus’ u sudskoj praksi“, *Privreda i pravo*, бр. 11/1971.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE SUBSEQUENT DIFFICULTY OF PERFORMANCE IN CONTRACT LAW

Summary

This paper purports to clarify the notion and the legal consequences of the subsequent difficulties in performance of a bilateral contract, which occur due to an unforeseeable change in circumstances under which the contract was concluded. A part of the paper deals with the conditions for invoking the change in circumstances pursuant to Serbian and comparative contract law. In addition, the paper attempts to distinguish subsequent difficulties in performance from the different types of impossibility, such as impossibility to fulfil the purpose of transaction, objective impossibility of performance, subjective impossibility of performance, practical impossibility, and economic impossibility. The difficulties in performance occur after conclusion of the contract and are assessed in relation to what the promisor knew, or was obliged to know at the time of conclusion. If a contract becomes excessively difficult to perform, but not impossible, the promisor would not be discharged on that account, but may be able to seek termination, or judicial adjustment of the contract. In contrast, the subsequent impossibility of performance may lead to contract termination, but cannot be the grounds for judicial adjustment of the contractual content. The subsequent difficulty in performance of a contract is not easily distinguished from the so-called practical impossibility. The performance is deemed to be practically impossible if it would be contrary to reason, good faith, or the principles of fair trade to require the debtor to perform as initially agreed.

Key words: *Difficulty of Performance. – Impossibility of Performance. – Termination of Contract. – Judicial Adjustment of Contract. – Change of Circumstances.*

Датум пријема рада: 14. 9. 2020.

Датум прихватања рада: 9. 10. 2020.

UDK: 343.359.2(497.11) ; 336.225.68(497.11)

CERIF: S141, S144, S149

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004055D

др Сузана ДИМИЋ*

доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

др Ванда БОЖИЋ**

доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду

ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА КАО ВОДЕЋИ ОБЛИК ПРИВРЕДНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Сажетак

Финансирање вишњалних инџереса друшћивене заједнице ојравдава њореско захваћање, али ња њорески обвезници збој смањења своје економске снаје доживљавају као њерети. Услед њоја, њрибећавају различитим модалићетима њонашања – од њромене својих економских одлука, које се њућем њржичној механизма шире на њривреду, до разних облика њројивћравној њонашања. Акћивностии којима њорески обвезници свесно и намерно крше њореске њројисе у циљу умањења или њојћуној неизвршења своје њореске обавезе инкриминисане су као њореска кривична дела. У раду је најрављена анализа њореских кривичних дела у односу на кривична дела њривредној криминалићетиа, ње је закључено да су њореска кривична дела водећи облик њривредној криминалићетиа. У

* Електронска адреса аутора: suzana.dimic@pr.ac.rs.

** Електронска адреса аутора: vanda.bozic@pravni-fakultet.info.

закључним разматрањима дајти су њредлози *de lege ferenda* за сузбијање њореској криминалијетј.

Кључне речи: Привредни криминалијетј. – Пореска кривична дела. – Пореска ујтаја. – Неујлаћивање њореза њо одбијку. – Порески криминалијетј. – Порески обвезник. – Порези.

I Увод

Од првих претеча, па до савремених пореских облика, опорезивање је увек представљало врло осетљиво питање посматрано са многих аспеката. Првобитно, као и дужи период, прикупљање пореза и осталих фискалних јавних прихода имало је само једну улогу, а то је обезбеђивање неопходних средстава за финансирање потреба држава. Неки од пореза, попут данашњег пореза на доходак физичких лица, имали су задатак да финансирају расходе настале вођењем ратова. Током времена, порези су се усталили, а поред фискалног циља преузели су и улогу инструмената за остваривање и неких других циљева, као што су економски, социјални, демографски и сл.

Постојање потребе живљења у друштвеној заједници оправдава обезбеђивање средстава за финансирање трошкова те заједнице пореским захватањем.¹ Али, услед тога што захвата део економске снаге, опорезивање се доживљава као терет. Због смањења расположивих доходака пореских обвезника долази до различитих модалитета њиховог понашања. Да би избегли или ублажили смањење својих расположивих доходака, они прибегавају различитим начинима умањења своје пореске обавезе или потпуног елиминисања пореског терета. На пример, повећање пореских стопа може утицати на пореске обвезнике да промене своје пребивалиште, преселе седиште своје делатности у други град или у друге државе, познате као порески рајеви (у којима пореско оптерећење не постоји или је врло ниско за одређену врсту дохотка или делатности). Када порески обвезници користе законом допуштене могућности попут наведених, ради се о тзв. „легалној евазији“ (енг. *tax avoidance*), јер овде не долази до њиховог противправног понашања.

Поред тога, неки порески обвезници прибегавају таквим модалитетима понашања који нису непосредно кршење пореских прописа, али представљају злоупотребу права. Таква тзв. „неприхватљива легал-

1 Вид. више: Ванда Божић, Сузана Димић, „Порески обвезник у улози корисника пореских услуга као превенција пореског криминалитета“, *Услуге и њрава корисника* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2020, 595–610.

на пореска евазија“ постојаће, на пример, уколико порески обвезник настоји да вешто избегне плаћање пореза закључивањем симулованих правних послова. У ситуацији када се порески обвезник определи да свесним и намерним кршењем пореских прописа умањи или потпуно избегне испуњење своје пореске обавезе, постоји тзв. „нелегална пореска евазија“ (енг. *tax evasion*). Ради се о пореским деликтима који представљају најтеже облике противправног понашања пореских обвезника, који се у правном систему могу квалификовати као порески прекршаји, привредни преступи и пореска кривична дела. Линију разграничења између пореских прекршаја и пореске утаје, као најтежег пореског кривичног дела, представља висина неплаћеног пореза. У раду полазимо од две кључне хипотезе: прве – да су пореска кривична дела прописана Кривичним закоником најзаступљенија међу привредним кривичним делима, те друге – да је пореска утаја најучесталије пореско кривично дело прописано кривичним закоником.

Штетна последица пореске евазије се пре свега односи на финансијски ефекат, јер је државна благајна остала ускраћена за онај износ прихода који би био наплаћен да су се сви порески обвезници повиновали пореској обавези. Савремене државе предузимају низ мера за спречавање пореске евазије. У области превентивне политике, кроз бројне активности и мере утиче се на подстицање добровољног плаћања пореза, док се у случају противправног понашања пореских обвезника примењују репресивне мере, чија врста и висина зависе од тежине учињених пореских деликата.

II Реакције пореских обвезника на порески терет – разлог пореске евазије и пореских кривичних дела

Ефекти који се одражавају на економске одлуке физичких и правних лица представљају микроекономске ефекте. Услед пореског терета, физичко лице или лице које доноси пословне одлуке у правном лицу може се определити за предузимање таквих поступака којима ће смањити или потпуно избећи испуњење својих пореских обавеза, крећући се у оквирима закона. Тако, на пример, управо један од најчешће примењиваних пореских подстицаја за привлачење страног капитала су ниске пореске стопе за опорезивање добити корпорација. У савременим условима технолошког развоја и глобализацијске покретљивости капитала, сељење капитала у друге земље постало је уобичајена пословна пракса. Такође, бројне друге одлуке могу бити усмерене на смањење пореског терета привредних субјеката, а да при томе не доводе до кршења пореских прописа нити до злоупотребе права. Међутим, про-

блем у пракси представља разграничење тзв. допуштене од недопуштене легалне евазије, јер је тешко повући прецизну границу између вештог вођења послова и злоупотребе права у пореској материји. Уколико порески обвезник у свом пословању не тежи остваривању легитимних, комерцијалних циљева, него лукаво и вешто избегава плаћање пореза коришћењем одређених правних форми, закључивањем симулованих и дисимулованих правних послова – ради се о недозвољеном вршењу права.²

Један од микроекономских ефеката опорезивања представљају тзв. „ценовни ефекти“. Реакцијом пореског обвезника на околност умањења економске снаге, ако се нађе у ситуацији да порез мора да плати, покреће се поступак усклађивања на тржишту кроз промену цена производа (фактора производње) – терет плаћеног пореза се преваљује на друго лице. Путем ценовних ефеката врши се економска (фактичка) расподела пореског терета, која најчешће није истоветна са његовом законском расподелом.³ Преваљивање пореза одвија се кроз следеће фазе: перкусија, реперкусија (преваљивање у ужем смислу) и инцидентца. Прва фаза је перкусија, када је одређен порески обвезник, односно лице које је дужно да плати порез. У другој фази – реперкусији, то лице успева да порески терет превали на друго лице (на пример, повећањем цена својих производа). Инцидентца представља фазу у којој даље не постоји могућност за преваљивање пореског терета на друго лице, у ком случају ће то лице које није успело да даље превали терет на неко друго лице сносити порески терет (то је порески дестинатар). Код посредних пореза (као што су порез на додату вредност (ПДВ) и акцизе) постоји претпоставка да ће се терет опорезивања превалити на крајњег потрошача њиховим урачунавањем у цену производа и услуга. Када дође до инцидентце, и лице које је погођено инцидентцом дефинитивно сноси порески терет, делују ефекат дохотка и ефекат супституције. Један облик ових ефеката је ефекат дохотка, јер је опорезивањем дошло до смањења дохотка пореског обвезника. Ефекат супституције тако делује да порез утиче на релативне цене супститута, па се у зависности од тога порески обвезник опредељује између, на пример, радног напора и доколице, штедње и потрошње. Ефекат супституције подстиче запошљеног да мање ради, тј. да има више слободног времена, али се његова потрошња смањује. Доходовни ефекат подстиче га да више ради.⁴ Након инцидентце, настаје низ могућих радњи којима ће порески обвезници покушати да врате своје економске позиције пре опорезивања.

2 Милева Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Ниш, 2018, 163.

3 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Београд, 1997, 327.

4 Нав. према: Joseph E. Stiglitz, *Економска јавног сектора*, Београд, 2013, 131.

Привреда представља систем чији су делови међусобно повезани и узајамно зависни, те ће промене у једном делу привреде изазвати исте или сличне промене у другим деловима привреде. Раст цена средстава за производњу изазива раст цена производа и, ланчано, општи раст цена. Тако, инциденца доводи до серије ланчаних реакција у привреди, које представљају дифузију пореза.⁵

Приликом обликовања појединачних пореза, као и пореског система у целини, требало би водити рачуна о кључним принципима опорезивања, као што су економска ефикасност и правичност опорезивања. Од 80-их година XX века, пореске реформе имале су задатак унапређења економске ефикасности, те су промене у пореским системима текле у правцу проширења пореских основица и снижења пореских стопа. Међу теоретичарима и креаторима пореских политика преовлађује став да се мора водити рачуна о смањењу пореских дисторзија, јер оне могу бити препрека привредном расту. Прописивањем врсте и висине пореске стопе може се утицати на економско понашање пореских обвезника. Тако се порез може појавити као „клин“ између профитабилности неке активности пре опорезивања и прихода који се после опорезивања добија.⁶ Опорезивање производи ефекте на радне напоре у зависности од деловања ефекта дохотка и ефекта супституције, тако што ће се одлука реализовати као избор између два добра: веће потрошње добара и услуга или доколице (слободног времена). Доходовни ефекат подстиче запослено лице да више ради, док ефекат супституције подстиче на мањи рад, а на више слободног времена. Код прогресивних пореских стопа израженији су дестимулативни ефекти у односу на пропорционалне пореске стопе.⁷ Поменути реформама ишло се у правцу снижења пореских стопа, очекујући да ће се нижим пореским стопама повећати ефекат дохотка који подстиче појединце да више раде. Такође, позитивно или негативно дејство порез може имати у погледу опорезивања капитала. Уколико се након опорезивања смањила стопа приноса од капитала, такав порез ће деловати дестимулативно. Спроведене пореске реформе су биле подстакнуте потребом да се обезбеди конкурентније подстицајно пореско окружење.⁸

5 Горан Милошевић, Наташа Голубовић, „Пореска инциденца“, *Култура јолиса*, бр. 15/2011, 307–308.

6 OECD Tax Policy Studies, *Fundamental Reform of Personal Income Tax*, No. 13, 2006, доступно на адреси: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/fundamental-reform-of-personal-income-tax_9789264025783-en#page1, 20. 7. 2020, 36.

7 О неповољнијем утицају прогресивног од утицаја пропорционалног пореза на величину радног напора вид. детаљније: Д. Поповић, 190.

8 Jeffrey Owens, „Fundamental Tax Reform: An International Perspective“, *National Tax Journal*, Vol. 59, Nr. 1/2006, 131.

Посебан вид евазије у погледу најважнијих пореза (као што су: порез на додату вредност, акцизе, порез на зараде, доприноси за обавезно социјално осигурање и порез на добит) представља „сива економија“. Обављање привредних активности ван легалних токова представља проблем у погледу испуњавања пореских обавеза, али и у области запошљавања. Србија се суочава са великим обимом сиве економије,⁹ док велики проблем за запошљавање представља устаљена пракса да велики број лица ради непријављено (без плаћања пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање),¹⁰ или су пријављени, али легално примају само део плате, док остали део примају „на руке“. На одлуку да ли ће привредну активност обављати у легалним или ван легалних токова, као и да ли ће запошљавање радника учинити у формалном или неформалном сектору, утичу бројни други фактори, а не само висина пореског оптерећења.

За сузбијање сиве економије није довољно само доношење одговарајућих пореских прописа и прописа у области радних односа, него је потребна њихова доследна примена у пракси. За осетније смањење сиве економије, према поменутом истраживању, потребно је спровођење низа институционалних реформи којима би требало смањити релативну исплативост бављења сивом економијом и повећати спремност пореских обвезника на поштовање пореских прописа. Поред осталог, те реформе би требало да обухватају унапређење ефикасности Пореске управе, али и судског система, као и престанак праксе одобравања пореских амнестија.¹¹

Реакције пореских обвезника на порески терет могу бити такве да имају обележја пореских деликата. Наиме, да би избегли плаћање пореза неки порески обвезници прибегавају разним облицима противправног понашања, када долази до кршења пореских прописа. У лакшим случајевима повреде пореских прописа ради се о пореским прекршајима. За њих су прописане прекршајне казне и заштитне мере (на пример, одузимање дозволе за обављање делатности) које изричу и извршавају порески органи. Тежи облици кршења пореских прописа представљају

9 Обим сиве економије у Србији, према истраживању спроведеном у Србији за период од 2012. до 2017. године, знатно је већи од просека европских земаља (износи 30% БДП-а). Милојко Арсић, Саша Ранђеловић, Никола Алтипармаков, „Кретање сиве економије у Србији: 2012–2017.“, *Квартални мониторинг*, бр. 52/2018, 50.

10 Приликом исплате зараде запосленом лицу, исплатилац зараде је дужан да уз порез на зараду обрачуна и уплати и доприносе за обавезно социјално осигурање, који представљају посебну врсту јавних прихода којима се обезбеђују средства за финансирање обавезног социјалног осигурања.

11 М. Арсић, С. Ранђеловић, Н. Алтипармаков, 57.

пореска кривична дела, за која судови изричу казне затвора и новчане казне. У погледу њиховог нормирања, пракса савремених држава је различита. Углавном се прописују кривичним законодавством, мада се у појединим државама прописују пореским законодавством. Разликују се два начина дефинисања пореских кривичних дела. Први је општи начин, којим се обухвата шири спектар активности које имају карактер криминалних радњи чија је намера извршење пореске преваре. Други начин је када се законом детаљно утврђују пореска кривична дела са прописаним условима у погледу радње која чини кривично дело.¹²

III Пореска кривична дела у кривичном законодавству

Поред привредних преступа и прекршаја, као најтежи облици незаконитих радњи пореских обвезника – пореска кривична дела су инкриминисана Кривичним закоником¹³ и Законом о пореском поступку и пореској администрацији.¹⁴ Кривичним закоником прописана су као два главна пореска кривична дела:

- 1) пореска утаја (чл. 225);
- 2) неуплаћивање пореза по одбитку (чл. 226).

Законом о пореском поступку и пореској администрацији инкриминисана су као пореска кривична дела:

- 1) неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит (чл. 173а);
- 2) угрожавање наплате пореза и пореске контроле (чл. 175);
- 3) недозвољен промет акцизних производа (чл. 176);
- 4) недозвољено складиштење робе (чл. 176а).

Ваља се осврнути на одредбу члана 1 Кривичног законика, према којој „никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга

12 OECD, *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*, OECD Publishing, Paris, 2017, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/tax/crime/fighting-tax-crime-the-global-principles.htm>, 29. 9. 2020, 18.

13 Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

14 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 79/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2014, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018 и 86/2019, чл. 173, 175, 176 и 176а.

кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.“ Наиме, уколико пореско кривично дело није као такво прописано Кривичним закоником (*lex generalis*), не значи да кривично дело не постоји, већ да је прописано другим бланкетним прописом – Законом о пореском поступку и пореској администрацији (*lex specialis*).

„Не постоји основ за жалбу ни повреда кривичног поступка у случају када је лице осуђено због дела утаје пореза, иако у тренутку када је дело учињено исто није било предвиђено у Кривичном законнику, али јесте у другом посебном закону.“¹⁵

Законодавац је за свако кривично дело прописао врсту казне и њен распон од минимума до максимума, а суд је, с обзиром на то да је дужан судити по закону, дужан у поједином, *in concreto* предмету одмерити и изрећи казну у наведеним законским границама, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу на то да казна буде мања или већа (олакшавајуће и отежавајуће околности), а нарочито: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, а нарочито његов однос према жртви кривичног дела, као и друге околности које се односе на личност учиниоца.¹⁶ Законодавац је за пореска кривична дела обавезао суд да мора уз казну затвора изрећи и новчану казну, што говори у прилог томе да је мотив извршења пореских кривичних дела лукративне природе.¹⁷

Кривично дело пореске утаје је до новела Кривичног законика из 2016. године било прописано чланом 229 КЗ.¹⁸ Инкриминацијом кривичног дела пореске утаје, кривично дело *избеђавање плаћања пореза* из члана 172 Закона о пореском поступку и пореској администрацији је брисано.¹⁹ Фискални систем државе штити се прописивањем овог кривичног дела, али се штити и обавеза плаћања пореза, доприноса и дру-

15 Из решења Апелационог суда у Новом Саду, КЖ 1 89/2016 од 3. 2. 2016.

16 Кривични законик, чл. 54 ст. 1.

17 Вид. више: Мирко Кулић, Горан Милошевић, „Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011, 323.

18 Кривични законик из 2014. године, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

19 Више вид.: Никола Видовић, Хагица Бериша, Миленко Целетовић, „Економска анализа проблематике пореске евазије у Републици Србији“, *Војно дело*, бр. 2/2019, 254–264.

гих јавних давања.²⁰ „Власник и директор предузећа извршио је пореску утају јер је, у намери да избегне плаћање пореза на додату вредност, у пословној документацији исказао лажне податке везане за набавку добара са урачунатим порезом, те је на основу таквих података сачинио и предао Пореској управи пореску пријаву са умањеном пореском обавезом и тако неосновано искористио право на одбитак претходно плаћеног пореза и оштетио буџет Републике Србије.“²¹

Кривично дело пореске утаје је најучесталије пореско кривично дело. Учинилац овог кривичног дела поступа с директном намером (*dolus directus*) да он или неко друго лице потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, на начин да:

- даје лажне податке о стеченим приходима, предметима или другим чињеницама;
- не пријави стечени приход, односно предмете или друге чињенице;
- на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза.

Исто наводи у појашњењу и Врховни касациони суд:

„Кривично дело пореска утаја има три алтернативно прописане радње извршења, тако да иста може да се састоји у: давању лажних података о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама од значаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина; у непријављивању законито стечених прихода, односно предмета или других чињеница које су потребне за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина; као и у прикривању на неки други начин података који се односе на утврђивање наведених обавеза. Извршилац кривичног дела може бити свако лице које је порески обвезник.“²²

Три су облика кривичног дела пореске утаје – основни или темељни и два квалификована облика. Дистинкција између њих огледа се искључиво у висини утајеног пореза, што је и видљиво у табели под редним бројем један.

20 Берислав Павишић, Велинка Грозданић, Петар Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007, 636.

21 Из пресуде Врховног касационог суда, Кзз 628/2015 од 13. 8. 2015.

22 Из пресуде Врховног касационог суда, Кзз 158/2020 од 21. 5. 2020.

Табела бр. 1:
Облици кривичног дела *йореске утаје*

	ТЕМЕЉНИ ОБЛИК ПОРЕСКЕ УТАЈЕ	I КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК ПОРЕСКЕ УТАЈЕ	II КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК ПОРЕСКЕ УТАЈЕ
ВИСИНА УТАЈЕНОГ ПОРЕЗА	више од милион динара	више од пет милиона динара	више од петнаест милиона динара
КАЗНА	затвор 1–5 година + новчана казна	затвор 2–8 година + новчана казна	затвор 3–10 година + новчана казна

Уколико висина утајеног пореза прелази милион динара, радиће се о темељном облику кривичног дела пореске утаје, за који је прописана казна затвора од једне до пет година и новчана казна. Ваља напоменути да кривично дело пореске утаје не може представљати дело мањег значаја: „Дело које садржи битна обележја кривичног дела пореска утаја не може представљати дело малог значаја, јер је за ово кривично дело прописано обавезно кумулативно изрицање казне затвора и новчане казне.“²³

Ако висина утајеног пореза прелази износ од пет милиона динара, ради се о првом квалификованом облику пореске утаје, за који је законом предвиђена казна затвора од две до осам година и новчана казна. Други квалификовани облик пореске утаје је законом санкционисан казном затвора од три до десет година и новчаном казном у случају да је износ утајеног пореза, односно прибављене имовинске користи виши од петнаест милиона динара.

Неуилаћивање йореза йо одбитку из члана 226 КЗ је друго пореско кривично дело *delictum proprium* прописано Кривичним закоником. Може да га изврши одговорно лице у правном лицу и предузетник. За ово кривично дело потребно је такође да је учинилац поступао с директном намером (*dolus directus*). Радња кривичног дела односи се на:

- избегавање плаћања пореза по одбитку, доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку или других прописаних дажбина;
- неплаћање износа који је обрачунат на име пореза по одбитку, односно доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку;
- неплаћање других прописаних дажбина (*delicta commisiva*).

23 Из пресуде Врховног касационог суда, Кзз 1167/2014 од 2. 12. 2014.

За постојање кривичног дела ирелевантно је да ли се ради о целокупном или делимичном износу неуплаћеног пореза по одбитку. Законом су предвиђена три облика овог кривичног дела – темељни (основни) и два квалификована облика, што зависи од висине обрачунатог а неуплаћеног пореза, односно доприноса. Наведено је приказано у табели под редним бројем два.

Табела бр. 2:
Облици кривичног дела *неуплаћивање пореза по одбитку*

	ТЕМЕЉНИ ОБЛИК	I КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК	II КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК
ВИСИНА НЕУПЛАЋЕНОГ ПОРЕЗА	до милион и петсто хиљада динара	више од милион и петсто хиљада динара	више од седам милиона и петсто хиљада динара
КАЗНА	затвор до 3 године + новчана казна	затвор 6 месеци–5 година + новчана казна	затвор 1–10 година + новчана казна

Уколико је висина неуплаћеног пореза по одбитку до милион и петсто хиљада динара, радиће се о темељном облику кривичног дела *неуплаћивање пореза по одбитку*, за који је прописана казна затвора до три године и новчана казна. Ако висина неуплаћеног пореза по одбитку прелази износ од милион и петсто хиљада динара, ради се о првом квалификованом облику овог кривичног дела, за који је законом предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна. Други квалификовани облик наведеног кривичног дела је законом санкционисан казном затвора од једне до десет година и новчаном казном (у случају да је износ неуплаћеног пореза по одбитку виши од седам милиона и петсто хиљада динара).

IV Анализа судске праксе пореских кривичних дела у односу на остала дела привредног криминалитета

У наставку рада направили смо петогодишњу анализу (од 2015. до 2019. године) поднетих кривичних пријава и донетих осуђујућих пресуда за кривична дела *пореске уилаје, неуплаћивања пореза по одбитку и кријумчарења*, као пореских кривичних дела, и поднетих кривичних

пријава и донетих осуђујућих пресуда за сва кривична дела *привредној криминалијети*.²⁴

У табели под редним бројем три, под називом „Пријаве и осуде за кривично дело пореске утаје у периоду од 2015. до 2019. године“, видљив је нешто већи број кривичних пријава у 2018. години (967), те у прошлој 2019. години (777) у односу на посматрано раздобље. Највећи број пријава забележен је у 2018. години (967), а најмањи у 2017. години (649). Међутим, број осуђујућих пресуда у видљивом је паду у посматраном периоду, па је тако у 2015. години било 449 осуда, да би у 2019. број осуђујућих пресуда био скоро упола мањи (274), односно евидентирано је осам пресуда више него у претходној 2018. години (266). Уколико погледамо број пријава у односу на број осуда у свакој години, онда произлази да је у 2015. години од укупног броја пријављених осуђено 62,80% лица; у 2016. години од укупно пријављених је било 57,08% осуђених; у 2017. години је 60,40% осуђених, док у 2018. години долази до озбиљнијег пада донетих осуђујућих пресуда, па тако имамо од укупног броја пријављених 27,51% осуда, те у 2019. години имамо 35,26% осуда. Уколико погледамо наведено петогодишње раздобље, које је било предмет нашег истраживања, можемо закључити како се број пријављених лица за кривично дело пореске утаје кретао у распону од 649 до 967 пријављених на годишњем нивоу. Међутим, број донетих осуђујућих пресуда је у озбиљном паду. Наиме, прве три године проценат донетих осуђујућих пресуда у односу на поднете кривичне пријаве варирао је од 62,80% до 57,08%. Међутим, последње две године се тај проценат преполовио и креће се у распону од 27,51% до 35,26% донетих осуђујућих пресуда у односу на укупан број кривичних пријава.

24 За упоредно право вид. више Ванда Божић, „Господарска казнена дјела у хрватском казненом законодавству с посебним освртом на пријевару у господарском пословању као најучесталијим господарским казним дјелом у судској пракси“, *Европске интеграције и казнено законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2016, 263–279.

Табела бр. 3:
Пријаве и осуде за кривично дело *пореске ујмаје* у периоду
од 2015. до 2019. године²⁵

Пореска утаја	2015. година	2016. година	2017. година	2018. година	2019. година
ПРИЈАВЕ	715	734	649	967	777
ОСУДЕ	449	419	392	266	274

У табели под редним бројем четири – „Пријаве и осуде за кривично дело неуплаћивање пореза по одбитку у периоду од 2015. до 2019. године“ – видљив је евидентно већи број пријава у 2017. (30) и у 2018. години (39) у односу на прошлу – 2019. годину (22). Ваља истаћи како је у 2015. и 2016. години евидентиран скоро duplo већи број пријава него последње три године. Тако су у 2015. години забележене 63 пријаве, а у 2016. години 52 пријаве. И овде можемо да изведемо закључак како је број пријављених лица за кривично дело неуплаћивање пореза по одбитку у озбиљном паду: 63 пријаве у 2015. години, док у 2019. години имамо свега 1/3 (22) од укупног броја пријава у 2015. години. Занимљиво је споменути како је број донетих осуђујућих пресуда, упркос броју поднетих пријава, двоструко већи у 2019. години (12) него у 2018. години (6). Ако погледамо број пријава у односу на број осуда у свакој години, онда произлази да је у 2018. години од укупног броја пријављених осуђено 15,39%, а у 2019. години много више – 54,55%, што је значајно повећање. Слична ситуација забележена је 2017. године, када су од укупно 30 поднетих пријава донете 23 осуде, што је 76,67% осуђених од укупно пријављених. Нешто је другачија ситуација у 2015. и 2016. години. Тако је у 2016. години 38,46% осуђених од свеукупно пријављених, док је у 2015. години 47,62% осуђених од укупно пријављених. Евидентно је и да је код овог кривичног дела и број пријава и број осуда у паду, што говори само у прилог велике тамне бројке у његовом чињењу, а које се

25 Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2015. – пријаве, оптужења и осуде“, *Билтен*, бр. 617/2016, 16, 66; Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2016. – пријаве, оптужења и осуде“, *Билтен*, бр. 629/2017, 16, 38; Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2017. – пријаве, оптужења и осуде“, *Билтен*, бр. 643/2018, 18, 42; Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – пријаве, оптужења и осуде“, *Билтен*, бр. 653/2019, 18, 42; Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019.“, *Билтен*, бр. 202/2020, 5, 9.

врло тешко открива. Иако је у пореском законодавству уведено да банка не може да изврши исплату зараде или другог прихода који се опорезује по одбитку уколико се не позове на број одобрења који му додељује Пореска управа, у кривичном поступку је потребно доказати намеру учињеноца кривичног дела да избегне плаћање пореза, као субјективног и конститутивног обележја кривичног дела.

„На основу налаза и мишљења вештака економско-финансијске струке, на који није било примедба, утврђено је да је рачун предузећа ДОО „Г“ из О. у ликвидацији, у којем је окривљени имао својство ликвидационог управника и одговорног лица, био у блокади и да је приликом исплате нето зарада запосленима порез по одбитку у целости обрачунат и прокњижен, те су надлежној Пореској управи достављени одговарајући ОД и ОПЈ обрасци за евидентирање постојећих обавеза по основу пореза и доприноса на зараде запослених у наведеном предузећу, те стога подаци о пореским обавезама нису прикривени, већ је пореска обавеза тачно исказана, што указује да није доказана намера окривљеног да у својству одговорног лица избегне плаћање пореза за наведено предузеће.“²⁶

Табела бр. 4:

Пријаве и осуде за кривично дело *неуплаћивање пореза по одбитку* у периоду од 2015. до 2019. године²⁷

Неуплаћивање пореза по одбитку	2015. година	2016. година	2017. година	2018. година	2019. година
ПРИЈАВЕ	63	52	30	39	22
ОСУДЕ	30	20	23	6	12

У табели под редним бројем пет приказане су пријаве и осуде за сва кривична дела привредног криминалитета и засебно за пореска кривична дела у периоду од 2015. до 2019. године. У кривична дела привредног криминалитета убрајају се: превара у обављању привредне делатности (чл. 223), превара у осигурању (чл. 223а), проневера у обављању привредне делатности (чл. 224), злоупотреба поверења у обављању привредне делатности (чл. 224а), пореска утаја (чл. 225), неуплаћивање по-

26 Пресуда Основног суда у Сомбору бр. К. 774/11 од 20. 5. 2013. године; пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Кж. 1-3392/13 од 31. 10. 2013. године.

27 Републички завод за статистику (2016), 16, 66; Републички завод за статистику (2017), 16, 38; Републички завод за статистику (2018), 18, 42; Републички завод за статистику (2019), 18, 42; Републички завод за статистику (2020), 5, 9.

реза по одбитку (чл. 226), злоупотреба положаја одговорног лица (чл. 227), злоупотреба у вези са јавном набавком (чл. 228), злоупотреба у поступку приватизације (чл. 228а), закључење рестриктивног споразума (чл. 229), примање мита у обављању привредне делатности (чл. 230), давање мита у обављању привредне делатности (чл. 231), проузроковање стечаја (чл. 232), проузроковање лажног стечаја (чл. 232а), оштећење поверилаца (чл. 233), недозвољена производња (чл. 234), недозвољена трговина (чл. 235), кријумчарење (чл. 236), онемогућавање вршења контроле (чл. 237), неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга (чл. 238), нарушавање пословног угледа и кредитне способности (чл. 239), одавање пословне тајне (чл. 240), фалсификовање новца (чл. 241), фалсификовање хартија од вредности (чл. 242), фалсификовање и злоупотреба платних картица (чл. 243), фалсификовање знакова за вредност (чл. 244), фалсификовање знакова, односно државних жигова за обележавање робе, мерила и предмета од драгоцених метала (чл. 244а), прављење, набављање и давање другом средства за фалсификовање (чл. 244б) и прање новца (чл. 245).

У 2015. години поднето је укупно 3.526 пријава за кривична дела привредног криминалитета, од чега скоро једна четвртина (22,06%) отпада на два пореска кривична дела, међу којима убедљиво предњачи кривично дело пореске утаје. У 2016. години поднето је двестотинак пријава мање: укупно 3.333 пријава за кривична дела привредног криминалитета, од чега се нешто већи проценат од претходне године (23,58%) односи на два пореска кривична дела. У 2017. години поднето је око 400 пријава мање него претходне године – укупно 2.939 пријава за кривична дела привредног криминалитета, од чега се, занимљиво за истаћи, опет сличан проценат (23,10%) као и у претходне две године односи на пореска кривична дела. У 2018. години поднето је нешто мање пријава него 2017. године – укупно 2.767 пријава за кривична дела привредног криминалитета, од чега више од трећине (36,36%) отпада на два пореска кривична дела, међу којима и даље убедљиво предњачи кривично дело пореске утаје. У 2019. години поднето је видно најмање пријава: укупно 2.461 пријава за кривична дела привредног криминалитета, од чега трећина (32,47%) припада пореским кривичним делима, међу којима је 97,62% пријава за кривично дело пореске утаје. Сада можемо и потврдити хипотезу са почетка рада, где смо констатовали да је пореска утаја најучесталије пореско кривично дело.

Уколико погледамо осуђујуће пресуде у посматраном петогодишњем периоду, можемо рећи да је број донетих осуда за кривична дела привредног криминалитета у паду. У 2015. години донето је 1.609 осуда; у 2016. години 1.592; у 2017. години 1.448; у 2018. години 1.144, те

у 2019. години 1.008 осуда. Од тога је укупан број осуђујућих пресуда за пореска кривична дела износио: у 2015. години 479 (или 29,77%), у 2016. години 439 (или 27,58%); у 2017. години 415 (или 28,66%); у 2018. години 272 (или 23,78%), те у 2019. години 286 осуда (или 28,37%).

Табела бр. 5:

Пријаве и осуде за сва кривична дела *привредној криминалијетети* и засебно за *пореска кривична дела* у периоду од 2015. до 2019. године²⁸

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛИТЕТ	2015. година	2016. година	2017. година	2018. година	2019. година
ПРИЈАВЕ	3.526	3.333	2.939	2.767	2.461
ОСУДЕ	1.609	1.592	1.448	1.144	1.008
ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА	2015. година	2016. година	2017. година	2018. година	2019. година
ПРИЈАВЕ	778	786	679	1.006	799
ОСУДЕ	479	439	415	272	286

Из наведене анализе можемо закључити да се од укупног броја пријава и осуда за кривична дела привредног криминалитета у просеку око 30% кривичних пријава и осуда односи на два пореска кривична дела. Исто тако, наведеном анализом евидентно је да је пореска утаја убедљиво најзаступљеније кривично дело унутар пореских кривичних дела, али исто тако и међу свим осталим кривичним делима против привреде.

V Закључак

Пореска кривична дела инкриминисана су Кривичним закоником, али и пореским законодавством, односно Законом о пореском поступку и пореској администрацији. У глави која се односи на кривична дела против привреде смештена су два главна пореска кривична дела: *пореска утаја* (чл. 225 КЗ) и *неуилаживање пореза по одбитку* (чл. 226 КЗ).

²⁸ Ibid.

Сходно томе, у раду је спроведено истраживање о заступљености пореских кривичних дела, као кривичних дела против привреде, у односу на остала дела привредног криминалитета. Као почетна хипотеза узета је чињеница да су пореска кривична дела најзаступљенија међу привредним кривичним делима, као и да је пореска утаја убедљиво најучесталије пореско кривично дело, што је и потврђено анализом у раду.

Пореска кривична дела инкриминисана Кривичним законом су бланкетне природе, с обзиром на то да упућују на прописе из области пореског права. Осим кривичног законодавства, кривична дела су прописана и Законом о пореском поступку и пореској администрацији, и то су следећа кривична дела: *неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит* (чл. 173а), *ујрожавање најлаише пореза и пореске контроле* (чл. 175), *недозвољен промет акцизних производа* (чл. 176) и *недозвољено складиштење робе* (чл. 176а).

Приликом увођења нових пореза, као и код обликовања пореског система у целини, треба уважити начела која се тичу економске ефикасности и правичности опорезивања, с обзиром на то да се прописивањем врсте пореза и висине пореске стопе може утицати на економско понашање пореских обвезника. Надаље, ваља истаћи да је у борби против сиве економије нужно да се донети порески закони и прописи у области радних односа доследно примењују у пракси, као и да се ради на томе да се повећа спремност пореских обвезника да поштују пореске законе и прописе.

Коришћена литература

- Анђелковић Милева, *Јавне финансије и финансијско право*, Ниш, 2018.
- Арсић Милојко, Ранђеловић Саша, Алтипармаков Никола, „Кретање сиве економије у Србији: 2012–2017.“, *Квартални мониторинг*, бр. 52/2018.
- Божић Ванда, „Господарска казнена дјела у хрватском казненом законодавству с посебним освртом на пријевару у господарском пословању као најучесталијим господарским казним дјелом у судској пракси“, *Европске интеграције и казнено законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2016.
- Божић Ванда, Димић Сузана, „Порески обвезник у улози корисника пореских услуга као превенција пореског криминалитета“, *Услуге и права корисника* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2020.

Видовић Никола, Бериша Хатица, Целетовић Миленко, „Економска анализа проблематике пореске евазије у Републици Србији“, *Војно дело*, бр. 2/2019.

Кулић Мирко, Милошевић Горан, „Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011.

Милошевић Горан, Голубовић Наташа, „Пореска инциденца“, *Култура ђолиса*, бр. 15/2011.

Owens Jeffrey, „Fundamental Tax Reform: An International Perspective“, *National Tax Journal*, Vol. 59, Nr. 1/2006.

Павишић Берислав, Грозданић Велинка, Веић Петар, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007.

Поповић Дејан, *Наука о ђорезима и ђореско ђраво*, Београд, 1997.

Stiglitz Joseph E., *Економија јавног сектора*, Београд, 2013.

Suzana DIMIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Priština Faculty of Law with temporary head office in Kosovska Mitrovica

Vanda BOŽIĆ, PhD

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

TAX CRIMES AS THE LEADING FORM OF ECONOMIC CRIME

Summary

The financing of the vital interests of the social community justifies tax coverage, but taxpayers, due to the reduction of their economic power, perceive it as a burden. As a result, they resort to various modalities of behaviour – from changes in their economic decisions, which are spread to the economy through the market mechanism, to various forms of illegal behaviour. Activities by which taxpayers knowingly and intentionally violate tax regulations in order to reduce or completely fail to fulfill their tax obligation are incriminated as tax crimes. The paper analyses tax crimes in relation to the crimes of economic crime and concludes that tax crimes are the leading form of economic crime. In the concluding remarks, proposals de lege ferenda for the suppression of tax crime are given.

Key words: *Economic Crime. – Tax Offenses. – Tax Evasion. – Non-payment of Withholding Tax. – Tax Crime. – Taxpayer. – Taxes.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2020.

Датум исправке рада: 19. 11. 2020.

Датум прихватања рада: 26. 11. 2020.

UDK: 342.729:331.109.3 ; 340.5:331.109.32

CERIF: S146

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004074B

др **Филип БОЈИЋ***

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НА ШТРАЈК¹

Сажетак

У ишчекивању новој закона којим би се на дејтаљан начин, а у складу са међународним стандардима и праксом, уредило право зајослених на штрајк, аутор у раду настоји да сагледа поједине битне аспекте овог права, као основног облика колективне акције зајослених. Стоја се у раду оивара иишање констиуционализације права на штрајк у домаћем и ујоредном праву, а истовремено се и проблематизује одређивање појма штрајка уставним и законским нормама. Са циљем бољеј сагледавања проблема, а у вези са констиуционализацијом права на штрајк, уз коришћење ујоредноправног метода исцраживања, посебна пажња се посвећује уставним гаранцијама права на штрајк у ујоредном праву. Такође, аутор у раду настоји и да теоријски одреди појам штрајка, као и да укаже на битне елементе штрајка који се наводе у појединим научним расправама. Коначно, критички осврћ је даи и на ишање реулисања наведеног права на нашим просторима у периоду са-

* Електронска адреса аутора: filip.bojic@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.

моуџравној социјализма, када ово љраво није било реулисано усљавним нормама ниљи посебним законом, ље су анализиране и сличности и разлике између љојма шљтрајка и љојма обуславе рада.

Кључне речи: Конслїиуционализација. – Шљтрајк. – Обуслава рада. – Услљав.

І Увод

У области колективног радног права, као основно колективно право и запослених и послодавца, издваја се право на колективну акцију. Као облици колективне акције запослених наводе се право на штрајк, право на бојкот и право на штрајкачку стражу (*picketing*), док се као облик колективне акције послодавца издваја право на искључење са рада (*lockout*). Поједини аутори сматрају да су штрајк и локаут примарни облици колективне акције, а да су сви други облици колективне акције секундарни и да је њихова сврха превасходно усмерена на прађење штрајка као примарног облика колективне акције запослених.² Стога, у значајном броју држава, па тако и у Републици Србији, право на бојкот и право на штрајкачку стражу нису регулисани законом.³ Неспорно је да је највећа пажња посвећена праву на штрајк, које

2 Rolf Birk, „Industrial Conflict: The Law of Strikes and Lock-outs“, *Comparative Labour Law and Industrial Relations* (ed. Roger Blanpain), Springer-Science – Business Media, 1982, 299.

3 Право на штрајкачку стражу и право на бојкот нису регулисани позитивноправним прописима Републике Србије, али се примеђује да поједине државе настале на простору СФРЈ гарантују запосленима и та права. Па тако, Законом о штрајку Црне Горе запосленима се гарантује право на штрајкачку стражу. Детаљно су уређене све обавезе које организатори штрајка морају предузети да би могли организовати закониту штрајкачку стражу. Утврђено је да „запослени који ступају у штрајк код послодавца могу, из реда запослених, одлуком надлежног органа репрезентативног синдиката код послодавца или одлуком већине запослених, образовати штрајкачке страже на местима пред улазом у круг пословних просторија послодавца, ради обавештавања запослених и јавности о спору који је настао и о оправданости захтева штрајкача.“ Одлука о образовању штрајкачке страже доставља се послодавцу у року у којем се доставља одлука о ступању у штрајк, као њен саставни део или као посебан акт у току штрајка. Одлука мора бити образложена и мора садржати број и имена запослених, чланова штрајкачке страже. Посебно се наглашава да штрајкачка стража не може примењивати физичку принуду, постављати физичке препреке или блокаде прилаза пословним просторијама, односно радном месту, претити или вређати запослене, нити спречавати послодавца у вршењу своје делатности. Из наведених одредаба се потврђује теза да штрајкачка стража представља секундарни облик колективне акције запослених, који у највећем броју случајева прати штрајк. Закон о штрајку Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 11/2015, чл. 16.

је и једини регулисан облик колективне акције у нашем праву, али и у већини других правних система. Следствено томе, ово право ће бити посебно анализирано у наставку рада.

Право на штрајк се сврстава у ред основних социјалних права, а неретко је и уставом гарантовано право. Као важно питање, а у погледу признавања тог права, издваја се и питање конституционализације права на штрајк. Како би се дао одговор на исто, најпре је неопходно одредити теоријски појам штрајка, а затим указати и на законске и уставне дефиниције штрајка, које се уочавају у одређеном броју прописа и поред чињенице да се у појединим правним системима појам штрајка дефинише ставовима судске праксе. Као основна тема рада, а у вези са конституционализацијом права на штрајк, намеће се регулисање тог права уставним нормама, односно отвара се питање да ли се за делотворно остваривање тог права пружају довољне гаранције признавањем тог права у оквиру националних устава, или је, пак, неопходно да се право на штрајк детаљније регулише законским и подзаконским прописима. Коначно, у нашој правној теорији још увек је спорно да ли се право на штрајк гарантовало на нашим просторима у периоду административног, а затим и самоуправног социјализма, када уставним нормама није било признато право на штрајк. Као основни разлог за одсуство регулативе којом би било регулисано ово право, издвајају се чврсти ставови истицани у том периоду да је штрајк друштвено непожељна појава, која се везује за капиталистичка друштва, као и да радници у оквиру радних организација не могу штрајковати сами против себе. Стога ће наведена дилема бити размотрена у последњем делу рада.

II Теоријско одређивање појма штрајка у домаћем и упоредном праву

Појам штрајка уочава се још са појавом индустријализације и капитализма, а има и оних аутора који тврде да штрајк као феномен постоји од када на земљи постоје и слободни радници, односно од најстаријих времена.⁴ Међутим, широко прихваћено становиште је да

4 И поред тврдње појединих аутора да су слободни радници, као лица која су на основу уговора пружала другом лицу своје услуге у старој Индији, Кини, Египту, Грчкој и Риму, услед незадовољства условима рада организовали штрајкове, професор Благојевић оправдано тврди да је колективна обустава рада у старом веку од стране слободних радника постојала као средство борбе, али да је то средство имало углавном стихијски карактер и одликовало се првенствено својом неорганизованошћу, те се наведене појаве пре могу сматрати средствима сличним штрајку или рудиментарним облицима штрајка. Сличног мишљења је и професор Јашаревић, који указује на одређене конфликте у области рада у старом

се право на штрајк радницима признаје у другој половини XIX и почетком XX века, али су начин и обим остваривања били различито регулисани, те се стога може закључити да је то право детаљно регулисано одговарајућим прописима тек после завршетка Другог светског рата, и то углавном у западноевропским државама.⁵

Средином прошлог века, поједини аутори указивали су на три могућа односа права и штрајка. Сматрало се да право може сузбијати штрајкове, да их може толерисати уз уздржавање да се према организаторима и учесницима у штрајку примене санкције и, коначно, став који је данас прихваћен у највећем броју савремених правних система, а то је да се запосленима признаје право да организују и уједно узму учешће у штрајку.⁶ Концепт слободе штрајка, уз серију имунитета од грађанскоправне и кривичноправне одговорности, примењује се, између осталог, и даље у Великој Британији и Ирској,⁷ али је приметно да се исти полако, али сигурно напушта.⁸ Право на штрајк данас се сврстава у ред основних социјалних права. Гарантовано је релевантним међународним и регионалним стандардима, а у значајном броју правних система је и уставом гарантовано право. Међутим, без одговарајућег нормативног

веку, па између осталог спомиње обуставу рада од стране радника који су градили пирамиде у старом Египту у време Рамзеса III, око 1170. године п.н.е. Борислав Благојевић, *Раднички штрајкови у светлосији права*, Београд, 1940, 3; Сенад Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2000, 23.

- 5 Према Марији Тороман, право на штрајк је првобитно било признато у оквиру законских текстова којима се регулишу политичка права грађана, односно заштита јавног реда и поретка. *Exempli causa*, право на штрајк у законодавству Белгије најпре се спомиње у оквиру Закона о укидању кривичног дела удруживања из 1866. године и Закона о укидању кривичног дела повреде слободе рада из 1921. године, да би се детаљније одредбе о праву на штрајк предвиделе тек са усвајањем Закона о јавном реду и миру из 1948. године, чиме се закључује да се право на штрајк у европском законодавству детаљније регулише у периоду после Другог светског рата. Занимљиво је да професор Бланпен сматра да се право на штрајк у Белгији признаје као право тек са ратификацијом Европске социјалне повеље 1991. године, којом се гарантује право на штрајк и право на локаут. Марија Тороман, „Законско регулисање права на штрајк“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1993, 244; Roger Blanpain, *Labour Law in Belgium*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, 422.
- 6 Изнете ставове заступао је италијански конституционалиста Каламендреи (Calamendrei). Нав. према: Željko Potočnjak, *Pravo na štrajk*, Правни факултет у Загребу – Savez samostalnih sindikata Hrvatske, Zagreb, 1992, 29.
- 7 О штрајку у Ирској опширније код: Kevin Costello, *Labour Law in Ireland*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2003, 162–169.
- 8 Каламендреи наводи педесетих година прошлог века да се стање слободе штрајка уочава у Великој Британији, Ирској, Малти, Белгији, Холандији, Аустрији, Швајцарској и свим скандинавским државама, осим Шведске. Нав. према: Ž. Potočnjak. 29.

оквира то право се не може остварити и заштитити на адекватан начин. Стога је неопходно, а са циљем отклањања свих могућих препрека приликом организовања штрајка, детаљно регулисати то право, како би се избегли могући проблеми у пракси, до којих неретко долази услед недовољне законске уређености права на штрајк.

Делује да у теорији не постоји јединствени став аутора приликом одређивања појма штрајка. У литератури се наводи да је управо различито дефинисање штрајка последица разлика у погледу концепта права на штрајк, као и разлика у погледу предмета и циља штрајка, али исто тако и разлика у погледу адресата штрајка, односно да ли је штрајк усмерен против послодавца, што је уистину знатно чешћи случај у пракси или, пак, против јавне власти, односно државе.⁹ Професор Јовановић је мишљења да штрајк, пре свега, представља начин решавања колективних радних спорова путем притиска, уједно прихватајући дефиницију да је у питању „прекид рада од стране радника са циљем да се послодавац принуди да прихвати захтеве радника у вези са спорним питањима“.¹⁰ Професор Шундерић и професорка Ковачевић штрајк дефинишу као „организовани прекид рада којем се прибегава ради остваривања економских и социјалних интереса запослених.“¹¹ Аутори уједно наглашавају и да се штрајк превасходно користи као метод за решавање интересних радних спорова, а изузетно и за решавање правних радних спорова.¹²

У првој половини XX века, а то је период када се право на штрајк по први пут уређује законским и подзаконским прописима као право радника, сматрало се да је од одређивања појма штрајка важније било одредити основ оправдања штрајка, односно основ његове допуштености.¹³ Професор Благојевић штрајк дефинише као „колективну обуставу рада од стране радника у извесном предузећу или у извесном броју предузећа“, уједно издвајајући три битна елемента тог института, а то је да штрајк представља свесну фактичку обуставу рада; да је, такође, реч о колективној обустави рада и изразу сукоба рада и капитала, односно сукоба различитих интереса.¹⁴ Професор Шундерић такође сматра да „појам штрајка чине три елемента, од којих су два материјалне приро-

9 Бранко Лубарда, *Радно право – расправа о досјојансјиву на раду и социјалном дијалоу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 979.

10 Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 404.

11 Боривоје Шундерић, Љубинка Ковачевић, *Радно право: приручник за полагање правосудној испити*, Службени гласник, Београд, 2017, 444.

12 *Ibid.*

13 Б. Благојевић, 5.

14 *Ibid.*, 2.

де, а један психолошке природе.¹⁵ Први елемент је остварен онда када постоји обустава, односно престанак рада од стране запослених. Други елемент је у непосредној вези са првим елементом, а то је да је неопходно да у штрајку учествује већина запослених, чиме професор искључује могућност да појединац организује штрајк.¹⁶ Као трећи елемент, који је, као што је претходно наведено, професор издвојио као елемент психолошке природе, наводи се економски притисак на послодавца да удовољи захтевима организатора штрајка.¹⁷ Елемент економског притиска се уочава и код локаута – када послодавац врши притисак на запослене да одустану од својих захтева.

Примећује се да су наведени елементи прихватљиви и применљиви и данас приликом одређивања појма штрајка. Такође, и даље се мора чврсто заступати концепција коју је професор Благојевић поставио, а то је да је неvezано за појам и елементе штрајка можда и битније утвр-

15 Боровоје Шундерић, *Коментар Закона о штрајку*, Јустинијан, Београд, 2005, 10.

16 Професор Шундерић оправдано сматра да појединац не може организovati штрајк, али да може обуставити, односно прекинути рад ако му послодавац није обезбедио мере заштите на раду у складу са законом и другим актима. Исто тако може обуставити рад уколико послодавац не испуњава према њему преузете обавезе из колективног уговора или правилника о раду, односно уговора о раду. Све наведено представља индивидуалне обуставе рада, које не представљају штрајк у правом смислу те речи. Насупрот наведеном, професор Поточњак заступа другачије ставове о наведеном питању. Мишљења је да учешће већег броја запослених у штрајку није нужан елемент теоријске дефиниције штрајка, те се не сме искључити случај да је само један радник стварно учествовао у штрајку. Професор наводи пример да је „одлука о штрајку донета на законит начин, али да се таквој одлуци повинује само један радник, те ако бисмо понашање таквог запосленог искључили из појма штрајка, онда бисмо тог запосленог изузели од примене прописа о штрајку и тако га извргнули дисциплинској одговорности за његово понашање.“ Такође се истичу и ставови појединих европских аутора који сматрају да „за колективни карактер штрајка није битан број штрајкача, већ интереси који су у питању.“ Б. Шундерић, 10; Ж. Потоцњак, 13.

Вредан пажње је и став Врховног суда Републике Хрватске, којим је заузето становиште да се прекид рада може сматрати штрајком и кад рад није у потпуности прекинут, те понашање тужиоца има карактер штрајка и без обзира на чињеницу што рад није у потпуности прекинут. У наставку наведене пресуде утврђено је да се уговором о раду одређују послови које запослени обавља за послодавца, па стога запослени не могу сами одлучивати о томе које ће послове обављати запослени код послодавца, јер организација посла није у њиховој надлежности. У датом случају, тужиоци су прекинули рад на својим радним местима, а процес рада организовали су према свом нахођењу ради остваривања економских интереса, те је и такво поступање према оцени суда представљало штрајк. *Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gž – 16/00 од 10. 5. 2000.* Нав. према: Mihajlo Dika, Željko Potočnjak, Viktor Gotovac, „Radni Sporovi“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu – Organizator, Zagreb, 2007, 727–728.

17 Б. Шундерић, 11.

дिति да ли је допуштен штрајк који се организује од стране запослених, односно од стране синдиката. Наиме, из саме допуштености, или ти законитости штрајка, проистиче читав низ последица до којих долази и на страни запослених, и на страни послодавца. Анализом наведеног, закључује се и да поред постојања поменутих елемената штрајк може бити недопуштен, под условом да није организован у складу са законом.

Оно што је неспорно, како код домаћих, тако и код страних аутора, је да се штрајк мора посматрати као последње, односно крајње средство (*ultima ratio*) борбе синдиката и запослених у заштити њихових интереса.¹⁸ Наведено посебно произлази из све веће улоге мирних метода за решавање колективних радних спорова, којима се даје предност у односу на методе колективног деловања.

Шире посматрано, а у вези са одређивањем појма штрајка, ваља имати у виду и да се у теорији уочавају три различита концепта у погледу признавања права на колективну акцију, као основног колективног права запослених и послодавца.¹⁹ У појединим државама право на колективну акцију у основи се састоји од признавања права запосленима на штрајк. Наведени концепт је прихваћен у великом броју европских држава, али и у Републици Србији, где се и даље само признаје право на штрајк као облик колективне акције запослених.²⁰ Право на штрајк се, стога, посматра као основно социјално право, право које је привилеговано у односу на друге облике колективне акције, док се локаут само у изузетним околностима толерише, а под условом да је ово право регулисано законом.²¹

Друга два концепта су начелно слична и разлике између њих су минималне, јер се запосленима признаје право на штрајк, а послодавцима право на локаут. Следствено томе, у оквиру другог концепта право на колективну акцију обухвата и право запослених на штрајк, али и право послодавца на искључење запослених са рада, односно право на

18 П. Јовановић, 404; Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, 444; R. Birk, 298.

19 R. Birk, 302.

20 Вредно пажње је решење које се уочава у Уставу Португала, којим се не само експлицитно признаје право на штрајк као основно социјално право, већ се експлицитно забрањује и право на локаут, као основно колективно право послодавца. Наведено према: R. Birk, 304. Упор. са: Устав Португала (*Portugal's Constitution of 1976 with Amendments through 2005*), чл. 57 ст. 1 и 4.

21 R. Birk, 304. Поједини аутори оспоравају легитимност локаута, те заступају становиште по којем право послодавца на локаут не може имати исти статус као право запослених на штрајк, односно да овај облик колективне акције не треба да буде правно признато средство радне борбе које ће бити еквивалентно праву на штрајк. Опширније код: Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 8; Б. Лубарда, 1055.

локаут, те се стога у теорији прихвата становиште о једнакости наведених права. Ваља напоменути да је наведени концепт прихваћен и даље у Сједињеним Америчким Државама и у Канади, где изостаје прецизнија регулатива о тим правима, те се стога и признају различите форме штрајка које у другим државама нису дозвољене. Наведено је потврђено и одредбама Тафт-Хартлијевог закона, где се штрајк широко дефинише као сваки усаглашени прекид рада од стране запослених.²² За разлику од трећег концепта, у којем преовладава становиште у којем организатор штрајка може бити само синдикат, у Сједињеним Америчким Државама право на штрајк је у појединим случајевима и право запослених, те и синдикално неорганизовани запослени у одређеним ситуацијама такође имају једнако право на штрајк као и запослени који су се синдикално организовали.²³ Изузетно, ако се тајним гласањем донесе одлука да ће право на колективно преговарање имати само одређени синдикат код послодавца, запослени који нису чланови синдиката неће имати право да организују штрајк, односно такав штрајк би се сматрао незаконитим.²⁴ Тим приступом онемогућава се негирање резултата избора синдиката којем је дато право да учествује у колективном преговарању.²⁵ Насупрот анализираном мешовитом концепту у Сједињеним Америчким Државама, у Канади се и даље заступа принцип по којем се право на колективну акцију може остварити само ако је у питању интересни колективни радни спор.²⁶

И коначно, у оквиру трећег концепта, који се примењује у нордијским државама и Немачкој, штрајк и локаут се посматрају као средства исте вредности у колективним радним споровима, с тим што се јављају одређена ограничења која се односе на титуларе права, па се тако у Немачкој сваки штрајк који није организован од стране синдиката сма-

22 Стога се у пракси право на штрајк остварује и када се одбије испорука робе или пружање одређених услуга, као и онда када дође до обуставе рада од стране само двоје запослених који не учествују у колективном преговарању. Професор Поточњак наводи и да је у Сједињеним Америчким Државама законит и штрајк у којем учествује само један запослени код послодавца, те да колективни елемент који се изражава кроз број учесника у штрајку постепено губи улогу и значај који је раније имао приликом утврђивања да ли је штрајк законит. Alvin L. Goldman, Roberto L. Corrada, *Labour Law in the USA*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, 415; Ž. Potočnjak, 28; Упор.: Будимир Кошутић, *Колективни преговори, право на штрајк и локаут у савременим капиталистичким државама*, Савремена администрација, Београд, 1987, 113–118.

23 Ž. Potočnjak, 75.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*, 76–77.

26 Donald D. Carter, Geoffrey England, Brian Etherington, Gilles Trudeau, *Labour Law in Canada*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001, 309.

тра „дивљим“ штрајком.²⁷ Стога, само штрајк организован од стране синдиката у Немачкој, односно синдиката који учествује у колективном преговарању, се сматра законитим штрајком, а запослени који нису чланови синдиката имају право да узму учешће у штрајку, али немају право да буду организатори штрајка, као што је то случај у нашем праву, где и већина запослених може организовати штрајк.²⁸ Ваља имати у виду да у Немачкој право на колективну акцију није експлицитно регулисано законом, те се то право већином признаје кроз судску праксу, а на основу уставом признатог права на удруживање, као и на основу одредаба Европске социјалне повеље, коју је Немачка ратификовала, а којом се предвиђа право запослених и послодаваца на колективну акцију у случају сукоба интереса у поступку колективног преговарања.²⁹ И у нордијским државама велики значај се традиционално придаје колективном преговарању, а колективни уговори представљају извор уређивања међусобних права и обавеза између субјеката радног односа, те се самим тим и право на колективну акцију посматра као легитимно средство за решавање интересних колективних радних спорова до којих долази током преговора за закључење колективног уговора.³⁰

III Одређивање појма штрајка уставним и законским нормама

Важећим Уставом Републике Србије предвиђа се да запослени имају право на штрајк у складу са законом и колективним уговором.³¹

27 R. Birk, 303. Уставом Шведске није експлицитно гарантовано право на штрајк као основно социјално право, што је случај у већини европских држава, већ се прокламује право субјеката на тржишту рада на офанзивну акцију, што укључује и право запослених на штрајк и право послодавца на локаут. Уставима Немачке, Данске и Норвешке не предвиђа се право на колективну акцију запослених и послодавца, већ се ово право изводи из гарантованог права на колективно удруживање, што се закључује на основу богате судске праксе надлежних судова. Б. Лубарда, 995; Niklas Bruun, Caroline Johansson, „Sanction for Unlawful Collective Action in the Nordic Countries and Germany“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Nr. 3/2014, 256.

28 Jens Kirchner, Eva Mittelhman, „Labour Conflicts“, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (eds. Jens Kirchner, Pascal Kremp, Michael Magotsch), Springer, Berlin, 2010, 200.

29 У немачкој правној теорији се сматра да су колективни радни спорови прихватљиви само онда када су прикладни и неопходни да би се обезбедила равнотежа снага између послодавца и запослених. *Ibid.*, 199; Европска социјална повеља из 1961. године (*European Social Charter*), чл. 6 ст. 4.

30 N. Bruun, C. Johansson, 255.

31 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 61.

Ваља напоменути да је право на штрајк било гарантовано и Уставом Републике Србије из 1990. године, као и Уставом СРЈ усвојеним после дисолуције СФРЈ 1992.

Уједно је утврђено и да право на штрајк може бити ограничено само законом, а сходно природи или врсти делатности у којој се штрајк организује. Делује да је намера уставописца била да се ово социјално право детаљније регулише новим посебним законом о штрајку. Тај закон би требало да буде усклађен са релевантним међународним стандардима и економским приликама у друштву, али наведени пропис није још увек, готово 15 година од доношења новог Устава, усвојен, те се право на штрајк у Републици Србији и даље регулише Законом о штрајку донетим 1996. године у Савезној Републици Југославији.

Уочава се да одређени број законских прописа у страним правима којима се регулише право на штрајк не садржи дефиницију штрајка, услед чега долази до одређених проблема у пракси приликом утврђивања допуштености штрајка, односно одговора на питање да ли је у питању законит или незаконит штрајк. Слично мишљења, а у погледу утврђивања законске дефиниције штрајка, је и професор Поточњак који сматра да су законском дефинисању штрајка више склоне источноевропске државе, што је и логично, а имајући у виду да се у наведеним системима, који су махом били системи са социјалистичким друштвеним поретком, ово право признаје тек у другој половини XX века.³²

Следствено томе, када се сагледавају законске дефиниције штрајка у државама насталим на простору СФРЈ, примећује се да ту већих разлика нема, као и то да су поједине државе избегле да дефинишу овај појам у свом националном законодавству. Важећи Закон о штрајку Републике Србије садржи дефиницију штрајка, што је добро решење које би ваљало задржати и у будућем пропису. Наводи се да је штрајк пре-

године. Уставом из 1990. године било је предвиђено да „запослени имају право на штрајк у складу са законом“. Ваља имати у виду да је ово право доста детаљније регулисано Уставом СРЈ из 1992. године. Утврђено је да „запослени имају право на штрајк ради заштите својих професионалних и економских интереса у складу са савезним законом, као и да се право на штрајк може ограничити савезним законом кад то захтевају природа делатности или јавни интерес.“ Експлицитно је законом утврђено да поједине категорије запослених немају право на штрајк, и то запослени у државним органима, професионални припадници војске и полиције. Устав СРЈ био је управо темељ за доношење савезног Закона о штрајку, усвојеног 1996. године, који се уз одређене измене и допуне још увек примењује у Републици Србији. Познато је да је Устав СРЈ био на снази до усвајања Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе 2003. године, којом нису регулисана основна економска и социјална права, већ су наведена права регулисана Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама. У оквиру наведене Повеље, запосленима се гарантовало право на штрајк у складу са законом. Устав Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 1/1992, чл. 57; Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990, чл. 37; Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, *Службени лист СЦГ*, бр. 6/2003, чл. 41.

32 Ž. Potočnjak, 10.

кид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада.³³ Анализом закона којима се уређују радни односи и право на штрајк у државама насталим на простору СФРЈ, примећује се да штрајк није дефинисан у законодавству Хрватске, нити у законодавству Федерације Босне и Херцеговине, као ни Законом о радним односима Северне Македоније. Насупрот томе, у Црној Гори се штрајк дефинише на скоро идентичан начин као и у Републици Србији.³⁴ У Републици Српској штрајк је дефинисан као организовани прекид рада који се може организовати у предузећу, установи и код другог правног и физичког лица, док се у прописима Републике Словеније штрајк дефинише као организовани прекид рада радника ради остваривања економских и социјалних права и интереса по основу рада.³⁵ Ваља напоменути да је Закон о штрајку Републике Словеније усвојен 1991. године, односно да је у питању савезни Закон о штрајку СФРЈ, усвојен непосредно пред дисолуцију савезне државе, а који је наставио да се примењује и у новоствореној држави.³⁶ Коначно, уочава се и да је право на штрајк као основно социјално право гарантовано у уставима свих анализираних држава, али се уставотворац није упуштао у дефинисање појма штрајка, већ се као и у Уставу Републике Србије гарантује право на штрајк запосленима.³⁷

33 Закон о штрајку, *Службени листи СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 101/2005 – др. закон и 103/2012 – одлука УС, чл. 1 ст. 1.

34 Црногорским законом се штрајк дефинише као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних, економских и социјалних интереса по основу рада. Прекид рада се утврђује као организовано и непрекидно одбијање запослених да извршавају своје радне задатке. Закон о штрајку Црне Горе, чл. 2.

35 Закон о штрајку Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 111/08; *Zakon o stavki, Uradni list SFRJ*, бр. 23/91, чл. 1 ст. 1.

36 Опширније код: Zvone Vodovnik, *Labour Law in Slovenia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 277–278.

37 Уставом Републике Хрватске предвиђено је да се гарантује право на штрајк, али да се посебним законским прописима може ово право ограничити у војсци, полицији, државној управи и јавним службама. Црногорски Устав садржи сличну одредбу, којом се запосленима признаје право на штрајк уз могућност да се ово право ограничи запосленима у војсци, полицији, државним органима и јавним службама у циљу заштите јавног интереса, а у складу са законом. Устав Републике Словеније такође гарантује запосленима право на штрајк, уз могућност предвиђања законских ограничења тамо где је наведено потребно због јавног интереса. *Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine*, бр. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 и 05/14, чл. 61; Устав Републике Црне Горе, *Службени листи ЦГ*, бр. 1/2007 и 38/2013 – амандмани I–XVI, чл. 66; *Ustav Republike Slovenije, Uradni list RS*, бр. 33/91 – I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 и 75/16 – UZ70a, чл. 77.

Насупрот томе, у државама у којима је штрајк већ дуго времена важно правно питање, дефиниција штрајка налази се неретко у судској пракси и теоријским радовима, а не у законским и подзаконским прописима.³⁸ Тако се, *exempli causa*, у белгијском законодавству не уочава дефиниција колективног радног спора нити се дефинише појам штрајка, али ставовима судске праксе надомешћује се та празнина, те се у оквиру појединих пресуда Врховног суда Белгије може пронаћи дефиниција наведених појмова.³⁹

IV Регулисање права на штрајк уставним нормама

Опште прихватљиво је становиште да право на штрајк представља облик колективне акције запослених, али да би запослени могли да остваре наведено право, није само довољно предвидети га међународним и регионалним стандардима нити извршити конституционализацију тог права, већ је неопходно уредити услове под којима се ово право може остварити у оквиру националних правних система. Неспорно је да се право на штрајк у неким државама гарантује уставом, али исто тако, у неким државама основ за остваривање права на штрајк може бити и закон, судска пракса или колективни уговор.⁴⁰ Међутим, ово право, као и остала економска и социјална права у Уставу Републике Србије, представљају више принципе који се даље разрађују путем законских и подзаконских прописа, али и путем аутономних извора радног права.⁴¹

Следствено томе, није уобичајено да се уставним нормама уређују услови под којима се може организовати штрајк, те се стога законско регулисање права на штрајк проналази као најадекватнији начин за детаљно уређивање овог права. Као други разлог, не сме се занемарити чињеница да обустава рада од стране запослених изазива штету и на страни послодавца и на страни организатора штрајка, те да би се већа штета избегла – већина држава се одлучује да законом уреди начин организовања и вођења штрајка.⁴² Управо се наведено може издвојити

38 Ž. Potočnjak, 10–11.

39 Karl Abelshausen, Simon Claessens, Stefanie Francken, Yoko Mondelaers, „Belgium“, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A Study of National Law in Six EU States* (eds. Arabella Stewart, Mark Bell), The Institute of Employment Rights, Liverpool, 2008, 13.

40 Arabella Stewart, „A Comparative Perspective on the Right to Strike: Conference Proceedings“, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A study of National Law in six EU States* (ed. Arabella Stewart, Mark Bell), The Institute of Employment Rights, Liverpool, 2008, 5.

41 П. Јовановић, 64–65.

42 С. Јашаревић, 61.

као *ratio legis* законског уређивања права штрајк. Међутим, ваља напоменути да и у погледу законског уређивања права на штрајк поједини аутори изражавају скептичност, сматрајући да законско уређивање права на колективну акцију има многа ограничења, те је неопходно исто детаљније уредити посредством аутономних извора, а пре свега посредством колективних уговора.⁴³

У погледу регулисања основних социјалних и економских права посредством уставних норми, професор Шундерић оправдано сматра да је устав у свим државама изворни и основни акт изградње радног права.⁴⁴ Широм Европе се учава велики број уставних одредаба којима се предвиђају основна социјална права, а између осталог се експлицитно предвиђа и право на штрајк. Ваља имати у виду, а што се потврђује и од стране великог броја аутора, да „конституционализација економских и социјалних права не доводи до аутоматске заштите наведених права, док одсуство одредаба о економским и социјалним правима у појединим уставима не спречава државе у спровођењу издашне социјалне политике.“⁴⁵ Стога се право на штрајк може гарантовати законским прописима и делотворно остваривати, иако није гарантовано уставним нормама. У вези са тим, неспорно је и да је конституционализација социјалних и економских права изазвала и одређене спорове у научној и стручној јавности, те се поставило питање да ли та права уопште могу бити уставна права, односно да ли је устав подобан правни инструмент за гарантацију поменутих права.⁴⁶ У теорији се сматра да се „спор појавио оног тренутка кад се индивидуалистичко схватање друштва, односно државе сукобило са објективним променама у друштву“, односно оног тренутка када је „индивидуалистичко схватање државе, према коме она треба само да штити индивидуалне слободе, надомештено солидаристичким схватањем државе које је своје упориште добило у тзв. ‘солидаристичким’ уставима, уставима који су садржали одредбе о економским и социјалним правима, донетим током двадесетог века.“⁴⁷ Све наведено води закључку да је за делотворно остваривање права на штрајк, поред уставних гаранција, неопходно и законско регулисање тог права и стабилан нормативни оквир, како би се избегле одређене последице

43 R. Birk, 302.

44 Боровоје Шундерић, „Устав и радно право“, *Радно и социјално њраво*, бр. 1–6/2006, 29.

45 Renata Uitz, Andras Sajo, „Welfare Rights in Hungarian Constitutional Jurisprudence“, *Justiciability of Economic and Social Rights – Experiences from Domestic Systems* (ed. Fons Coomants), Intersentia, Antwerpen, 2006, 121.

46 Б. Шундерић, *Социјално њраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 145.

47 *Ibid.*

на штету запослених, организатора и учесника штрајка, али како би се уједно заштитила и имовина и пословни интереси послодавца.

Стога, често су се могли приметити системи у оквиру којих је уставом било предвиђено ово право, али уз изостанак законских и подзаконских прописа којима би се детаљније уредило право на штрајк и право на друге облике колективне акције. Право на штрајк, дословно речено, представља „мртво слово на папиру“. Пример би могао бити Устав Народне Републике Кине из 1975. године, којим се по први пут грађанима Кине гарантује право на штрајк, али упркос све већем броју штрајкова и других облика колективне акције запослених, закон којим би се уредили услови под којима се ово право може остварити, као и методи за решавање колективних радних спорова – још увек није усвојен.⁴⁸

Сличан проблем уочава се и у Француској после завршетка Другог светског рата, усвајањем Устава из 1946. године, у чијој преамбули је било предвиђено да се „право на штрајк врши у оквирима закона који га уређује“.⁴⁹ Из наведеног је проистекло више проблема, јер је наведено право било предвиђено само преамбулом, а у основном тексту Устава право на штрајк није гарантовано. Стога професор Кошутећ оправдано тврди да „како преамбула ма ког устава, сходно начину формулисања, не садржи обавезна правила понашања, поставља се питање правне природе и домаћаја те одредбе о праву на штрајк.“⁵⁰ Друга чињеница вредна пажње је да по усвајању Устава није донет закон којим би се детаљно уредили услови под којима се може остварити право на штрајк, те су све до данас ретке законске одредбе којима се ово право у Француској регулише, па се као основни извор и даље издваја судска пракса.⁵¹

48 Kai Chang, Fang Lee Cooke, „Legislating the right to strike in China: Historical development and prospects“, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 57, Nr. 3/2015, 441 и 443.

49 Нав. према: Будимир Кошутећ, „Право на штрајк и *lock out* у француском праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 5–6/1985, 615 и 616.

50 *Ibid.*, 616.

51 Вредна пажње је и одлука француског Државног савета из 1950. године, којом се право на штрајк не признаје само запосленима у приватном сектору, већ се ово право признаје и државним службеницима. Michel Despax, Jacques Rojot, Jean-Pierre Laborde, *Labour Law in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 332.

Марија Тороман наводи да је „по усвајању Устава 1946. године најпре био донет Закон о неким облицима штрајка у јавним службама 31. јула 1963. године, па је овај нешто измењени текст укључен у оквире Пете књиге новог пречишћеног текста француског Законика о раду од 28. јануара 1981. године, где се право на штрајк помиње као једно од средстава за решавање колективних радних спорова, при чему се нарочито пажња поклања поступку мирена, посредовања и арбитражном поступку одлучивања о престанку штрајка после постигнутог поравнања између радника и послодавца.“ М. Тороман, 247.

И поред бројних иницијатива, у оквиру којих су били постављени захтеви да се право на штрајк регулише Уставом Белгије, до тога није дошло, али се ово право признаје и остварује у складу са међународним конвенцијама које је Краљевина Белгија ратификовала.⁵² Такође, учествују се и тумачења по којима се ово право изводи из права на колективно преговарање, које је уставом гарантовано право.⁵³ Упркос томе што ово право експлицитно није прописано уставним нормама, професор Бланпен наводи: „право на штрајк се признаје у Белгији још од 1921. године, односно од тренутка када су укинуте одредбе Кривичног законика којима се предвиђала кривична одговорност запослених због учешћа у штрајку.“⁵⁴ Коначно, од посебног значаја за признавање права на штрајк је и одлука Врховног суда Белгије од 21. децембра 1981. године, којом је јасно утврђено од стране највишег суда у држави право запосленог да током трајања штрајка не извршава обавезе предвиђене уговором о раду, те да учешће у штрајку не представља незакониту радњу запосленог услед које може бити санкционисан од стране послодавца.⁵⁵

V Обуставе рада у периоду самоуправног социјализма

Као важно питање, које и даље представља предмет расправе у научним круговима, поставља се да ли је право на штрајк било признато на нашим просторима у периоду административног, а затим и самоуправног социјализма. Опште узев, а на основу анализе тада важећих уставних норми, у СФРЈ право на штрајк није било признато све до усвајања амандмана 1988. године на Устав СФРЈ из 1974, те се до тог тренутка не може говорити о конституционализацији права на штрајк на нашим просторима. Штрајкови су се током друге половине двадесетог века у ФНРЈ, а потом и у СФРЈ сматрали друштвено непожељном појавом везаном за капитализам и продуктом пролазних слабости социјалистичког друштва.⁵⁶ Такође, штрајкови су се посматрали и као апсурд у периоду самоуправног социјализма, а имајући у виду да су у том периоду радници били власници средстава за производњу и фактички носиоци политичке власти, те би у случају штрајка радници штрајковали сами против себе.⁵⁷ Упркос тим тврдњама, у прак-

52 K. Abelshausen, S. Claessens, S. Francken, Y. Mondelaers, 10.

53 *Ibid.*

54 R. Blanpain, 421.

55 K. Abelshausen, S. Claessens, S. Francken, Y. Mondelaers, 12.

56 С. Јашаревић, 218 и 232.

57 Небојша Попов, „Штрајкови у савременом Југословенском друштву“, *Социологија*, бр. 4/1969, 606.

си су се често дешавали штрајкови, односно обуставе рада од стране радника којима су одређена права била ускраћена, односно повређена.⁵⁸ Занимљиво је да су поједини аутори, како то Попов наводи, „избегавали употребу термина штрајк, истичући да се не ради о штрајковима јер су они карактеристични за капиталистичко друштво у коме постоји антагонистички сукоб класа, док у социјалистичком друштву таквог сукоба нема, те према њима радници у социјализму прекидају рад не да би освојили нова права, већ само ради реализације оних права која су им нормативно дата, али из различитих разлога нису остварена.“⁵⁹ Иако право на штрајк није било законски уређено у СФРЈ, током шездесетих година XX века приметан је пораст обустава рада широм државе, а тим поводом Председништво Савеза Комуниста Југославије је на седници одржаној децембра 1969. године усвојило Закључке о конфликтним ситуацијама у радним организацијама и задацима комуниста у њиховом самоуправном разрешавању. У наведеном закључку заступа се став да обуставе рада нису исто што и штрајк, јер је штрајк као метод за решавање колективног радног спора усмерен „на мењање постојећих продукционих односа“, док обуставе рада никако нису усмерене на укидање самоуправног социјализма.⁶⁰ И поред тога што се ствара јасан отклон од штрајка, изречене су и одређене критике на рачун обустава рада као метода за решавање спорова у оквиру радних организација. Између осталог, наводи се да обуставе рада имају економске последице по радне људе у колективу, а уједно успоравају и развој самоуправних односа, те исте не могу бити „пут за решавање проблема и тешкоћа“.⁶¹ Иако је јасно да је у периоду самоуправног социјализма штрајк сматран негативном појавом, која је блиска капиталистичким системима, не уочава се разлог зашто би се сматрао средством за укидање самоуправног социјализма, када су и обуставе рада и штрајкови усмерени на унапређење положаја запослених и вршење притиска да се поједини захтеви запослених испуне, а постојећи спор између радника и радне организације реши у корист радника и синдиката.

58 Попов наводи да је у периоду од 1958. до 1969. године на територији Југославије било 1732 регистрована штрајка, а поједини истраживачи тврде да их је било и знатно више, као и да су превасходно штрајковима прибегавали радници са нижим квалификацијама, а тиме и мањим примањима. Како Јованов наводи, „први штрајк у социјалистичкој Југославији избио је јануара 1958. године, 13 година после револуције и осам година после доношења Закона о управљању државним привредним предузећима од стране радних колектива, односно законског увођења радничког самоуправљања.“ Н. Попов, 610 и 612; Неца Јованов, *Раднички штрајкови у СФРЈ*, Запис, Београд, 1979, 18.

59 Н. Попов, 606.

60 Н. Јованов, 28.

61 *Ibid.*, 29.

Генерално, када се сагледа појам обуставе рада, учоава се да нема већих разлика у односу на појам штрајка и поред тога што је већи број аутора негирао наведено. Заједничко је да код оба облика колективне акције долази до обуставе рада од стране запослених, а са циљем да се прихвате истакнути захтеви и да се настали спор реши у њихову корист. Да би се утврдиле сличности и разлике између наведених појмова, неопходно је приступити дефинисању појма обуставе рада у СФРЈ. Према Јованову, већина аутора обуставу рада дефинише као спонтани протест једног дела радника ради вршења притиска у циљу решавања одређених проблема у оквиру радне организације.⁶² Професори Балтић и Деспотовић обуставу рада посматрају као краткотрајни прекид рада до којег долази у оквиру радних колектива и радних организација, а услед неравноправних односа у расподели личног дохотка у предузећу.⁶³ Исти аутори такође сматрају да обуставе рада представљају протест против бирократских узурпација у радној организацији и да се проблеми у оквиру радних организација морају решавати другим средствима – референдумом или унутрашњим договором, а не прекидом рада.⁶⁴ Опште узев, широко је било распрострањено мишљење да се обуставу рада битно разликује од штрајка, а са основним циљем да се докаже да у СФРЈ није било штрајкова, јер се сматрало да су штрајкови у основи уперени против друштвеног поретка, са посебним нагласком да обуставе рада нису биле усмерене против система, већ са идејом да у том систему одређена питања буду решена онако како би сам тај систем боље функционисао.⁶⁵ Следствено наведеном, закључује се да ови аутори, који штрајк везују за капиталистичке земље, негирају могућност организовања штрајка у СФРЈ, а да обуставе рада посматрају као метод за решавање насталог спора, са циљем унапређења положаја радника у радној организацији и уједно унапређења концепта радничког самоуправљања.

Поставља се питање, а под условом да се изнова приступи анализи горе наведених елемената појма штрајка, у складу са релевантним ставовима професора Шундерића, да ли уопште постоји разлика између појма штрајка и појма обуставе рада. Анализом прва два елемента, а то су да је дошло до престанка рада, односно да су запослени престали да извршавају обавезу рада преузету уговором о раду и да је у питању

62 *Ibid.*, 49–51.

63 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радној права Југославије – систем самоуправних међусобних радних односа и основни проблеми социологије рада*, Савремена администрација, Београд, 1979, 322–324.

64 *Ibid.*

65 Борислав Благојевић (ред.), *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1979, 832.

колективна обустава рада, не уочава се суштинска разлика између појма штрајка и појма обуставе рада. Такође, и код трећег елемента, елемента психолошке природе, а то је вршење притиска на послодавца да удовољи њиховим захтевима, не уочава се битна разлика, јер је и код једног и код другог облика прекида рада циљ вршење економског притиска на послодавца, односно радну организацију да удовољи захтевима организатора, а чији је циљ, како то професор наводи, задовољење економских и професионалних интереса по основу рада.⁶⁶ Стога би се могло закључити да су обуставе рада представљале облик колективне акције радника у периоду самоуправног социјализма које су садржале све елементе штрајка, те се не може уочити значајна разлика између та два појма, чиме се потврђује теза да се, и поред тога што право на штрајк није било признато уставним нормама нити уређено законом, исто остваривало од стране радника на нашим просторима у другој половини XX века.

Насупрот горе наведеном, у литератури се истиче да је 1971. године ипак „право на штрајк постало део нашег *corpus iurisa*“ ратификацијом Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима Уједињених нација од стране СФРЈ.⁶⁷ То проистиче из чињенице да се чланом осмим овог пакта гарантује право на штрајк, односно предвиђа да се „државе чланице овог пакта обавезују да обезбеде право на штрајк које се остварује према законима сваке земље“, те се следствено наведеном постављало питање да ли се СФРЈ придржава обавеза преузетих ратификацијом Пакта.⁶⁸ Стога су поједини аутори сматрали да је у периоду самоуправног социјализма штрајк ипак био допуштен, али под именом обуставе рада и да то генерално није било у супротности са обавезама СФРЈ у погледу одредаба ратификованог пакта, јер је управо и самим Пактом, као што се могло приметити, било предвиђено да се штрајк регулише у складу са националним потребама и законодавством.⁶⁹

66 Б. Шундерић (2005), 10–11.

67 Anton Ravnić, „Neki aspekti prava na štrajk u kapitalizmu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 1/1974, 33.

68 Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1971, чл. 8 ст. 4.

69 Спомиње се и једно стручно мишљење, а везано за наведено питање, којим је заступано прелазно решење, по којем ипак у СФРЈ постоји одређена солудија за штрајк кроз одредбе о обуставама рада, те је закључено да је неопходно да се преузме обавеза да се то решење догради. У случају да се докаже да битних разлика између штрајка и обуставе рада нема, онда се може одустати од термина обустава рада и прихватити термин штрајк, а ако се не би могао прихватити термин штрајк, онда би обавеза законодавца била да прописе о обустави рада прилагоди правилима о штрајку, како би се другачији назив могао бранити као терминолошка раз-

Међутим, као основни проблем у СФРЈ издваја се непостојање одговарајућег прописа којим би се уредило право на штрајк, односно право на обуставу рада у радној организацији. И када би се којим случајем прихватило горе наведено становиште, а у вези са признавањем права на штрајк чином ратификације Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима Уједињених нација, остаје проблем неуређености наведеног права у тадашњем правном систему и питање под којим условима су радници могли да остваре право на штрајк ако би се позивали на одредбе ратификованог Пакта. У недостатку прописа, радничке организације су имале могућност да санкционишу раднике који би учествовали у обуставама рада, односно у штрајку, чиме фактички долази до повреде тог права. Такође, као озбиљан недостатак неуређености права на штрајк у периоду самоуправног социјализма издваја се чињеница да се није могла одредити јасна граница између законитог и незаконитог штрајка, односно законите и незаконите обуставе рада, те је услед тога радничка организација одлучивала да ли ће радници који су учествовали у обустави рада бити санкционисани и на који начин.

Коначно, право на штрајк се признаје у СФРЈ тек амандманом из 1988. године, тридесет година од првих забележених обустава рада у ФНРЈ. Тим амандманом је предвиђено да „радници имају право на штрајк под условима утврђеним савезним законом.“⁷⁰ Међутим, савезни Закон о штрајку усвојен је тек три године касније, априла 1991. године, па се стога може закључити да је право на штрајк у СФРЈ уређено тек са усвајањем наведеног закона, само годину дана пре него што је дошло до дисолуције Југославије.⁷¹ Одредбе савезног Закона о штрајку умногоме су сличне одредбама важећег Закона о штрајку Републике Србије, што представља још један доказ да би ваљало приступити усвајању новог закона којим би се регулисало право на штрајк, а у складу са тенденцијама на тржишту рада и релевантним међународним и регионалним стандардима.

VI Закључак

Закључује се да је конституционализација права на штрајк важан сегмент признавања и регулисања овог права у домаћем и упо-

лика. И поред упућених предлога, како професор Брајић наводи, „Веће ССЈ није прихватило овај предлог и остало је у свему код решења о обуставама рада“. Влајко Брајић, „Значење међународних и европских стандарда у решавању радних спорова“, *Радно и социјално право*, бр. 3–6/1998, 8.

70 *Службени листи СФРЈ*, бр. 70/1988, амандман XXVIII.

71 Закон о штрајку, *Службени листи СФРЈ*, бр. 23/1991.

редноправним системима, али и да и даље остају одређена отворена питања у вези са делотворним остваривањем тог права. Упркос конституционализацији права на штрајк у нашем праву, неспорно је да закон и даље треба да буде основни извор за регулисање овог права, јер је, као што се могло приметити, то право признато нашим Уставом као основно социјално право. Ипак, мора се имати у виду да без детаљније законске уређености ово право неретко остаје „мртво слово на папиру“, што се могло приметити кроз примере Устава Народне Републике Кине и Устава Француске из 1946. године.

Међутим, и поред тога што се у Републици Србији деценију уназад најављује усвајање новог закона којим би се регулисало право на штрајк у складу са међународним стандардима, не би ваљало занемарити чињеницу да важећи Закон о штрајку садржи поједина решења од којих не би требало одступити, а која овај пропис, усвојен пре скоро четврт века, и даље разликују у односу на друге прописе којима се уређује право на штрајк у упоредном праву. Првенствено се ту мисли на дефинисање појма штрајка, јер се примећује да у великом броју система тај појам није регулисан законом нити уставним нормама, већ се даје слобода судској пракси да одреди појам штрајка. Наведено може изазвати одређени вид несигурности за организаторе штрајка, те се може закључити да је за делотворно остваривање тог права у пракси неопходно постојање прецизне законске дефиниције појма штрајка. Стога би можда ваљало у оквиру будућег закона, којим ће бити регулисано право на штрајк запослених, још више прецизирати појам штрајка навођењем битних елемената, који су јасно издвојени у радовима наших еминентних аутора. Наведено би сигурно отклонило поједине недоумице које се јављају приликом остваривања тог права.

Такође, и поред различитих модела који се јављају у упоредном праву, и даље се као одговарајући модел у погледу признавања права на штрајк издваја концепт који је заступљен и у Републици Србији, а то је концепт по којем се право на штрајк признаје као основни облик колективне акције, те следствено томе ни уставописац нити законописац не би требало да одступе од наведеног концепта. Евентуално, а у складу са наведеним моделом, ваљало би можда размотрити и могућност признавања права послодавцима на искључење са рада, које би послодавац могао остваривати само у изузетним околностима, јасно прецизираним законом. Делује да је такво решење много прихватљивије од решења присутних у појединим државама које имају дугу традицију у регулисању права на колективну акцију, а у оквиру којих се штрајк и локаут посматрају као средства исте вредности у колективним радним споровима, чиме се заборавља чињеница да је запослени слабија страна

у радном односу. Међутим, делује да конституционализација права на локаут није прихватљива, имајући у виду да се ово право не сврстава у основна економска и социјална права. Коначно, требало би прихватити и становиште по којем су бојкот и штрајкачка стража секундарни облици колективне акције, и да је њихова сврха превасходно усмерена на праћење и допуну штрајка као примарног облика колективне акције запослених, те би зато и та два облика колективне акције ваљало регулисати законом, а са циљем делотворнијег остваривања права на штрајк и заштите интереса запослених, чиме би се постигла потпуна промена овог права у пракси, а у складу са уставним гарантијама.

Коришћена литература

- Abelshausen Karl, Claessens Simon, Francken Stefanie, Mondelaers Yoko, „Belgium“, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A Study of National Law in Six EU States* (eds. Arabella Stewart, Mark Bell), The Institute of Employment Rights, Liverpool, 2008.
- Балтић Александар, Деспотовић Милан, *Основи радног њрава Јујославије – сисџем самоујравних међусобних радних односа и основни ѡроблеми социологије рада*, Савремена администрација, Београд, 1979.
- Birk Rolf, „Industrial Conflict: The Law of Strikes and Lock-outs“, *Comparative Labour Law and Industrial Relations* (ed. Roger Blanpain), Springer-Science – Business Media, 1982.
- Благојевић Борислав (ред.), *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1979.
- Благојевић Борислав, *Раднички штрајкови у светлосџи ѡрава*, Београд, 1940.
- Blanpain Roger, *Labour Law in Belgium*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.
- Брајић Влајко, „Значење међународних и европских стандарда у решавању радних спорова“, *Радно и социјално ѡраво*, бр. 3–6/1998.
- Bruun Niklas, Johansson Caroline, „Sanction for Unlawful Collective Action in the Nordic Countries and Germany“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Nr. 3/2014.
- Vodovnik Zvone, *Labour Law in Slovenia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Goldman Alvin L., Corrada Roberto L., *Labour Law in the USA*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018.

- Despax Michel, Rojot Jacques, Laborde Jean-Pierre, *Labour Law in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Dika Mihajlo, Potočnjak Željko, Gotovac Viktor, „Radni Sporovi“, *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Željko Potočnjak), Pravni fakultet u Zagrebu – Organizator, Zagreb, 2007.
- Јашаревић Сенад, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2000.
- Јовановић Предраг, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015.
- Kirchner Jens, Mittelhman Eva, „Labour Conflicts“, *Key Aspects of German Employment and Labour Law* (eds. Jens Kirchner, Pascal Kremp, Michael Magotosch), Springer, Berlin, 2010.
- Кошутић Будимир, *Колективни преговори, право на штрајк и локаут у савременим капиталистичким државама*, Савремена администрација, Београд, 1987.
- Кошутић Будимир, „Право на штрајк и *lock out* у француском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5–6/1985.
- Лубарда Бранко, *Радно право – расправа о доскојанскама на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Novitz Tonia, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Попов Небојша, „Штрајкови у савременом Југословенском друштву“, *Социологија*, бр. 4/1969.
- Potočnjak Željko, *Pravo na štrajk*, Pravni fakultet u Zagrebu – Savez samostalnih sindikata Hrvatske, Zagreb, 1992.
- Ravnić Anton, „Neki aspekti prava na štrajk u kapitalizmu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 1/1974.
- Stewart Arabella, „A Comparative Perspective on the Right to Strike: Conference Proceedings“, *The Right to Strike: A Comparative Perspective. A study of National Law in six EU States* (eds. Arabella Stewart, Mark Bell), The Institute of Employment Rights, Liverpool, 2008.
- Тороман Марија, „Законско регулисање права на штрајк“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1993.
- Uitz Renata, Sajo Andras, „Welfare Rights in Hungarian Constitutional Jurisprudence“, *Justiciability of Economic and Social Rights – Experiences from Domestic Systems* (ed. Fons Coomants), Intersentia, Antwerpen, 2006.

- Carter Donald D., England Geoffrey, Etherington Brian, Trudeau Gilles, *Labour Law in Canada*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001.
- Costello Kevin, *Labour Law in Ireland*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2003.
- Chang Kai, Lee Cooke Fang, „Legislating the right to strike in China: Historical development and prospects“, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 57, Nr. 3/2015.
- Шундерић Боривоје, Ковачевић Љубинка, *Радно љ право: љриручник за љолањање љравосудној исљиља*, Службени гласник, Београд, 2017.
- Шундерић Боривоје, *Коментљр Закона о шљрајку*, Јустинијан, Београд, 2005.
- Шундерић Боривоје, „Устав и радно право“, *Радно и социјално љ право*, бр. 1–6/2006.

Filip BOJIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO STRIKE

Summary

In anticipation of a new law that would regulate in detail, and in accordance with international standards and practice, the right of employees to strike, the author tries to consider certain important aspects of that right, as the basic form of collective action of employees. Therefore, the paper raises the issue of constitutionalization of the right to strike in domestic and comparative law, and at the same time problematizes the definition of the concept of strike by constitutional and legal norms. In order to better understand the problem, and in connection with the constitutionalization of the right to strike, using the comparative law method of research, special attention is paid to the constitutional guarantees of the right to strike in comparative law. Also, the author tries to theoretically determine the concept of strike, as well as to point out the important elements of the strike that are stated in certain scientific discussions. Finally, a critical review was given to the issue of regulating this right in our area in the period of self-governing socialism, when this right was not regulated by constitutional norms or a special law, and the similarities and differences between the concept of strike and the concept of work stoppage were analyzed.

Key words: Constitutionalization. – Strike. – Work Stoppage. – Constitution.

Датум пријема рада: 15. 11. 2020.

Датум исправке рада: 6. 12. 2020.

Датум прихватања рада: 11. 12. 2020.

UDK: 349:620.9(4-672EU:497.11) ; 339.13:620.9(497.11)

CERIF: S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004098N

Исидора НИКОЛИЋ САВИН, LL.M.*

адвокат у Новом Саду, докторандкиња Правног факултета Универзитета у Београду

ОБАВЕЗА РАЗДВАЈАЊА ДЕЛАТНОСТИ У ОБЛАСТИ ПРОИЗВОДЊЕ, СНАБДЕВАЊА, ПРЕНОСА И ДИСТРИБУЦИЈЕ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак

У раду су анализиране одредбе примарној и секундарној законодавства Европске уније, важећеј Закона о енергетици и одлука енергетских субјеката Републике Србије о обавези међусобној раздвајања појединих енергетских делатности, као што су производња, снабдевање, пренос и дистрибуција електричне енергије. Посебна пажња посвећена је регулисању овој питања у „Енергетским пакетима“ Европске уније и реорганизацији електроенергетској сектора у Републици Србији. Такође су разматране врсте раздвајања делатности – у хоризонталном и вертикалном смислу, као и по појединим његовим врстама образованим према природи раздвајања – рачуноводствено, функционално, правно и својинско раздвајање делатности.

* Електронска адреса аутора: ins@nikolicsavin.com.

Кључне речи: *Раздвајање делатности. – Право енергетике. – Право конкуренције. – Закон о енергетици. – Енергетски пакети ЕУ.*

І Уводне напомене

Тржиште производње, преноса и дистрибуције електричне енергије је веома подложно потенцијалном нарушавању конкуренције на релевантном географском тржишту путем дискриминације и међусобног субвенционисања енергетских субјеката због саме природе електроенергетских делатности, која у једном свом делу (тј. у области преноса и дистрибуције) углавном подразумева постојање природног монопола у рукама вертикално, односно хоризонтално интегрисаних електроенергетских предузећа.¹

Наиме, уколико је једно, јединствено електроенергетско предузеће истовремено произвођач, дистрибутер, снабдевач и преносник електричне енергије на одређеном релевантном географском тржишту, оно само по себи долази у прилику да наруши основне принципе слободне конкуренције тиме што ће онемогућити конкурентима приступ електроенергетској инфраструктури, што може на крају довести до повећања цене електричне енергије за крајње потрошаче. Ова појава назива се природним монополом уколико осликава стање настало у условима у којима конкуренција више предузећа није одржива услед постојања економије обима.²

Због тога су законодавци у већини јурисдикција уложили знатне напоре да уведу обавезу међусобног раздвајања појединих енергетских делатности, као и додатне обавезе у погледу раздвајања рачуна енергетских субјеката (у смислу раздвојености вођења рачуноводствене евиденције и сачињавања финансијских извештаја). Пандан појму раздвајања делатности у овом смислу на енглеском језику гласи „*unbundling*“, и као такав употребљава се у прописима Европске уније и релевантној научној литератури и публикацијама. У Европској заједници демонополизација тржишта електричне енергије започета је још последње деценије ХХ века – усвајањем тзв. „Првог енергетског пакета“,³

1 За сврхе овог рада, термин „предузеће“ користи се у свом економском смислу и подразумева привредни субјект у оквиру кога се обавља одређена привредна делатност. Вид., примера ради, Ђорђе Попов, Фуада Станковић, *Основи економије*, 4. издање, Службени гласник, Београд, 2020.

2 Борис Беговић, Владимир Павић, Душан Поповић, *Увод у право конкуренције*, 3. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 33.

3 Више вид. Philip Lowe, Ingrida Pucinskaite, William Webster, Patrick Lindberg, „Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector In-

док је у Републици Србији овај процес формално започет тек усвајањем Закона о енергетици из 2011. године.⁴

II Појам раздвајања

Појам раздвајања за сврхе овог рада подразумева раздвајање конкурентних енергетских делатности производње и снабдевања од неконкурентних делатности управљања мрежом преноса и дистрибуције електричне енергије, који је у том значењу прихваћен у електроенергетским прописима ЕУ и Републике Србије. Раздвајањем се постижу бројне погодности за крајње потрошаче и само тржиште електричне енергије, од којих су најочигледније оне у смислу заштите конкуренције и побољшања ефикасности и квалитета услуга електроенергетских субјеката. Разлог за то лежи у чињеници да електромрежа која повезује постројења за производњу електричне енергије и потрошаче представља тржишну инфраструктуру коју није исплативо дуплирати, услед чега субјекти који контролишу мрежу заправо имају (природни) монопол.⁵ У условима природног монопола (дакле, монопола насталог природним путем, без икакве интервенције државе), покушај успостављања конкуренције не би био оправдан нити одржив, имајући у виду велике фиксне трошкове електроенергетске делатности.⁶

Раздвајање се може извршити у вертикалном или хоризонталном смеру. Вертикалним раздвајањем се назива раздвајање делатности производње, преноса, дистрибуције и малопродаје електричне енергије. Заправо, вертикалним раздвајањем међусобно се одвајају потенцијално конкурентни сегменти тржишта електричне енергије, у којима може учествовати више учесника (као што су производња и малопродаја електричне енергије), од неконкурентних сегмената (као што су пренос и дистрибуција електричне енергије), у којима, по правилу, наступа једно предузеће које самостално управља инфраструктурном мрежом. Хоризонталним раздвајањем сматра се образовање више међусобно конкурентних предузећа за обављање било које од законом предвиђених енергетских делатности.⁷

quiry“, *Competition Policy Newsletter*, Nr. 1/2007, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf, 5. 11. 2020.

4 Закон о енергетици из 2011. године, *Службени гласник РС*, бр. 57/2011, 80/2011.

5 FSR (Florence School of Regulation), *Unbundling in the European electricity and gas sectors*, 2020, доступно на адреси: <https://fsr.eui.eu/unbundling-in-the-european-electricity-and-gas-sectors/>, 11. 11. 2020, интернет извор без броја стране.

6 Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 40.

7 Важећим Законом о енергетици предвиђене су следеће енергетске делатности у области електричне енергије: производња електричне енергије; комбинована про-

Према природи раздвајања, оно може бити рачуноводствено, функционално, правно и својинско, према различитом степену међусобне одвојености сегмената унутар једног вертикално интегрисаног енергетског субјекта. „Енергетски пакети ЕУ“ постепено су појачавали захтеве према државама-чланицама у погледу раздвојености њихових електроенергетских субјеката, па се од обавезе вођења раздвојене рачуноводствене евиденције унутар њих, предвиђене „Првим енергетским пакетом“, стигло до обавезе држава-чланица из „Четвртог енергетског пакета“ да обезбеде раздвајање у погледу идентитета носиоца права својине над мрежом за пренос електричне енергије, тако да једно лице не може истовремено да има контролу над преносом и било којим од друга два електроенергетска сектора.⁸

Поменуте различите врсте раздвајања носе различит ниво стварне раздвојености појединих енергетских делатности унутар вертикално интегрисаног енергетског субјекта. Раздвајање рачуна подразумева најнижи ниво раздвајања, јер се у том случају од енергетског субјекта захтева само да води посебно рачуноводство за сваку своју делатност и да посебно исказује приходе и расходе за сваку од њих. Следећи степен раздвајања јесте функционално раздвајање, које захтева од енергетског субјекта да успостави унутрашњу организацију у којој ће управљање мрежом и конкурентне активности бити подељене између организационих јединица које доносе одлуке независно једна од друге. Правно раздвајање подразумева оснивање или издвајање посебног правног лица које управља преносном мрежом (које, међутим, и даље може остати у власништву претходно вертикално интегрисаног електроенергетског субјекта, али и не мора – може бити основано као сасвим одвојено правно лице, које само управља системом мреже која остаје у власништву интегрисаног субјекта). Крајњи облик раздвајања је својинско раздвајање, које подразумева да субјекат који поседује мрежу или њоме управља не може ни на који начин учествовати у другим електроенергетским делатностима, и обратно – субјекти за производњу и снабдевање електричном енергијом не могу имати својински удео у субјекту којој поседује мрежу или њоме управља.

изводња електричне и топлотне енергије; пренос електричне енергије и управљање преносним системом; дистрибуција електричне енергије и управљање дистрибутивним системом; дистрибуција електричне енергије и управљање затвореним дистрибутивним системом; снабдевање електричном енергијом; снабдевање на велико електричном енергијом; управљање организованим тржиштем електричне енергије. Закон о енергетици – ЗоЕ, *Службени гласник РС*, бр. 145/2014 и 95/2018 – др. закон, чл. 16.

8 Директива о заједничким правилима за унутрашње тржиште електричне енергије из 2019. године (*Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU*, *OJ L 158*, 14. 6. 2019; даље у фуснотама: Преобликована електроенергетска директива), преамбула тач. 68.

Спровођење раздвајања захтева посвећеност државне управе и темељну реформу јавних политика и релевантних прописа. Поред тога, оно подразумева и спровођење широке кампање подизања свести о користима спровођења раздвајања, будући да реформа ове врсте неретко доводи до снажног отпора субјеката који су до датог момента имали фактички монопол на електроенергетском тржишту.⁹

III Раздвајање у електроенергетском сектору ЕУ

Пре Уговора из Лисабона, којим су уведене експлицитне одредбе о солидарности држава-чланица у области снабдевања енергијом и заједничкој енергетској политици ЕУ додавањем Поглавља XX, односно члана 176А¹⁰ (који по новој нумерацији уведеној Уговором о функционисању ЕУ носе ознаку XXI, односно члан 194),¹¹ питања која се тичу енергетике била су регулисана на нивоу Европске заједнице у оквиру одредаба Оснивачких уговора о заједничком тржишту и заштити животне средине.

Настојање Европске комисије да се што пре постигне виши степен уједначавања циљева држава-чланица у погледу успостављања јединства европског енергетског тржишта изражено је први пут у њеном радном документу из 1988. године, под називом „Унутрашње енергетско тржиште“,¹² који се, између осталог, бавио и неопходношћу постепене либерализације енергетског сектора у државама-чланицама, а као стратешки циљ од највеће важности поставио стварање унутрашњег енергетског тржишта које ће бити засновано на принципима поштовања конкуренције и солидарности.¹³

9 Препреке и изазови у поступку спровођења раздвајања детаљно су обрађени на илустративном примеру Јужноафричке Републике. Више о томе вид. Power Futures South Africa, What is unbundling? Understanding electricity sector unbundling in SA, 2019, доступно на адреси: <https://www.powerfutures.org/updates/2019/2/6/what-is-unbundling-understanding-electricity-sector-unbundling-in-sa>, 5. 11. 2020, интернет извор без броја стране.

10 Уговор из Лисабона (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ C 306, 17. 12. 2007*), чл. 176А.

11 Консолидоване верзије Уговора о оснивању Европске уније и Уговора о функционисању Европске уније (*Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26. 10. 2012*), чл. 194.

12 Радни документ Европске комисије о Унутрашњем енергетском тржишту (*The Internal Energy Market – Commission Working Document, COM(88) 238 final, Brussels, 1988*).

13 *Ibid.*, тач. 33 и 35: „These general considerations whose relevance to energy is increasing because of its strategic role, [...] fully justify the necessity for Europe to bring about a genu-

Циљеви либерализације енергетског тржишта постављени овим документом постепено су реализовани у годинама које су уследиле – у прво време тек појединачним директивама које су се тицале прекограничног преноса електричне енергије и гаса, као што је нпр. Директива о транспарентности цена гаса и електричне енергије од 29. јуна 1990. године.¹⁴ Најважнији корак у том смислу предузет је Уговором из Мастрихта (Уговором о оснивању Европске уније) из 1992. године, који је први оснивачки уговор који је садржао експлицитне одредбе о енергетици. У члану 3 овог уговора, који наводи области делатности Европске уније, енергетика је наведена као једна од њих; у XII поглављу енергетска инфраструктура и повезивање наведени су као један сегмент „трансевропске мреже“, док је промовисан и слободан приступ националним мрежама и заштита потрошача.¹⁵ На основу Уговора из Мастрихта, Европска комисија усвојила је 1995. године тзв. „Белу књигу“, којом је поставила темеље развоја заједничке енергетске политике, која се, између осталог, заснива на слободној конкуренцији.¹⁶

Будући да Уговор из Амстердама и Уговор из Нице не садрже никакве експлицитне одредбе о енергетици, у Европској унији транзиција тржишта електричне енергије са монополистичких на тржишне принципе несумњиво и иреверзибилно је заправо спроведена тек на основу Уговора из Лисабона донетог „Првог енергетског пакета“, односно Директиве о општим правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије из 1996. године.¹⁷ У то време, већина електроенергетских тржишта у свету била је монополизована и у државним рукама, док је Европски парламент основ да донесе прописе о либерализацији тржишта гаса и електричне енергије и њиховом постепеном отварању за

ine single market in the energy sector.“ и „[...] which give the Commission its own powers to ensure competition is respected and solidarity is implemented [...]“

- 14 Бранимир Нешић, „Настанак и развој права Европске уније у области енергетике“, *Сјрани йравни живойй*, бр. 2/2016, 231–241. Директива о транспарентности цена гаса и електричне енергије (*Council Directive 90/377/EEC of 29 June 1990 concerning a Community procedure to improve transparency of gas and electricity prices charged to industrial end-users*, OJ L 185, 17. 7. 1990).
- 15 Уговор о оснивању Европске уније (Мастрихт) (*Treaty on European Union*, OJ C 191, 29. 7. 1992).
- 16 Бела књига – Енергетска политика за Европску унију (*White Paper – An Energy Policy for the European Union*, Brussels, 13. 12. 1995), доступно на адреси: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bc335af2-4ed1-4690-8a0d797613dbd5f0/language-en>, 12. 11. 2020.
- 17 Директива о општим правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије из 1996. године (*Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity*, OJ L 27, 30. 1. 1997).

слободну конкуренцију нашао у Оснивачким уговорима, остављајући државама-чланицама рок за имплементацију (у области електричне енергије) до 1998. године.¹⁸ Међутим, „Први енергетски пакет“ није експлицитно предвидео механизам контроле спровођења раздвајања, односно њиме је предвиђено само раздвајање управљања и рачуноводствене евиденције сектора преноса и дистрибуције од остатка предузећа.

Принципи слободне конкуренције у области енергетике потврђени су „Другим енергетским пакетом“, у оквиру кога је тржишту електричне енергије посвећена Директива о општим правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије из 2003. године.¹⁹ Овом Директивом поштрене су обавезе држава-чланица у погледу раздвајања, а уз њу су такође усвојене уредбе са обавезујућим смерницама за олакшање прекограничне конкуренције.²⁰ Међутим, услед тога што су на заједничком тржишту преостале бројне препреке за спровођење циљева и принципа утврђених „Другим енергетским пакетом“, Европска комисија је средином 2005. године покренула поступак секторске анализе на тржишту електричне енергије и гаса, на основу које је усвојила и објавила Коначни извештај о секторској анализи.²¹ Како наводе Виш и Бејли, Комисија је овом приликом утврдила да енергетско тржиште не функционише како треба.²² У овом извештају, спровођење раздвајања на тржишту електричне енергије идентификовано је као један од недовољно испуњених циљева, који ће у будућности бити један од приоритета, а предлози Комисије у том смислу наведени су у прилогу коначног извештаја под називом „Перспективе унутрашњег тржишта гаса и електричне

18 Вид. Документ о унутрашњем енергетском тржишту (*Internal Energy Market*), доступно на адреси: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_2.1.9.pdf, 5. 11. 2020, 1.

19 Директива о општим правилима за унутрашње тржиште електричне енергије из 2003. године (*Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC – Statements made with regard to decommissioning and waste management activities*, OJ L 176, 15. 7. 2003; даље у фуснотама: Друга електроенергетска директива).

20 Примера ради, Уредба о условима приступа мрежи прекограничног преноса електричне енергије (*Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity*, OJ L 176, 15. 7. 2003).

21 Коначни извештај о секторској анализи на тржишту гаса и електричне енергије (*Communication from the Commission Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)*, Brussels, 10. 1. 2007), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:EN:PDF>, 12. 11. 2020.

22 Richard Wish, David Bailey, *Competition Law*, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 989.

енергије.²³ Укратко, „Другим енергетским пакетом“ уведено је раздвајање посебних правних лица за поједине енергетске делатности унутар вертикално интегрисаних енергетских предузећа и њихова независност у одлучивању. Такође, овом „Другом електроенергетском директивом“ били су предвиђени одређени изузеци од обавезног раздвајања, којима се омогућавало изузеће малих предузећа за дистрибуцију електричне енергије (која обухватају мање од 100.000 корисника или „мале изоловане системе“) од обавезе раздвајања уколико би им она наметала непропорционалан финансијски и административни терет.²⁴

„Трећи енергетски пакет ЕУ“ ступио је на снагу септембра 2009. године, а уведен је Директивом о општим правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије из 2009. године.²⁵ „Трећи енергетски пакет“ предвидео је исте обавезе у погледу правног и функционалног раздвајања као и „Други енергетски пакет“, уз увођење службе за надзор спровођења тих обавеза, односно сертификацију коју спроводе национални регулаторни органи. Раздвајање у смислу промене носиоца права својине и даље не представља обавезу. Ова Директива ће престати да важи 31. децембра 2020. године, када ступи на снагу Директива о заједничким правилима за унутрашње тржиште електричне енергије, која је део Енергетског пакета „Чиста енергија за све Европљане“ из 2015. године, који обухвата осам легислативних аката.²⁶

Ова „Преобликована електроенергетска директива“ (*Recast Electricity Directive*), која ступа на снагу 1. јануара 2021. године, изричито поставља раздвајање као једну од основних премиса и кључних правила за функционисање електроенергетског тржишта на недискриминаторним и конкурентним основама, с тим што она фокус пребацује на раздвајање власништва над преносном мрежом и њену независност од свих интереса у вези са производњом и снабдевањем, као и на потпуну независност оператора дистрибутивног система у смислу правне форме, организације и одлучивања, које види као једини начин решавања инхерентног сукоба интереса и обезбеђења сигурности снабдевања.²⁷

23 Перспективе унутрашњег тржишта гаса и електричне енергије (*Prospects for the internal gas and electricity market*, 10. 1. 2007), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127075>, 12. 11. 2020.

24 Друга електроенергетска директива, чл. 26 ст. 4.

25 Директива о општим правилима о унутрашњем тржишту електричне енергије из 2009. године (*Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC*, OJ L 211, 14. 8. 2009).

26 Вид. European Commission, Clean Energy for all Europeans package, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en, 12. 11. 2020, интернет извор без броја стране.

27 Имплементација одредаба о раздвајању ОПС-а и ОДС-а – ажурирање и преглед енергетског пакета (*Implementation of TSO and DSO Unbundling Provisions – Update*

Осим што задржава сва решења предвиђена „Трећим енергетским пакетом“, новом директивом препоручује се да самосталност дистрибуције и раздвајање управљања преносном мрежом од делатности производње и снабдевања буде спроведено не само широм Европске уније, него да буде проширено и на енергетске субјекте ван ње, при чему би регулаторна тела требало да буду овлашћена да не сертифициују операторе система преноса који не испуњавају захтеве у погледу раздвајања. У погледу раздвајања субјеката за дистрибуцију, „Преобликована директива“ такође задржава сва решења предвиђена „Трећим енергетским пакетом“, али уводи и нека нова у вези са својиним над постројењима за складиштење енергије, новим технологијама и новоустановљеним „Грађанским енергетским заједницама“.²⁸ Поред изузетака предвиђених претходним електроенергетским директивама, „Преобликована Директива“ уводи и дозвољеност привременог одступања од апсолутне обавезе раздвајања у случајевима тзв. „хибридних офшор постројења“ (којима се електрична енергија генерисана у ветропарковима на отвореном мору преноси до копнене мреже).

IV Раздвајање у електроенергетском сектору Републике Србије

Важећи ЗоЕ изричито предвиђа да се енергетске делатности производње електричне енергије и комбиноване производње електричне и топлотне енергије, снабдевање електричном енергијом на мало и велико и управљање организованим тржиштем електричне енергије обављају у складу са тржишним принципима.

У складу са „Трећим енергетским пакетом“, важећи ЗоЕ предвиђа обавезу раздвајања у погледу:

- 1) рачуна;
- 2) оператора преносног система;
- 3) оператора дистрибутивног система електричне енергије.

Раздвајање рачуна предвиђено је чланом 18 важећег ЗоЕ и подразумева да субјект који обавља једну или више енергетских делатности, или који поред тих делатности обавља и делатности које се не сматрају енергетским, има обавезу да води засебне рачуне за сваку од регулисаних енергетских делатности у својим интерним рачуноводственим

and Clean Energy Package Outlook), 14. 6. 2019, доступно на адреси: <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/f69775aa-613c-78a5-4d96-8fd57e6b77d4>, 5. 11. 2020, 44; Преобликована електроенергетска директива, преамбула тач. 68.

28 Преобликована електроенергетска директива, чл. 2 тач. 11.

обрачунами и да сачини годишњи биланс стања и успеха за сваку делатност појединачно. Контролу извршавања ове обавезе обавља Агенција за енергетику Републике Србије.

Обавеза раздвајања оператора преносног система предвиђена је чланом 98 важећег ЗоЕ ради ефикасног остваривања независности оператора преносног система, и то тако што се забрањује да исто лице спроводи контролу над субјектима који обављају делатност производње или снабдевања електричном енергијом док истовремено спроводе контролу над оператором преносног система или преносним системом.

Обавеза раздвајања оператора дистрибутивног система електричне енергије предвиђена је чланом 131 важећег ЗоЕ, и подразумева да оператор дистрибутивног система, који је део вертикално интегрисаног предузећа, мора бити независан у смислу правне форме, организације и одлучивања и других делатности које нису повезане са делатношћу дистрибуције електричне енергије, при чему независност не подразумева нужно и обавезу одвајања власништва над средствима дистрибутивног система од вертикално интегрисаног предузећа.

Надзор над процесом либерализације тржишта електричне енергије ЗоЕ из 2012. године је, у складу са „Другим енергетским пакетом“, поверио Агенцији за енергетику Републике Србије, као независном регулаторном телу. Агенција контролише усклађеност пословања енергетских субјеката са прихваћеним међународним обавезама и важећим прописима и усмерава и унапређује развој тржишта електричне енергије на принципима недискриминације и ефикасне конкуренције.²⁹

Електроенергетско тржиште Републике Србије, иако формално отворено за конкуренцију, и даље је под доминантним утицајем Јавног предузећа „Електропривреда Србије“ – ЈП „ЕПС“ и њихових подређених друштава и других привредних друштава у својини Републике Србије. Конкуренција на тржишту електричне енергије Републике Србије унеколико је унапређена 1. јануара 2015. године, од када и домаћинства могу потпуно слободно да бирају снабдевача електричном енергијом.³⁰ Међутим, послови производње, дистрибуције и снабдевања електричном енергијом фактички су остали у оквиру ЈП „ЕПС“ и његових подређених друштава. Према Плану реорганизације ЈП „ЕПС“ из 2014. године, који је усвојен Закључком Владе Републике Србије 05 број 023–15149/2014 од 27. новембра 2017. године, ЈП „ЕПС“ је требало да промени правну форму у акционарско друштво до септембра 2016. године, али се то још није догодило.

29 Закон о енергетици из 2012. године, *Службени гласник РС*, бр. 57/2011, 80/2011, 93/2012 и 124/2012, чл. 36.

30 Стратегија развоја енергетике Републике Србије до 2025. године са пројекцијама до 2030. године, *Службени гласник РС*, бр. 101/2015.

Скоро целокупна производња електричне енергије (ако изуземо локалне термоелектране – топлане и занемарљиве, иако са еколошког становишта веома упитне, мини-хидроелектране и ветропаркове) у рукама је ЈП „ЕПС“ и њених термо и хидроелектрана.³¹ Целокупном дистрибутивном мрежом управља оператор дистрибутивног система „ЕПС дистрибуција“ д.о.о. Београд, које је подређено друштво ЈП „ЕПС“ (са 100% удела у његовом власништву) настало припајањем наведеном друштву регионалних центара („Електровојводина“ д.о.о. Нови Сад, „Електросрбија“ д.о.о. Краљево, „Центар“ д.о.о. Крагујевац и „Југоисток“ д.о.о. Ниш), у складу са Програмом реорганизације Јавног предузећа „Електропривреда Србије“ Београд, који је Влада Републике Србије прихватила Закључком 05 број 023–15149/2014 од 27. новембра 2014. године.

У складу са „Трећим енергетским пакетом“ и ЗоЕ, предузеће за дистрибуцију електричне енергије које је део вертикално интегрисаног предузећа мора бити независно у смислу правне форме, организације и одлучивања од других делатности које нису повезане са делатношћу дистрибуције електричне енергије. Такође, према члану 132 ЗоЕ, оператор дистрибутивног система који је део вертикално интегрисаног предузећа дужан је да донесе Програм усклађености за обезбеђивање недискриминаторног понашања, који садржи мере у циљу спречавања дискриминаторног понашања, начин праћења спровођења тих мера и обавезе запослених за постизање постављених циљева, као и да именује лице одговорно за праћење усклађености које припрема годишњи извештај о спровођењу програма усклађености и доставља га Агенцији за енергетику на сагласност. Извештај о спровођењу Програма усклађености објављује се на интернет страницама оператора дистрибутивног система и Агенције за енергетику.³²

Снабдевање купаца електричном енергијом на гарантованом, комерцијалном и резервном тржишту такође је у рукама ЈП „ЕПС“, које га спроводи путем свог огранка „ЕПС снабдевање“, који је до 2015. године био у форми д.о.о, па је на основу уговора о статусној промени припојен матичном друштву (у складу са циљевима оптимизације пословања ЈП „ЕПС“, утврђеним Планом реорганизације који је прихватила Влада Републике Србије Закључком 05 број 023–15149/2014 од 27. новембра 2014).

31 Електропривреда Србије, Технички годишњак за 2018. годину, доступно на адреси: http://www.eps.rs/cir/SiteAssets/Pages/tehnicki-izvestaji/TEH_Godisnjak2018_web.pdf, 12. 11. 2020, 4.

32 Акти на које Агенција за енергетику даје сагласност доступни су на адреси: <https://www.aers.rs/Index.asp?!=1&a=94>, 5. 11. 2020.

Послови преноса електричне енергије, управљања преносним системом и организације тржишта електричне енергије раздвојени су у посебно привредно друштво – ЈП „Електроурежа Србије“ Београд Одлуком Владе Републике Србије 05 број 023–397/2005–1 од 27. јануара 2005.³³ Друштво је почело са радом 1. јула 2005. године, а правну форму променило је из јавног предузећа у акционарско друштво 8. новембра 2016. године, између осталог и због обавеза преузетих Споразумом о стабилизацији и придруживању.³⁴ Пословање овог друштва регулисано је Правилима о раду тржишта електричне енергије, и заснива се на принципу конкуренције и уклапања у јединствено европско тржиште.³⁵

Према извештају о мониторингу електроенергетског сектора шест земаља Западног Балкана, који је издао Секретаријат Енергетске заједнице у мају 2019. године, раздвајање оператора преносног система није у целости спроведено у складу са „Трећим енергетским пакетом“, јер није спроведено својинско раздвајање.³⁶

V Закључак

Од самог настанка Европске уније, њени прописи и смернице у области електроенергетике прогресивно су мењани како би се пратио технолошки напредак и обезбедио што виши степен транспарентности и конкурентности тржишта. Сходно томе, постепено су поштровани и захтеви за правно, функционално и својинско раздвајање сегмената унутар вертикално интегрисаних енергетских субјеката. Тако се пошло од обавезе вођења одвојене рачуноводствене евиденције за поједине енергетске делатности унутар вертикално интегрисаних електроенергетских предузећа, да би се стигло до обавезе раздвајања у смислу личности носиоца контролног интереса над оператором преносне мреже и операторима дистрибутивног система и система снабдевања.

33 Одлука Владе Републике Србије 05 број 023–397/2005–1 од 27. јануара 2005. године, *Службени гласник РС*, бр. 12/2005.

34 ЕМС а.д. Београд, Информатор о раду, новембар 2020, доступно на адреси: http://ems.rs/media/uploads/Informator_o_radu_EMS_AD%20-%20Copy%208.pdf, 11. 11. 2020, 3.

35 ЕМС а.д. Београд, Правила о раду тржишта електричне енергије, новембар 2016, доступно на адреси: <http://ems.rs/media/uploads/2017/Pravila%20o%20radu%20trzista/Pravila%20o%20radu%20trzista%20elektricne%20energije%20-%202009.12.2016.pdf>, 11. 11. 2020.

36 Секретаријат Енергетске заједнице, Извештај о мониторингу електроенергетског сектора шест земаља Западног Балкана (*Energy Community Secretariat, WB6 Electricity Monitoring Report*), мај 2019, доступно на адреси: https://www.energy-community.org/regionalinitiatives/WB6/Monitoring_EL.html, 5. 11. 2020, 26.

У Републици Србији спроведено је делимично усаглашавање са одредбама „Трећег енергетског пакета“ доношењем Закона о енергетици 29. децембра 2014. Његова потпуна имплементација подразумева решавање многих претходних питања и измену већег броја прописа, а пре свега је неопходно обезбедити одвојеност јавних тела која су надлежна за надзор над обављањем делатности преноса електричне енергије, са једне стране, и над делатностима производње и снабдевања електричном енергијом, са друге стране. Такође је потребно обезбедити да контролу над тим телима не врши исти државни орган.³⁷ До сада је спроведено правно раздвајање друштва за пренос, дистрибуцију и снабдевање електричном енергијом, али функционално и својинско раздвајање није – нити то дозвољавају тренутно важећи прописи о јавној својини и јавним предузећима.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић Душан, *Увод у право конкуренције*, 3. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.
- Wish Richard, Bailey David, *Competition Law*, 7th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Lowe Philip, Pucinskaite Ingrida, Webster William, Lindberg Patrick, „Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry“, *Competition Policy Newsletter*, Nr. 1/2007, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf, 5. 11. 2020.
- Нешић Бранимир, „Настанак и развој права Европске уније у области енергетике“, *Сѝрани ѝравни живоиѝ*, бр. 2/2016.
- Попов Ђорђе, Станковић Фуада, *Основи економије*, 4. издање, Службени гласник, Београд, 2020.

37 Стратегија развоја енергетике Републике Србије до 2025. године са пројекцијама до 2030. године, поглавље 6.3.

Isidora NIKOLIĆ SAVIN, LL.M.
Attorney at Law, PhD student at the University of Belgrade
Faculty of Law

UNBUNDLING IN THE FIELD OF GENERATION, SUPPLY, TRANSMISSION AND DISTRIBUTION OF ELECTRICAL ENERGY IN THE LAWS OF REPUBLIC OF SERBIA AND THE EUROPEAN UNION

Summary

This paper synthesizes provisions of the primary and secondary EU legislation, as well of the applicable Energy Act and decisions rendered by energy entities of the Republic of Serbia in relation to unbundling in respective energy activities, such as the generation, transmission and distribution of electric energy. A particular emphasis has been put therein on regulation of this issue by the EU Energy Packages and the consequent reorganization of the electricity sector in the Republic of Serbia. The text also discusses the modes of unbundling in horizontal and vertical terms and per its respective forms – established according to the nature thereof, i.e. unbundling in accounting, functional, legal and proprietarial terms.

Key words: *Unbundling. – Energy Law. – Competition Law. – Energy Act. – EU Energy Packages.*

Датум пријема рада: 1. 12. 2020.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2020.

UDK: 347.751 ; 336.781.5

CERIF: S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004112P

Катарина ПЕТРОВИЋ*
мастер правник

ПРАВО НА КАМАТУ ПРЕМА ОДРЕДБАМА КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Сажетак

Раг је посвећен анализи члана 78 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе, који због своје недовољне одређености ствара мноштво расправе – како у теорији, тако и у пракси, што неминувано доводи до нарушавања једнообразности у примени Конвенције. У раду се излажу доминантни теоријски ставови при решавању питања камате, као и судска и арбитражна пракса у овој материји. Да би се обезбедила предвидљивост и правна сигурност у међународној трговини, овај рад је посвећен изналажењу униформној и комерцијално реалистичној решења за обрачун камате, а на основу саме Конвенције.

Кључне речи: Бечка конвенција. – Меродавно право за каматну стоју.
– Судска и арбитражна пракса. – Униформно решење.

* Електронска адреса аутора: katarinar970@gmail.com.

I Увод

У циљу стварања инструмента материјалноправне унификације међународног трговинског права на глобалном нивоу, Уједињене нације су на конференцији одржаној у Бечу 11. априла 1980. године усвојиле Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе.¹ Ипак, тежња ка достизању минималног глобалног консензуса довела је до нерегулисања многих правних питања у оквиру Конвенције, услед културних, верских, политичких и економских различитости између држава које су учествовале на конференцији.² Једно од таквих питања јесте право на камату, прописано чланом 78 Конвенције.³ Овај члан прописује опште право на камату.⁴ Само у случајевима када треба вратити цену због раскида уговора, не примењује се члан 78 за обрачун камате, већ члан 84 став 1,⁵ као посебно правило.⁶

- 1 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*; даље у тексту и фуснотама: Бечка конвенција), доступно на адреси: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, 15. 4. 2019. Конвенција је ступила на снагу 1. јануара 1988. године, пошто ју је ратификовало 11 држава. Донета је у циљу повећања ефикасности међународне трговине и подстицања њеног даљег развоја. До данашњег дана, ову Конвенцију је ратификовало 89 држава и представља један од најуспешнијих међународних уговора. Списак држава које су ратификовале Конвенцију је доступан на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, 15. 4. 2019. Нацрт Конвенције је припремала Комисија УН за међународно трговинско право (*UNCITRAL*). Нацрт представља њен велики успех, с обзиром на то да се три четвртине светске трговине одвија према њеним правилима (ако њена примена није искључена). Вид. Милена Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, 259–260.
- 2 Klaus Bacher, „Article 78“, *Schlechtriem & Schwenzler – Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzler), Oxford University Press, Oxford, 2016, 1112.
- 3 Бечка конвенција, чл. 78: „Ако једна страна не плати цену или неки други износ са којим је у заостатку, друга страна има право на камату на такав износ, а да тиме не губи право да тражи накнаду штете која јој припада на основу члана 74.“
- 4 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (ed. Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 602; Joseph Lookofsky, „The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Encyclopaedia of Laws – Contracts* (eds. Jacques Herbots, Roger Blanpain), Kluwer Law International, The Hague, 2000, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo78.html>, 15. 4. 2019, 159; Christian Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1998, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране.
- 5 Бечка конвенција, чл. 84 ст. 1: „Ако је продавац дужан да врати цену, он такође мора да плати камату на њу, почев од дана када му је цена исплаћена.“

Међутим, ни један ни други члан не одређују висину каматне стопе која се има применити. Треба имати у виду да је питање камате намерно остављено отворено, јер на конференцији није могла да се постигне сагласност између делегата држава.⁷ Као последица оваквих

6 K. Bacher, 1111; Leung Sze Lum, „A Critical Evaluation of Methods for the Calculation of Interest Rate under Article 78 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *The Comparative Law Journal of the Pacific, Special Issue: Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, 2015, доступно на адреси: <https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/special-issues/hors-serie-volume-xvi,-2013/Lum.pdf>, 15. 4. 2019, 246; United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Digest of Case law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2016, доступно на адреси: http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf, 15. 4. 2019, 246; Ana M. Lopez-Rodriguez, „The duty to pay interest on advance payments under art. 84(1) CISG“, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2005, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lopez-rodriguez.htm>, 15. 4. 2019, 5; Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna, 1986, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-78.html>, 15. 4. 2019, 100.

7 K. Bacher, 1111; Sieg Eiselen, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 78 of the CISG, 2004, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen3.html>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране; Jelena Vilus, „Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer“, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (eds. Petar Sarcevic, Paul Volken), Oceana, New York, 1986, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>, 15. 4. 2019, 252; L. S. Lum, 250.

Више о току преговора око формулације члана 78 Конвенције током припремних радова и конференције у Бечу вид.: Francesco G. Mazzotta, CISG Article 78: Endless disagreement among commentators, much less among the courts, 2004, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazzotta78.html#art78iiu>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране; Alan F. Zoccolillo, Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2007, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo.html>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране; Francesco G. Mazzotta, CISG Articles 78 and 84(1) and their PECL counterparts, 2004, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp78.html>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране, фн. 41. О камати у исламским земљама вид.: T. S. Twibell, „Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) under Shari’a Law: Will Article 78 of the CISG be Enforced When the Forum is an Islamic State?“, *International Legal Perspectives*, 1997, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/twibell.html>, 15. 4. 2019; Маја Станивуковић, „Стопа затезне камате на уговорна потраживања у страниј валути када је меродавно српско право“, *Правни животи*, бр. 12/2008, 209–210; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 681; Friso Garbers, „The Dogmatic and Practical Implications of Article 78 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods on Claims for Interest under International Sales Contracts“, 2003, доступно на адреси: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=expresso>, 15. 4. 2019, 11.

неллагања усвојен је члан 78, који је као недовољно прецизиран једино и могао да добије двотрећинску већину.⁸

II Одређивање стопе затезне камате

Члан 78 омогућава повериоцу да потражује камату (али и накнаду штете за сваки даљи губитак), која је остварива на основу члана 74.⁹ У случају да су уговорне стране одредиле каматну стопу која ће се примењивати у случају доцње, суд треба да примени ту каматну стопу, осим ако је то у супротности са меродавним националним одредбама о пуноважности или јавним поретком државе форума.¹⁰ Када су стране унеле клаузулу о меродавном праву у погледу њиховог уговора, то право ће се применити и на питање камате.¹¹ Уговорне стране могу бити везане обичајем у вези са којим су се сагласиле или праксом коју су међу собом успоставиле у складу са чланом 9 Конвенције.¹² У случају да

8 М. Станивуковић, 210.

9 CISG Advisory Council, Opinion No. 14 – Interest under Article 78 (даље у фуснотама: CISG-AC Opinion), Peking, 2013, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op14.html>, 15. 4. 2019, пар. 1.1. Више о Саветодавном већу за примену Бечке конвенције вид.: Милена Ђорђевић, „Рад Саветодавног већа за примену УН Конвенције о међународној продаји робе од 1980. године“, *Право и њиврега*, бр. 9–12/2008, 137–145; J. O. Honnold, 609; K. Bacher, 1112.

10 CISG-AC Opinion, пар. 3.22; Yeşim M. Atamer, „Interest – Article 78“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C.H. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2018, 1033; K. Bacher, 1124; John Y. Gotanda, „Awarding Interest in International Arbitration“, *The American Journal of International Law*, Nr. 90/1996, доступно на адреси: https://www.trans-lex.org/123400/_gotanda-john-y-awarding-interest-in-international-arbitration-90-ajil-1996-at-40-et-seq/, 15. 4. 2019, 59; I. Schwenzer, P. Nachev, C. Kee, 688. О институту јавног поретка вид. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 151–163.

11 CISG-AC Opinion, пар. 3.22.

12 Тако су неке одлуке, решавајући питање камате, донете са позивањем на трговинске обичаје уз основац на члан 9 Конвенције: Привредни суд у Аргентини, *Aguila Refractorios S.A. Conc. preventivo*, 23. 10. 1991. године, доступно на адреси: <http://www.unilex.info/cisg/case/184>, 15. 8. 2019; Привредни суд у Аргентини, *Bermatex s.r.l. v. Valentin Ruis Clapers S.A. v. Sbrojovka Vsetin S.A.*, 6. 10. 1994. године, доступно на адреси: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=178&step=FullText>, 15. 8. 2019. О тешкоћи препознавања међународног обичаја вид.: Karlin L. Kizer, „Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, Nr. 4/1998, доступно на адреси: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5005&context=uchrev>, 15. 4. 2019; John Y. Gotanda, „Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG“, 2007, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089&context=wps>, 15. 4. 2019, 1–26.

уговорне стране питање камате нису регулисале нити се може утврдити њихова намера по овом питању,¹³ примениће се члан 78 Конвенције.¹⁴

Недовољним уређењем овог питања, Конвенција оставља правну празнину која се може тумачити на два начина:¹⁵

- питање које је уређено Конвенцијом, али није изричито решено у њој, те се празнина попуњава у складу са чланом 7 ставом 2 Конвенције¹⁶ – *lacuna praeter legem* (униформни приступ);¹⁷
- питање које није обухваћено Бечком конвенцијом, те га треба решити у складу са меродавним националним правом до кога се долази применом правила међународног приватног права државе суда – *lacuna intra legem* (колизиони приступ).¹⁸

Да би се одговорило на ово питање, треба имати у виду да је у циљу правилног тумачења и исправне примене Конвенције неопходно уважити њен међународни карактер и потребу једнообразне примене,¹⁹ који су изражени кроз члан 7 став 1.²⁰ Имајући у виду члан 78 какав јесте, већински став судова и коментатора јесте примена меродавног унутрашњег права (*lacuna intra legem*).²¹

13 J. O. Honnold, 603–605; Y. Atamer, 1034; K. Bacher, 1124.

14 Y. Atamer, 1034.

15 Милена Милутиновић, „Каматна стопа због доцње у извршењу новчане обавезе“, *Правни живот*, бр. 11/2005, 561; J. O. Honnold, 604; Y. Atamer, 1034; K. Bacher, 1118; L. S. Lum, 255; Милена Ђорђевић, Владимир Павић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 582; Franco Ferrari, „Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2003, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>, 15. 4. 2019, 80.

16 Бечка конвенција, чл. 7 ст. 2: „Питања која се тичу материје уређене овом конвенцијом, а која нису изричито решена у њој, решаваће се према општим начелима на којима ова конвенција почива или, у одсуству тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.“

17 М. Милутиновић, 561.

18 *Ibid.*, 561; K. Bacher, 1118 фн. 46. Више о колизионом приступу вид. М. Станивуковић (2008), 210–212; F. G. Mazzotta, CISG Articles 78 and 84(1) and their PECL counterparts, интернет извор без броја стране; J. Lookofsky, 158.

19 М. Ђорђевић, В. Павић, 580.

20 Бечка конвенција, чл. 7 ст. 1: „Приликом тумачења ове конвенције водиће се рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.“

21 М. Станивуковић (2008), 211–212; Volker Behr, „The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice“, *Journal of Law and Commerce*, Nr. 2/1998, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/beh.html>, 15. 4. 2019, 288–290; K. Bacher, 1118; S. Eiselen, Remarks on the Manner in which the

С обзиром на члан 7 став 1 Конвенције, очигледно је да је ослањање на опште принципе Конвенције, односно у другом кораку на одредбе меродавног права на које упућују колизионе норме суда – прихватљивије решење, и више у складу са циљевима Конвенције у односу на директну примену меродавног права до ког се долази путем међународних приватних правила државе суда.²² Све док постоји могућност ослањања на колизионе норме суда, постојаће и неизвесност да ли ће бити релевантно право државе повериоца, дужника или ког другог места, чиме ће увелико бити нарушена униформна примена Конвенције.²³

Решавајући проблем камате, као питање које је уређено Конвенцијом, али није изричито решено у њој – наилазимо на различите ставове у теорији и пракси на који начин треба одредити каматну стопу: према праву државе повериоца (*lex creditorae*),²⁴ праву државе дужника (*lex debitorae*),²⁵ праву места плаћања,²⁶ праву државе валуте (*lex monetae*)²⁷ или на основу међународно или регионално применљиве камат-

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 78 of the CISG, интернет извор без броја стране.

- 22 CISG-AC Opinion, пар. 3.29; М. Милутиновић, 564; L. S. Lum, 276; М. Ђорђевић, В. Павић, 582; Lu Song, „Award of Interest in Arbitration under Article 78 CISG“, *Uniform Law Review*, Vol. 12, Nr. 4/2007, 731; C. Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, интернет извор без броја стране; J. O. Honnold, 605–606; A. F. Zoccolillo, Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, интернет извор без броја стране; K. Bacher, 1123; André Corterier, „A New Approach to Solving the Problem of the Interest Rate Under Article 78 CISG“, *International Trade and Business Law Annual*, Vol. 5, 2000, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/cortier.html>, 15. 4. 2019, 34.
- 23 CISG-AC Opinion, пар. 3.29, М. Милутиновић, 564; Y. Atamer, 1035; K. Bacher, 1122–1123.
- 24 CISG-AC Opinion, пар. 3.35 и даље; J. O. Honnold, 609; C. Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, интернет извор без броја стране; A. Zoccolillo, Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, интернет извор без броја стране. Овај став почива на идеји обештећења и довођења повериоца у положај у коме би био да до дужникове доцње није дошло.
- 25 Окружни суд у Берлину (Немачка), 103 О 213/02 од 21. 3. 2003. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030321g1.html>, 15. 4. 2019; Окружни суд у Братислави (Словачка), 46 Сб/25/2000 од 1. 2. 2007. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070201k1.html>, 15. 4. 2019. Овај став почива на идеји неоснованог обогаћења, стога и враћање неосновано стечене користи која припада повериоцу. Овакав став има циљ да одврати дужника од злоупотребе разлике каматне стопе у његовој држави и држави повериоца. Ипак, тумачење правне природе камате у контексту неоснованог обогаћења примереније је чл. 84 ст. 1 него чл. 78. Више о томе вид. CISG-AC Opinion.

не стопе, као што су LIBOR (*London Interbank Offered Rate*),²⁸ EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*),²⁹ УНИДРОИТ Начела.³⁰

Национални судови најчешће одређују каматну стопу ослањајући се на меродавно унутрашње право до кога долазе применом колизионе норме суда, док се први корак – решавање на основу општих начела Конвенције – најчешће прескаче,³¹ док су међународни арбитражни судови склонилији томе да решење налазе ослањајући се на општа начела Конвенције.³²

Шароликост ставова у оквиру концепције *lacuna praeter legem* апелује на изналагање униформног решења у погледу примене члана 78 Конвенције. Стога, у даљем тексту ћемо анализирати решења права државе повериоца и права државе валуте, уз благи осврт на УНИДРО-

- 26 А. Corterier, 38; Окружни суд у Братислави (Словачка), 34 Сб/18/2002 од 15. 12. 2005. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051215k1.html>, 15. 4. 2019; одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-8/08 од 28. 12. 2009. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html>, 15. 4. 2019. Овакво решење није препоручљиво, с обзиром на то да може довести до великих проблема у тумачењу, а тиме и да наруши униформну примену Конвенције. Вид. CISG-AC Opinion, пар. 3.31–3.32.
- 27 L. S. Lum, 277; K. Vacher, 1120–1121. Овакво решење заснива се на чињеници да каматна стопа зависи од јачине валуте и често је одређује национална банка државе о чијој се валути ради.
- 28 Одлука Арбитражног суда Међународне трговинске коморе (Париз, Француска), бр. 6653 од 26. 3. 1993. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>, 15. 4. 2019.
- 29 Овај став није задовољавајући јер је област примене оваквих стопа превише уска, те не може пружити каматну стопу која је применљива за сваку валуту. LIBOR се примењује само за пет валута: евро, амерички долар, јапански јен, швајцарски франак и британска фунта, а EURIBOR само за евро. CISG-AC Opinion, пар. 3.33.
- 30 УНИДРОИТ Начела међународних трговинских уговора (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*; даље у фуснотама: УНИДРОИТ Начела), доступно на адреси: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 15. 4. 2019. Одлука Арбитражног суда Међународне трговинске коморе, бр. 8769 од децембра 1966. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968769i1.html>, 15. 4. 2019; одлука Арбитражног суда Међународне трговинске коморе, бр. 8128 од децембра 1995. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>, 15. 8. 2019.
- 31 Маја Станивуковић, „UNCITRAL-ова Конвенција о уговорима о међународној продаји робе и правила међународног приватног права“, *Право и привреда*, бр. 11–12/1998, 80; одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-8/06 од 1. 10. 2007. године, доступно на адреси: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1793.pdf>, 15. 4. 2019; одлука Арбитражног суда при Привредној комори Бугарске, бр. 436 од 12. 2. 1998. године, доступно на адреси: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=420&step=FullText>, 15. 4. 2019.
- 32 М. Станивуковић (2008), 211.

ИТ/Ландо Начела, с обзиром на то да су то три најоснованија предлога униформног решења у теорији и пракси.

1. Каматна стопа као *lacuna praeter legem*

а) Право државе повериоца

Мишљење број 14 Саветодавног већа за примену Бечке конвенције излаже својеврсно тумачење члана 78 Конвенције.³³ Према овом мишљењу, правну празнину која се тиче камате треба решавати уз ослонац на опште принципе на којима Конвенција почива (*lacuna praeter legem*), у циљу униформне примене Конвенције и стварања правне сигурности у међународној заједници.

Мишљење број 14 Саветодавног већа за примену Бечке конвенције истиче да се у циљу правилног одређивања правила за обрачун камате треба фокусирати на надокнаду временске вредности новца повериоцу. Сходно чињеници да је члан 78 најсроднији праву на накнаду штете, треба сматрати да се и у случају камате примењује принцип потпуне надокнаде штете, па повериоца треба довести у положај у коме би био да до губитка није дошло.³⁴ Будући да се у већини случајева може претпоставити да би поверилац инвестирао новац у свом месту пословања или узео зајам да би покрио губитак, каматну стопу у држави његовог места пословања треба узети као одлучујућу при обрачуну камате.³⁵

Негативна страна оваквог решења огледа се у могућности да је фиксна каматна стопа у држави повериоца неусклађена са тржиштем, што може довести до недовољног обештећења повериоца или, пак, преплаћивања повериоца.³⁶ Следећи проблем до кога може доћи је недостатак каматне стопе у држави повериоца за валуту која је уговорена када стране уговоре тзв. *effectivo* клаузулу, те се плаћање може извршити

33 Више о томе вид. CISG-AC Opinion.

34 CISG-AC Opinion, пар. 3.35. У прилог овом ставу говоре две Међународног арбитражног суда Савезне привредне коморе у Бечу (Аустрија): SCH-4366 од 15. 6. 1994. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>, 15. 4. 2019; SCH-4138 од 15. 6. 1994. године, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>, 15. 4. 2019.

35 CISG-AC Opinion, пар. 3.35. Представљени приступ има и основ у члану 28 Конвенције, који омогућава суду да консултује одредбе свог права, само што се, према овом решењу, консултују норме права државе у којој се налази место пословања повериоца и омогућава се њихова директна примена. Овакво решење се поклапа у одређеној мери са одлукама арбитражних трибунала. Од анализираних 274 одлуке, у 103 одлуке је примењено право државе повериоца – било директно, било посредством колизионих норми форума. Вид. *Ibid.*, пар. 3.36–3.37.

36 *Ibid.*, пар. 3.40; Y. Atamer, 1037.

само у уговореној валути. Како не постоји каматна стопа за ту валуту у држави повериоца, поверилац може тражити камату сходно каматној стопи која важи за локалну валуту у његовој држави.³⁷

Свакако, предложено правило и није од неке користи у случају да право државе повериоца нема правило које одређује каматну стопу. Тада форум треба да утврди, на основу доказа приложених од стране уговорних страна, каква је пракса у држави повериоца и да ли се одређена каматна стопа може пронаћи у судској пракси те земље.³⁸ У случају да то није могуће (нпр. забрањена је камата у тој држави), камату не треба досудити по основу члана 78, већ се обештећење може остварити у складу са чланом 74.³⁹ Ипак, постоје различити ставови у погледу овог питања.⁴⁰

Предложено правило засигурно не одговара идеално интересима уговорних страна; дато је у циљу хитног успостављања униформног решења које ће омогућити једнообразну примену Конвенције.⁴¹ Ово правило више има казни карактер (преплате или недовољног обештећења), како би подстакло уговорне стране да у уговору одреде каматну стопу.⁴²

б) Право државе валути

Имајући у виду Мишљење број 14 Саветодавног већа, **Леунг Зе Лум** сматра да у одсуству споразума уговорних страна одговор на питање коју каматну стопу треба применити треба наћи у праву државе у чијој валути дуг треба да буде исплаћен.⁴³ У случају да не постоји таква каматна стопа, треба је одредити у складу са принципом разумности, који се истиче као један од општих принципа на којима се Конвенција заснива.⁴⁴ Ослањање на право државе валуте произлази из претпоставке да повериоци углавном инвестирају и позајмљују новац у држави

37 CISG-AC Opinion, пар. 3.42.

38 *Ibid.*, пар. 3.43.

39 *Ibid.*; K. Bacher, 1123.

40 Вид.: T. S. Twibell, 199–299; Jeffrey S. Sutton, „Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods“, *Ohio State Law Journal*, 1989, доступно на адреси: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64496/OSLJ_V50N3_0737.pdf, 15. 4. 2019, 749–751; Катарина Петровић, *Право на камату према одредбама Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.

41 CISG-AC Opinion, пар. 3.44.

42 *Ibid.*

43 L. S. Lum, 278.

44 *Ibid.*

свог места пословања (валуте) и претпоставке да просечни трговци у међународној трговини разумеју природу својих трансакција, као и ризике који произлазе из осцилација валуте.⁴⁵ Овај приступ се сматра комерцијално реалистичним и економски најлогичнијим.⁴⁶ У већини случајева, право државе валуте ће бити право државе повериоца, те ће доћи до истих резултата као и при примени претходно изнетог решења. Међутим, у ситуацијама када је уговорена друга валута, овај приступ узима у обзир осцилације уговорене валуте и више поштује аутономију воље уговорних страна у погледу избора валуте.⁴⁷

Негативна страна овог приступа ипак постоји – огледа се у могућности недовољног обештећења или, пак, преплате повериоца, која може произаћи из повериочевог стварног губитка који је настао услед узимања кредита, инфлације и осцилација валуте.⁴⁸ Тако се може десити да поверилац има место пословања у држави са јаком валутом (где су каматне стопе обично ниске), док држава чија је валута релевантна има високу каматну стопу услед слабе валуте. У таквом случају ће највероватније доћи до преплаћивања повериоца, јер је његов губитак много мањи од обрачунате камате.⁴⁹ Сматрамо да овакав ризик треба да сноси дужник, што би имало одвраћајући карактер у погледу задоцњења. Са друге стране, проблем недовољног обештећења се може решити применом члана 74 уз испуњење услова прописаних њиме.⁵⁰

У одсуству каматне стопе државе валуте, примењује се принцип разумности, узимајући у обзир тржишне околности у којима се трансакција обавља, као и каматне стопе које су раније досуђиване од стране судова у држави валуте.⁵¹ Иако се може истицати да је принцип разумности као такав недовољно одређен, да даје широку могућност за арбитарно одлучивање, овај принцип апелује на судове да пажљиво размотре сваки случај, а не да олако прибегавају примени колизионих норми форума.⁵² Мада се овом мишљењу може приговорити да домаћи судови немају довољно искуства у примени страног права, оваква критика се може изнети и у односу на Мишљење број 14, као и већинску праксу судова – примену права на које упућују колизионе норме форума.⁵³

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, 264; М. Милутиновић, 567; К. Bacher, 1120.

47 L. S. Lum, 278; М. Милутиновић, 567.

48 L. S. Lum, 278.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*, 278–279.

53 *Ibid.* Такође, Мишљење број 14 критикује приклањање праву државе валуте због немогућности одређивања губитка који је поверилац претрпео, јер би поверилац

2. Прецизирање каматне стопе

а) Уговорена, законска, просечна комерцијална камајйна сїойа

С обзиром на општи принцип аутономије воље, кад год су стране каматну стопу уговориле, суд ће ту каматну стопу применити без обзира на стварни претрпљени губитак, осим ако је каматна стопа преви́сока с обзиром на околности конкретног случаја.⁵⁴ Овакво тумачење је у складу са принципом разумности на којем Конвенција почива, као и чланом 7.4.13 УНИДРОИТ Начела.⁵⁵

Када се треба одредити између каматне стопе одређене у закону и просечне комерцијалне каматне стопе у једној држави, предност треба дати просечној комерцијалној каматној стопи. Примена каматних стопа фиксираних у закону једне државе може довести до преплаћивања повериоца или, пак, до недовољног обештећења, с обзиром на чињеницу да многи закони држава нису усклађени и ретко се усклађују са тржишним околностима, те стога такве каматне стопе нису економски реалне.⁵⁶ Са друге стране, дешава се и да национални закони не регулишу каматну стопу на страну валуту, те у том случају отежавају поступак обештећења повериоца. Могуће је и да закон не прави разлику у погледу каматне стопе између домаће и стране валуте, при чему она не би обухватала стопу инфлације на страну валуту.⁵⁷ Са друге стране, комерцијална каматна стопа, при чему треба имати у виду валуту плаћања која је уговорена, не само да води рачуна о паду вредности валуте која је често последица инфлације, већ се редовно усклађује са тржишним околностима.⁵⁸ Узимање у обзир просечне комерцијалне каматне стопе омогућава да се

највероватније користио дуговани новац у својој држави. Вид. CISG-AC Opinion, пар. 3.34. У одбрану решења права државе валуте може се рећи да уговарање валуте представља прећутни споразум уговорних страна у погледу права које ће се примењивати за обрачун камате. Вид.: L. S. Lum, 279; М. Милутиновић, 567.

54 L. Song, 724.

55 УНИДРОИТ Начела, чл. 7.4.13: „(1) Када уговор одређује да је уговорна страна која не испуни своју обавезу дужна да плати одређени износ оштећеној страни за неиспуњење обавезе, оштећена страна има право на тај износ без обзира на стварну штету. (2) Ипак, без обзира на уговорено, износ може бити смањен на разумну висину када је превисок, имајући у виду штету која је настала због неиспуњења обавезе друге стране и друге околности.“

56 John Y. Gotanda, „When Recessions Create Windfalls: The Problems of Using Domestic Law to Fix Interest Rates under Article 78 CISG“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Nr. 1/2009, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda4.html>, 15. 4. 2019, 230–239; М. Милутиновић, 568.

57 C. Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, интернет извор без броја стране.

58 *Ibid.*; М. Милутиновић, 568; K. Bacher, 1121; I. Schwenzer, P. NACHEM, C. Kee, 700; Chengwei Liu, Recovery of Interest, *Nordic Journal of Commercial Law of the University*

повериоци третирају једнако.⁵⁹ Ово решење може имати много ширу униформност, већу једноставност и економску тачност у примени када се повеже са решењем проф. Лума – право државе валуте, доводећи у исти положај све повериоце, али не према месту пословања, већ према валути у којој потражују. Имајући у виду изнете предности просечне комерцијалне каматне стопе, у много случајева арбитри неће морати да се суочавају са сложеним проблемом исправљања недостатака законске каматне стопе, тако да се укључује и степен инфлације како би се адекватно обештетили повериоци. Према томе, примена просечне комерцијалне каматне стопе не само да на много прецизнији начин обештећује повериоца, него и поједностављује поступак досуђивања камате.⁶⁰

б) Каматна стопа на дејоци или на кредити?

Пошто смо одредили да просечна комерцијална каматна стопа најбоље одговара потребама међународне трговине, било да се одређимо за право државе повериоца или право државе валуте, поставља се питање коју тачно комерцијалну каматну стопу би требало применити: каматну стопу која се обрачунава на депозит, која је нижа, или каматну стопу која је одређена за кредит, и која је виша? Каматна стопа на кредит носи у себи одређени степен ризика зајмопримца. Стога, просечна каматна стопа на кредит у себи огледа просечан степен ризика различитих зајмопримаца, те зато просечна каматна стопа на кредит може бити виша од просечне каматне стопе на депозит.⁶¹

Треба одредити каматну стопу која на најадекватнији начин обештећује повериоца.⁶² Сходно томе, ако посматрамо обештећење повериоца полазећи од претпоставке да је поверилац подигао кредит како би покрио губитке који су настали услед дужникове неисплате, каматна стопа на тај кредит се чини као најпримереније решење.⁶³ Камата

of Turku, 2003, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu.html>, 15. 4. 2019, интернет извор без броја стране.

59 C. Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, интернет извор без броја стране.

60 John Y. Gotanda (1996), 63.

61 K. L. Kizer, 1304.

62 М. Ђорђевић (2012), 97. Тако је у одлуци Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије истакнуто: „...стопа затезне камате треба да одговара износу претпостављене стварне штете коју је поверилац претрпео због неиспуњења обавезе дужника.“ Одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-23/06–13 од 15. 9. 2008. године, доступно на адреси: <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/2269.pdf>, 15. 4. 2019.

63 За супротан став вид.: J. Y. Gotanda (2007), 18–19; K. L. Kizer, 1302; C. Thiele, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, интернет извор без броја стране.

на кредит је већа од камате која се може добити преко депозита и теоретски је ближа стварном губитку повериоца који је претрпео услед подизања кредита, користи коју је остварио дужник, изгубљене временске вредности новца, имајући у виду и инфлацију.⁶⁴ Узимање у обзир камате на кредит својствено је и УНИДРОИТ⁶⁵ и Ландо⁶⁶ начелима, која у својим члановима представљају решење које најбоље одговара потребама међународне трговине и најпримереније обештећује.⁶⁷ Заузимање оваквог става у погледу камате такође има одвраћајући карактер у односу на дужнике у погледу задоцњења са исплатом,⁶⁸ чиме је и у функцији поспешивања међународне трговине.

3. Препоручено решење

У циљу избегавања било какве правне неизвесности, најбоље би било да питање камате уговорне стране регулишу у уговору. У случају да уговорне стране то питање нису решиле, сматрамо да би требало приклонити се праву државе валуте као релевантном за одређивање камате. Овакав став брани не само поменути проф. Леунг Зе Лум, већ и многи други, међу којима су и Тиеле, Шлехтрим и Бахер. Овај став почива на идеји да је каматна стопа битно одређена стопом инфлације.

Да би се исправно испратила стопа инфлације одређене валуте, мора се прибећи праву државе чија је валута у питању, што нас доводи до релевантне каматне стопе. Иако ће у већини случајева право државе валуте бити и право државе повериоца, одређивање камате према праву државе валуте је најцелисходније решење, имајући у виду да већина држава даје право да се подигне кредит у њиховој валути, па се на овај начин заобилазе проблеми одређивања камате када је уговорена друга валута у односу на валуту државе повериоца. Овим путем се избегавају

64 L. Song, 725.

65 УНИДРОИТ Начела представљају општа правна правила за међународне трговинске уговоре која су усвојена у оквиру Међународног института за унификацију приватног права (*UNIDROIT*) 1994. године. Циљ им је да успоставе уравнотежен систем правила која би се користила без обзира на разлике у правним традицијама и привредним и политичким приликама држава у којима треба да се примене. Вид. Сандра Фишер Шобот, *Право међународне трговине*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014, 29.

66 Европска начела уговорног права (*Principles of European Contract Law*) (Ландо Начела) представљају општа правна правила европског уговорног права у грађанској и трговинској материји. Ландо Начела донета су као почетни корак у стварању Европског грађанског законика и састоје се из три дела: део I објављен је 1995. године, део II 1999. године, а последњи део објављен је 2002. године. Вид. С. Ф. Шобот, 29.

67 Овај став подржава и М. Милутиновић, 569.

68 L. Song, 725.

очигледне неправичности до којих би дошло када се као релевантно право за камату узима право државе повериоца које нема каматну стопу за уговорену валуту. Иначе, правило које важи у погледу корелације јачине валуте и инфлације је следеће: јача валута – слабија инфлација, а тиме и нижа каматна стопа; слабија валута – јача инфлација, а тиме и виша каматна стопа. Тако, ако поверилац има место пословања у држави слабе валуте, а уговорена је јака валута, применом права државе повериоца дошло би до преплаћивања повериоца. Наиме, не би било правично досудити каматну стопу која важи за валуту у држави повериоца, с обзиром на то да је то каматна стопа која важи за једну валуту и не укључује ону стопу инфлације која је релевантна за уговорену валуту.⁶⁹ Ипак, иако право државе валуте отклања поменути недостатак, и ово решење, као што је раније изнето, може довести до неоснованог обогаћења на једној од страна.⁷⁰

Иако несавршено, као и свако решење, овај приступ, за разлику од права државе повериоца, у потпуности прати стопу инфлације уговорене валуте, те тако представља економски најлогичније решење. Треба имати у виду да с обзиром на то да су у питању привредници, они би требало одлично да буду свесни вредности конкретне уговорене валуте и њених осцилација, а сходно томе би требало поштовати и њихову аутономију воље у том погледу. Наиме, ако сматрамо да је уговарање конкретне валуте уједно и прећутни договор странака у погледу меродавног права за питање камате, претходни недостатак се потпуно отклања, јер се на овај начин најтачније процењује губитак повериоца. Свакако, када каматна стопа државе валуте плаћања недовољно обештећује повериоца, он остатак може надокнадити на основу члана 74. Преплаћивање повериоца, и када не бисмо уважили аргумент прећутног споразума страна за примену права државе валуте када су њену валуту уговорили,

69 Тако се у једном случају пред Међународним арбитражним судом у Паризу арбитар позвао на каматну стопу која је одређена правом државе валуте. Арбитар је у образложењу истакао да је крајње нелогично да се камата обрачуна према каматној стопи државе повериоца која има слабу валуту, а уговорена је јака валута – немачка марка. С обзиром на то да је уговорена немачка марка као валута плаћања, продавац је очекивао исплату у овој валути, те би једино могла да му се досуди камата одређена према његовом – италијанском праву, ако би доказао да би суму одмах по пријему конвертовао у италијанску лиру. Вид.: одлука Међународног арбитражног суда у Паризу, бр. 7585 из 1992. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>, 15. 4. 2019; тако је и у одлуци Арбитражног суда при Привредној комори Будимпеште, Vb 94131 од 5. 12. 1995. године, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html>, 15. 4. 2019, арбитар истакао: „Нити је логично, нити правично да се примењују правила једне државе на суму која је изражена у валути друге државе ако је валута једне од држава стабилна или је инфлација минимална, а вредност валуте друге државе константно опада.“

70 Вид. фн. 9.

представљало би ризик који би требало прихватити у циљу одвраћања дужника од задоцњења и побољшања функционисања међународне трговине. И даље би постојала могућност, у случају када је каматна стопа у држави дужника већа од камате у држави валуте, да дужник одуговлачи са плаћањем како би прикупљао додатну корист. Проблем који овде настаје је тај што би дужник могао у потпуности да обештети повериоца према нижој каматној стопи, која важи у држави валуте, и опет да настави да ужива користи од позајмљеног новца. У таквом случају, требало би применом принципа добре вере одвратити га од оваквог понашања, тако што ће се исти принцип комбиновати са принципом неоснованог обогаћења, на основу ког ће се обрачунати неосновано стечена корист, и то по праву државе дужника, јер треба да се врати оно што је стекао или могао стећи, а по аналогiji у односу на члан 84 став 1 Конвенције. Дакле, у овом случају комбинују се три принципа: принцип добре вере, неоснованог обогаћења и потпуне накнаде штете. На овај начин би оштећена (осиромашена) страна била потпуно обештећена и биле би јој враћене неосновано стечене користи од стране дужника који би овим путем био одвраћен од несавесног поступања и лишен неосновано стечених користи.

Једина потешкоћа у овом поступку била би да се докаже да је дужник намерно одлагао плаћање, а у циљу прибављања користи.⁷¹ Са друге стране, поверилац се спречава да злоупотреби члан 78 ако је, на пример, више позајмљивао од банке него што је требало, доказивањем да је претрпео већу штету него што је сама камата. Другим речима, суд треба да се води принципом разумности, а поверилац је и у овом случају дужан да поступа у складу са чланом 77 Конвенције – дужношћу да минимизује своју штету,⁷² тако да ако је могао да прође са мањом штетом, суд не би требало да му досуди више од накнаде која такву штету покрива. Члан 78 Конвенције служи за досуђивање претпостављене штете, те у том смислу треба изнаћи решење каматне стопе која на најправичнији начин обештећује повериоца, и које би било униформног карактера. Ако је претрпео и већу штету од тога, а коју може доказати на основу, на пример, уговора о кредиту – разлика између претпостављене каматне стопе и уговорене ће бити додатна штета, а накнада за ту штету ће се досудити на основу члана 74.

Опредељење за право државе валуте је подржано и од стране УНИДРОИТ Начела чланом 7.4.9.⁷³ С обзиром на то да је поменути

71 F. G. Mazzotta, CISG Article 78: Endless disagreement among commentators, much less among the courts, интернет извор без броја стране.

72 K. L. Kizer, 1303.

73 УНИДРОИТ Начела, чл. 7.4.9. ст. 2: „Каматна стопа ће бити просечна каматна стопа по којој комерцијалне банке у месту плаћања дају краткорочне позајмице

члан Начела такође базиран на принципу потпуне накнаде штете, треба га имати у виду при тумачењу члана 78, односно при попуњавању правне празнине у погледу каматне стопе.⁷⁴ Овај члан не само да подржава ослањање на право државе валуте, већ казује и коју конкретну каматну стопу треба имати у виду. То је просечна каматна стопа коју комерцијалне банке дају на краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима за уговорену валуту плаћања. Узимање у обзир просечне каматне стопе коју комерцијалне банке дају на краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима налазимо и у Ландо Начелима,⁷⁵ те сматрамо да се треба сагласити са оваквим решењем, будући да су „ова начела осмишљена за широку употребу у свету, задовољавајући интересе међународне трговине и пружајући најпримереније решење за обештећење“. Иако су настала након доношења Бечке конвенције, овакво решење је прилагођено новим околностима и у складу са данашњом међународном трговином. Флексибилност⁷⁶ Конвенције нам омогућава да је осавременимо тумачећи је у складу са изворима који су настали касније, под условом да се ослонимо на њене принципе. Како су и УНИДРОИТ Начела и Ландо Начела била инспирисана Бечком конвенцијом, те како су поменути чланови засновани на истом принципу накнаде штете, нема разлога да се не приступи оваквом одређењу каматне стопе. У случају да такве ка-

првокласним зајмопримцима у валути у којој је уговорена исплата, или ако таква каматна стопа не постоји у том месту, онда иста каматна стопа у држави валуте плаћања. У одсуству и такве каматне стопе, примениће се одговарајућа каматна стопа одређена законом државе валуте плаћања.“

- 74 Више о попуњавању правних празнина уз позивање на УНИДРОИТ Начела вид.: J. Y. Gotanda (2007), 3, 16–17; L. S. Lum, 273. Тако су донете следеће одлуке (одређујући каматну стопу позивајући се на УНИДРОИТ Начела): одлука Међународног арбитражног суда Савезне привредне коморе у Бечу (Аустрија), SCH-4366 од 15. 6. 1994. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>, 15. 4. 2019; одлука Међународног арбитражног суда Савезне привредне коморе у Бечу (Аустрија), SCH-4318 од 15. 6. 1994. године, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>, 15. 4. 2019; одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-6/08 од 19. 9. 2009. године, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/091019serbian.pdf>, 15. 4. 2019; одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-5/09 од 6. 5. 2009. године, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/100506serbian.pdf>, 15. 4. 2019; F. Ferrari, 90.
- 75 Ole Lando, Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague – Boston – London, 2000, чл. 9:508 ст. 1: „У случају да се касни са исплатом, поверилац има право на камату на дуговани износ од тренутка када је исплата доспела до момента када до исплате дође по просечној каматној стопи по којој комерцијалне банке дају краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима у месту у ком плаћање доспева, а имајући у виду уговорену валуту плаћања.“ О попуњавању правних празнина Конвенције уз ослонац на Ландо Начела вид.: F. Ferrari, 90; М. Ђорђевић, В. Павић, 586.
- 76 О флексибилном карактеру Конвенције вид.: K. L. Kizer, 1293–1294; P. Koneru, 126.

матне стопе нема, сматрамо да би требало применити принцип разумности, узимајући у обзир тржишне околности у којима се трансакција обавља, као и каматне стопе које су раније досуђиване од стране судова у држави валуте. Иако се може истицати да принцип разумности даје широку могућност за арбитражно одлучивање, овај принцип апелује на судове да пажљиво анализирају све околности конкретног случаја, а не да олако прибегавају примени колизионих норми форума.

Иако се камата сматра претпостављеном штетом коју не треба доказивати, поверилац би морао да докаже висину камате у конкретном случају. Овакав предлог има своје оправдање, јер ако се овај терет обрачуна камате пренесе на судије и арбитра, врло вероватно би се приклонило некој законској каматној стопи зато што би вероватно дошло до компликација при обрачуну просечне каматне стопе коју комерцијалне банке дају на краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима. Према томе, терет доказивања висине камате је на повериоцу, а дужник може да је оспорава.⁷⁷

III Закључак

О сложености материје која је била предмет овог рада говори и чињеница да нису изложена и нека друга актуелна питања, као што је питање сложене камате.⁷⁸ Како се може приметити из изложене анализе, неуједначена судска и арбитражна пракса постојаће све док постоје и различити ставови теоретичара. Засигурно, Бечка конвенција је далеко од савршене и мора се надограђивати креативним тумачењем од стране судова и коментатора. Наше мишљење је да Бечку конвенцију не би требало кориговати, јер текст такав какав јесте омогућава њену флексибилност и прилагођавање новим околностима, чиме постаје временски отпорна. Такође, њено даље прецизирање би могло довести до тога да је уговорне стране слабије примењују, а то би сигурно умањило заинтересованост држава које још нису њене уговорнице да јој приступе. Треба имати у виду да је циљ делегата на Бечкој конференцији био да нађу начин како најбоље да ускладе националне и међународне

77 Иако у неким државама (као што је, на пример, Јапан) централна банка на сајту објављује просечну комерцијалну каматну стопу на краткорочне кредите за првокласне зајмопримце, у неким државама (као што је Србија) то није случај. Према томе, у првом случају поверилац би могао у поступку да приложи објаву са интернет странице централне банке. У другом случају, пошто Народна банка Србије не води овакву евиденцију, било би неопходно ангажовање вештака.

78 Више о овом питању вид.: L. S. Lum, 282; Види J. O. Honnold., 606; Y. Atamer, 1037; CISG-AC Opinion, пар. 3.45; K. Bacher, 1125; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, 689-691,705.

интересе, а да при томе не наруше државни суверенитет и правни поредак. Сходно томе, у случају да једно тумачење може довести до правне сигурности у међународном трговинском праву, такво тумачење треба примењивати, иако оно није усвојено у самој Конвенцији. Овакав приступ је јако битан у случају Бечке конвенције, с обзиром на то да не постоји тело које ће повремено кориговати њене одредбе и усаглашавати је са новонасталим околностима. Сматрамо да одређивање каматне стопе према праву државе валуте, а имајући у виду просечну каматну стопу на кредит коју комерцијалне банке дају на краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима у уговореној валути, односно у одсуству такве каматне стопе ослањање на принцип разумности, би нашло подршку у својој примени од стране држава уговорница, јер овим решењем не само што се не дира у минимални глобални консензус који је био постигнут на Бечкој конференцији, већ је у потпуном складу са савременом међународном трговином и на најправичнији начин обештеђује повериоца.

Коришћена литература

- Atamer Yeşim M., „Interest – Article 78“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C.H. Beck – Hart – Nomos, München – Oxford – Baden-Baden, 2018.
- Bacher Klaus, „Article 78“, *Schlechtriem & Schwenger – Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenger), Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Behr Volker, „The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice“, *Journal of Law and Commerce*, Nr. 2/1998, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/beh.html>, 15. 4. 2019.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Vilus Jelena, „Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer“, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (eds. Petar Sarcevic, Paul Volken), Oceana, New York, 1986, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>, 15. 4. 2019.
- Garbers Friso, „The Dogmatic and Practical Implications of Article 78 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods on Claims for Interest under International Sales Contracts“,

- 2003, доступно на адреси: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1249&context=expresso>, 15. 4. 2019.
- Gotanda John Y., „Awarding Interest in International Arbitration“, *The American Journal of International Law*, Nr. 90/1996, доступно на адреси: https://www.trans-lex.org/123400/_/gotanda-john-y-awarding-interest-in-international-arbitration-90-ajil-1996-at-40-et-seq/, 15. 4. 2019.
- Gotanda John Y., „Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG“, 2007, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089&context=wps>, 15. 4. 2019.
- Gotanda John Y., „When Recessions Create Windfalls: The Problems of Using Domestic Law to Fix Interest Rates under Article 78 CISG“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Nr. 1/2009, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda4.html>, 15. 4. 2019.
- Ђорђевић Милена, „Рад Саветодавног већа за примену УН Конвенције о међународној продаји робе од 1980. године“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2008.
- Ђорђевић Милена, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012.
- Ђорђевић Милена, Павић Владимир, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008.
- Eiselen Sieg, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 78 of the CISG, 2004, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen3.html>, 15. 4. 2019.
- Zoccolillo Alan F., Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2007, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo.html>, 15. 4. 2019.
- Kizer Karlin L., „Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 65, Nr. 4/1998 1998, доступно на адреси: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5005&context=uchrev>, 15. 4. 2019.
- Lando Ole, Beale Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague – Boston – London, 2000.

- Liu Chengwei, Recovery of Interest, *Nordic Journal of Commercial Law of the University of Turku*, 2003, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu.html>, 15. 4. 2019.
- Lookofsky Joseph, „The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Encyclopaedia of Laws – Contracts* (eds. Jacque Herbots, Roger Blanpain), Kluwer Law International, The Hague, 2000, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/loo78.html>, 15. 4. 2019.
- Lopez-Rodriguez Ana M., „The duty to pay interest on advance payments under art. 84(1) CISG“, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2005, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lopez-rodriguez.htm>, 15. 4. 2019.
- Mazzotta Francesco G., CISG Articles 78 and 84(1) and their PECL counterparts, 2004, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp78.html>, 15. 4. 2019.
- Mazzotta Francesco G., CISG Article 78: Endless disagreement among commentators, much less among the courts, 2004, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazzotta78.html#art78iiu>, 15. 4. 2019.
- Милутиновић Милена, „Каматна стопа због доцње у извршењу новчане обавезе“, *Правни живоић*, бр. 11/2005.
- Петровић Катарина, *Право на камају према одредбама Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.
- Song Lu, „Award of Interest in Arbitration under Article 78 CISG“, *Uniform Law Review*, Vol. 12, Nr. 4/2007.
- Станивуковић Маја, „UNCITRAL-ова Конвенција о уговорима о међународној продаји робе и правила међународног приватног права“, *Право и привреда*, бр. 11–12/1998.
- Станивуковић Маја, „Стопа затезне камате на уговорна потраживања у иностраној валути када је меродавно српско право“, *Правни живоић*, бр. 12/2008.
- Sutton Jeffrey S., „Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods“, *Ohio State Law Journal*, 1989, доступно на адреси: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64496/OSLJ_V50N3_0737.pdf, 15. 4. 2019.
- Sze Lum Leung, „A Critical Evaluation of Methods for the Calculation of Interest Rate under Article 78 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *The Comparative Law Journal of the Pacific, Special Issue: Trade Development through*

- Harmonization of Commercial Law*, 2015, доступно на адреси: <https://www.victoria.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/special-issues/hors-serie-volume-xvi,-2013/Lum.pdf>, 15. 4. 2019.
- Schwenzer Ingeborg, Hachem Pascal, Kee Christopher, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Schlechtriem Peter, *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna, 1986, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-78.html>, 15. 4. 2019.
- Twibell T. S., „Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) under Shari’a Law: Will Article 78 of the CISG Be Enforced When the Forum is an Islamic State?“, *International Legal Perspectives*, 1997, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/twibell.html>, 15. 4. 2019.
- Thiele Christian, Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 1998, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>, 15. 4. 2019.
- Ferrari Franco, „Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2003, доступно на адреси: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>, 15. 4. 2019.
- Фишер Шобот Сандра, *Право међународне тродгаје*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014.
- Honnold John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (ed. Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Cortier André, „A New Approach to Solving the Problem of the Interest Rate Under Article 78 CISG“, *International Trade and Business Law Annual*, Vol. 5, 2000, доступно на адреси: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/cortier.html>, 15. 4. 2019.

Katarina PETROVIĆ, LL.M.
Master of Law

ENTITLEMENT TO INTEREST ACCORDING TO THE PROVISIONS OF THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

This paper is devoted to the analysis of Article 78 of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods which, due to its insufficient determination, creates numerous discussions in both theory and practice that inevitably leads to a violation of uniformity in the application of the Convention. The paper presents dominant theoretical attitudes in solving interest issues, as well as court and arbitration practice in this matter. In order to ensure predictability and legal certainty in international trade, this paper is devoted to finding uniform and commercially realistic solution for calculating interest based on the Convention itself.

Key words: *Vienna Convention. – Applicable Law to Interest Rate. – Court and Arbitration Practice. – Uniform Solution.*

Датум пријема рада: 13. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2020.

UDK: 347.724(430)

CERIF: S144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004134J

Јована ЈОКСОВИЋ, LL.M. (LMU Munich)*
адвокатски приправник у адвокатској канцеларији Јоксовић,
Стојановић и Партнери

GMBH И UG (MINI-GMBH) – РЕШЕЊА ЗАШТИТЕ ПОВЕРИЛАЦА У НЕМАЧКОМ ПРАВУ

Сажетак

Једна од најраспрострањенијих форми привредних друштва, не само у нашем, већ и у другим правним системима, је друштво са ограниченом одговорношћу. Ова правна форма даје изузетне вредности њеним оснивачима, али самим тим доводи у опасност намирне поверилица. Аутор у овом раду наводи и описује начине и инструменте заштите поверилица друштва у немачком правном систему, односно поверилица привредних друштва основаних у форми GmbH и новијеј UG (Mini-GmbH), са крајњим освртом на српско право и д.о.о. Пре свега, то су врсте одговорности чланова и директора немачких преддруштва у самом стадијуму оснивања, забране исплата члановима из имовине која је неопходна за покриће основног капитала и друго. GmbH поред своје законске минимума основног капитала од 25.000 евра садржи и низ других инструмената за адекватну заштиту поверилица, који ја самим тим чине привлачним не само оснивачима, већ и његовим вериоцима. Законом о модернизацији права друштва са ограниченом одговорношћу и борби против злоупотреба (MoMiG), донећим 2008. године, немачки

* Електронска адреса аутора: jovanajoksovic95@gmail.com.

йравни сисџем уводи нову йравну форму йоједностйављеной GmbH (UG), који има исту йравну йрироду, али ийак са неколико йосебних каракџе-рисџика. Пре свеёа, йо је моућностй оснивања друшџива исйод законской минимума основной кайиџала (износи, наиме, 1 евро). UG је йребало да йредсџавља алџтернайиву у односу на енџлески „Limited“, који је йада „йрейлавио“ немачко йржииџие. Ова йредностй за осниваче доноси, йак, одређене ресџрикциије, најйре у йоџледу йравила одржавања кайиџала. Услед чињенице да йравила за д.о.о. имају биџине сличностй са оиџиџим йравилима која важе за наведене йравне форме немачкой сисџема, йре свеёа збоџ сличностй са UG у виду износа минималной основной кайиџала од 100 динара, йосебно ће биџи анализиране каракџерисџике и решења немачкой йрава у циљу заиџиџиџе йоверилаца ове форме друшџива. При крају долази краџиак осврџи на инсџиџиџуџи йробијања йравне личностй у немачком йраву.

Кључне речи: ДОО. – GmbH. – UG. – Немачко йраво. – Заиџиџиџа йо-верилаца. – Основни кайиџал. – Оџговорностй чланова.

I Увод

Зашџита поверилаца је била и биће једна од веома честих тема у правној литератури. Увођењем правних форми друшџтва капитала, поготово друшџтва са ограниченом одговорношћу (д.о.о.), оснивачима је олакшано оснивање *start-up*-ова и вршење жељених делатности. Закон о привредним друшџтвима предвиђа минимални основни капитал за д.о.о. 100 динара, што у пракси доводи до питања адекватне зашџите поверилаца.¹ Олакшице за чланове друшџтва уједно значе и ризик за намирење поверилаца друшџтва. Правни систем, пак, нуди различита средства и методе зашџите, попут средстава обезбеђења и одредаба ЗПД о исплатама члановима друшџтва, одржавању основног капитала, одговорности директора и друго. Ипак, у пракси и регистру привредних друшџтава се може видети не тако мали број д.о.о. која су завршила у стечају, па су самим тим оставила велики број ненамирених поверилаца.

1 Закон о привредним друшџтвима, Службени йласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019, чл. 145.

II *GmbH* – заштита поверилаца и одредбе о заштити основног капитала друштва

1. Заштита поверилаца у фази оснивања *GmbH*

Већ у самој фази оснивања немачког друштва са ограниченом одговорношћу (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – *GmbH*), повериоци су заштићени институтима који важе за немачка преддруштва – *Vorgründungsgesellschaft* и *Vor-GmbH*. Поступак оснивања *GmbH* започиње успостављањем *Vorgründungsgesellschaft* – сагласношћу њених будућих чланова.² Сврха ове форме састоји се у припреми оснивања немачког друштва са ограниченом одговорношћу, а када се у њено име већ активно послује, тада представља правну форму *OHG* или *Außen-GbR*, дакле друштво лица, слично ортачком друштву у српском правном систему.³ У овој фази оснивања будући чланови, односно оснивачи одговарају за обавезе друштва (у случају да се у име друштва у овој фази пословало) лично, сопственом имовином.⁴ Од *Vorgründungsgesellschaft*, односно прве фазе оснивања, изузетан значај има стадијум оснивања од тренутка престанка овог облика овером уговора о оснивању будућег *GmbH*.⁵ Овим моментом настаје *Vor-GmbH* и у овом стадијуму поступка оснивања често долази до закључења правних послова у име будућег друштва. *Vor-GmbH* представља форму *sui generis* и за њу важе одредбе које се иначе примењују на привредна друштва.⁶ *Vor-GmbH* располаже сопственом имовином и органима, првенствено директором друштва, и има способност да преузима обавезе.⁷ Ипак, оно још увек нема статус правног лица у немачком правном систему, тако да важе посебни случајеви одговорности чланова у циљу заштите поверилаца преддруштва. Потреба за заштитом поверилаца произлази из чињенице да постоји велики ризик ненамирења поверилаца за случај одустанка од намере даљег спровођења поступка оснивања *GmbH*. Стога, немачки

2 Peter Kindler, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 9. Auflage, München, 2019, 332.

3 P. Kindler, 352.

4 Hanno Merkt, „§ 11“, *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1–34* (Hrsg. Holger Fleischer, Wulf Goette), 3. Auflage, München, 2018, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoGmbHG_3_Band1/cont/MuekoGmbHG.1.inhaltsverzeichnis%2Ehtm, 9. 7. 2020, Rn. 98, 106.

5 Hartmut Wicke, „§ 11“, *GmbHG Kommentar*, 4. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FWickeKoGmbHG_4%2Fcont%2FWickeKoGmbHG%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 7. 7. 2020, Rn. 3.

6 P. Kindler, 353.

7 *Ibid.*, 354.

правни систем разликује две врсте одговорности чланова *Vor-GmbH*. Први облик представља *Verlustdeckungshaftung* – одговорност чланова за покриће губитака друштва. Ова одговорност представља унутрашњу одговорност према самом друштву, али у одређеним случајевима води и до спољашње одговорности према повериоцима (то су, рецимо, случајеви постојања само једног повериоца, непостојања директора друштва и тиме управљања друштвом од стране самих чланова, једночланог *GmbH* и друго) и настаје само за случај изостанка уписа *GmbH* у прописани регистар (*Handelsregister*).⁸ У том случају, чланови одговарају само до висине губитака, односно обавеза друштва према повериоцима, док обавеза покрића основног капитала још увек није предвиђена.⁹

У тренутку спроведеног оснивања *GmbH*, односно његове регистрације, *Vor-GmbH* престаје да постоји и настаје друштво са ограниченом одговорношћу са статусом правног лица.¹⁰ Имовина и обавезе *Vor-GmbH* аутоматски се преносе на основано друштво (такозвани „идентитет“ *Vor-GmbH* и *GmbH*).¹¹ У моменту уписа *GmbH* у регистар привредних субјеката, надлежни орган проверава да ли је основни капитал покривен. Од тог тренутка на место *Verlustdeckungshaftung* ступа *Unterbilanzhaftung*, односно *Vorbelastungshaftung* – одговорност чланова за покриће основног капитала.¹² Ова врста одговорности замењује претходну и обухвата не само обавезу покрића губитака, већ и покриће основног капитала *GmbH*. Појам *Unterbilanz* односи се на случај кад нето имовина привредног друштва (вредност имовине умањена за обавезе са пасивне стране биланса) не покрива основни капитал.¹³ За разлику од претходне одговорности, *Unterbilanzhaftung* је без изузетка унутрашња одговорност чланова према *GmbH* – управо основаном друштву.¹⁴ Поред одговорности оснивача, директори солидарно одговарају за оба-

8 Susanne Heinemeyer, „BGB § 421“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II (§§ 311–432)* (Red. Wolfgang Krüger), 8. Auflage, München, 2019, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band3%2Fcont%2FMuekoBGB%2E3%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020, Rn. 43.

9 P. Kindler, 356.

10 Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу из 1892. године (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*; даље у фуснотама: *GmbHG*), пар. 11 ст. 1.

11 Упор. Н. Wicke, Rn. 3.

12 Andreas Heidinger, „§ 41“, *BeckOnlineGroßkommentar Aktienrecht*, доступно на адреси: <https://beck-online.beck.de/Home>, 1. 7. 2020, Rn. 85; Н. Wicke, Rn. 3.

13 Упор. Dirk Solveen, „§ 41“, *Aktiengesetz Kommentar* (Hrsg. Wolfgang Hölters), 3. Auflage, München, 2017, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/HoeltersKoAktG_3/cont/HoeltersKoAktG.Inhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020, Rn. 15.

14 A. Heidinger, Rn. 82.

везе друштва, наиме за пословање пре прописног оснивања *GmbH*.¹⁵ Ова одговорност, попут одговорности оснивача за покриће губитака, настаје само за случај изостанка регистрације друштва.¹⁶ Институтима преддруштва повериоци су заштићени од самог почетка и имају већу сигурност и подстицај отпочињања пословања са будућим *GmbH*. Самим тим, могуће злоупотребе оснивача пре уписа *GmbH* у регистар су сведене на минимум.

2. Општа правила одржавања основног капитала *GmbH*

У немачком правном систему, повериоци су заштићени строгим и детаљним нормама њихових закона и богатом праксом судова, пре свега ставовима Врховног суда – *Bundesgerichtshof* (*BGH*). Тако су, на пример, у параграфу 30 става 1 Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу забрањене исплате члановима из имовине која је неопходна за покриће основног капитала друштва.¹⁷ Овом одредбом нису обухваћене само исплате члановима друштва, већ и трећим лицима када је та исплата извршена посредно у корист самог члана.¹⁸ Већ у ставу 2 и 3 исте одредбе набројани су изузеци; наиме, случајеви који се не сматрају забрањеним исплатама, попут потраживања из уговора о кредиту (*downstream loans*) – кредит који је члан након уплате свог улога ставио друштву на располагање.¹⁹ Даље, изузетак важи и за остале случајеве кредитирања, попут могућности одлагања рока плаћања цене предмета уговора о продаји. Посебан изузетак од забране исплата јесте кредитирање и друге исплате у оквиру повезаних друштва.²⁰ Наиме, сваки изузетак има своје оправдање (везу) у другим одредбама закона,

15 Такозвана „*Handelndenhaftung*“. *GmbHG*, пар. 11 ст. 2.

16 Н. Merkt, Rn. 145.

17 *GmbHG*, пар. 30 ст. 1.

18 Вид. Lorenz Fastrich, „*GmbHG § 30*“, *GmbHG* (Hrsg. Adolf Baumbach, Alfred Hueck), 22. Auflage, München, 2019, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbaumbachhueckgmbhgko_22%2Fcont%2Fbaumbachhueckgmbhgko.inhaltsverzeichnis.htm&pos=2, 1. 7. 2020, Rn. 25; Günter H. Roth, Holger Altmeppen, „*GmbHG § 30*“, *GmbHG Kommentar* (Hrsg. Günter H. Roth, Holger Altmeppen), 9. Auflage, 2019, München, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FRothAltmeppenGmbHGKO_9%2Fcont%2FRothAltmeppenGmbHGKO%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 5. 7. 2020, Rn. 62–64. До овога долази најчешће код повезаних друштава, у случају исплата једног друштва другом зависном друштву (*Schwestergesellschaften*), при чему исплата иде у корист матичног друштва. Одговорност за повраћај исплаћеног сноси матично друштво, док треће лице у основи не одговара.

19 *GmbHG*, пар. 30 ст. 2 и 3.

20 *GmbHG*, пар. 30 ст. 2.

те се за немачке законе може рећи да су све норме повезане као један ланац са јасним циљем. Исту сврху у српском праву имају прописи о ограничењима плаћања, и тиме одржавању основног капитала, који произлазе из члана 184 и члана 275 става 1 ЗПД. У односу на основну одредбу о забрани исплата, која је детаљније регулисана у немачком праву, последице повреде ових чланова у оба правна система садрже битне сличности. Као и у немачком праву, повреда норми о одржавању основног капитала друштва води до обавезе повраћаја исплаћеног.²¹ Пре свега, ову обавезу сноси члан друштва који је и примио исплату. Надаље, закони предвиђају солидарну одговорност осталих чланова у одређеним случајевима, попут решења српског права у случају савесности члана који је примио исплату.²² Најзад, директори друштва који су допринели плаћању такође одговарају (као одраз *Sorgfaltspflicht* – дужности пажње).

На основу наведених решења могу се видети сличности у карактеристикама ова два правна система у погледу заштите поверилаца. Међутим, једна разлика постоји и односи се на законски минимум основног капитала немачког друштва са ограниченом одговорношћу, као још један вид заштите.

3. Минимални основни капитал *GmbH* као средство заштите поверилаца

Минимални основни капитал *GmbH* износи 25.000 евра.²³ Циљ овог правила је заштита поверилаца и оно обезбеђује већу сигурност и поверење поверилаца. Самим оснивањем *GmbH* са капиталом не испод 25.000 евра (што је у пракси често и већи износ), повериоци су и заинтересованији за пословање са конкретним друштвом. Такође, правила о уплатама улога, односно уношењу основног капитала, садрже бројне норме о заштити поверилаца, попут правила о скривеном неновчаном улогу (*verdeckte Sacheinlage*),²⁴ *cash pooling*-у заједно са

21 Вид. за ово и за даљи текст: у српском праву: Закон о привредним друштвима, чл. 185; у немачком праву: *GmbHG*, пар. 31.

22 У немачком праву се ова одговорност назива *Ausfallhaftung*. За разлику од српског права, параграф 31 став 3 не спомиње савесност члана, већ солидарна одговорност преосталих чланова настаје кад из неког разлога (зависно од конкретног случаја) члан не одговара. Поред тога, *Ausfallhaftung* је ограничена износом који је потребан за намирење поверилаца, док је одговорност самог члана неограничена – до висине целе забрањене исплате.

23 *GmbHG*, пар. 5 ст. 1.

24 *GmbHG*, пар. 19 ст. 4. Пример скривеног неновчаног улога: члан друштва уплати улог од 20.000 евра и након тога склопи уговор о продаји са привредним друштвом,

кредитирањем уплате преузетог улога члана од стране самог привредног друштва (*Hin- und Herzahlen*, као и *Her- und Hinzahlen*)²⁵ и друго. У том смислу, повериоцима стоје на располагању различити институти и норме немачког система за заштиту њихових потраживања, и уједно подстицај даљег наставка пословања са друштвом.

За разлику од правила која важе за д.о.о., основни капитал приликом пријаве *GmbH* надлежном регистру мора бити уплаћен у износу који не сме бити мањи од половине законског минимума основног капитала, дакле 12.500 евра.²⁶ Регистрацију друштва треба разликовати од саме пријаве јер, као што је већ споменуто, приликом регистрације настаје унутрашња одговорност чланова за покриће основног капитала друштва – *Unterbilanzhaftung*. С друге стране, приликом оснивања д.о.о. основни капитал не мора бити уплаћен. ЗПД прописује рок од пет година од регистрације оснивачког акта за уплату/унос улога чланова д.о.о.²⁷

4. *GmbH* или *UG* – која форма више одговара српској правној форми д.о.о.?

Нема сумње да д.о.о., као српска форма привредног друштва, одговара *GmbH* у немачком систему. Разлике постоје, као и у сваком правном систему, али традиционално ове две форме имају сличне карактеристике. Међутим, увођењем *Unternehmergesellschaft/UG (haftungsbeschränkt)* (*Mini-GmbH*, поједностављени *GmbH – UG*) у немачки правни систем може се увидети битна сличност са д.о.о. у нашем правном систему. Поред једне од најважнијих особина коју наведене три форме друштва капитала (*GmbH*, *UG* и д.о.о.) поседују – а то је ограничена одговорност њених чланова, као и флексибилност правила, *UG* и д.о.о. имају

чији је предмет аутомобил вредан 10.000 евра (стварна вредност), док је цена ствари уговорена на износ од 20.000 евра. Тиме је друштво фактички вратило 10.000 евра које је члан на име свог уписаног улога уплатио. Последица ове ситуације јесте да је члан у обавези да уплати преосталих 10.000 евра (*Fehlbetrag*) у виду новчаног улога. Такође, кривична одговорност није искључена.

25 *GmbHG*, пар. 19 ст. 5. *Hin- und Herzahlen* је ситуација када будући члан друштва и само друштво пре уношења улога уговоре да ће друштво обезбедити кредит члану из имовине која настане самим уношењем улога. Практично, то значи да је члан уплатио улог који му је враћен у виду кредита од стране *GmbH* (*upstream loans*). Да би потраживање друштва из уговора о кредиту заменило обавезу члана (поновне) уплате улога, закон наводи кумулативне услове који морају бити испуњени, попут услова да потраживање мора бити у сваком тренутку доспело. С друге стране, *Her- und Hinzahlen* (као што се из назива може видети) јесте обрнута ситуација – друштво прво стави кредит члану на располагање, а потом члан из те имовине испуни обавезу уношења улога.

26 *GmbHG*, пар. 7 ст. 2.

27 Закон о привредним друштвима, чл. 46.

једну круцијалну сличност, а то је минимални законски износ основног капитала друштва – 1 евро, односно 100 динара. Поред пар специфичности правне форме *UG* (види у даљем тексту), од којих је најважнији износ минимума основног капитала, одредбе које важе за *GmbH* сходно се примењују на *UG*. С обзиром на ту чињеницу, постоји могућност да д.о.о. више личи на мини *GmbH*, који се не разликује много у односу на сам *GmbH*.

III *UG* – поједностављени *GmbH*

1. Сврха и настанак

Пре него што анализирамо карактеристике ове новије форме из немачког система, осврнућемо се на њен настанак и њену сврху. Чланови *GmbH* уживају повластице, као и у нашем праву, пре свега у виду њихове ограничене одговорности за обавезе друштва. Међутим, немачко друштво са ограниченом одговорношћу мора бити основано са основним капиталом у износу од минимум 25.000 евра, што оснивачима може отежати његово оснивање.²⁸ Зато немачки законодавац 2008. године Законом о модернизацији права друштва са ограниченом одговорношћу и борби против злоупотреба (*MoMiG*) уводи нову форму привредног друштва – *UG/Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*, која ће представљати један вид алтернативе у односу на *GmbH*.²⁹

Увођење ове варијанте *GmbH* представљало је реакцију на већ постојећу британску форму „*Limited*“, за коју су оснивачи већ увелико били заинтересовани.³⁰ Сврха *UG* састоји се у олакшању оснивања једног облика друштва капитала, пре свега у виду повољнијег минималног износа основног капитала друштва.³¹ Захваљујући томе, будући чланови су добили могућност да на бржи и лакши начин оснују друштво слично *GmbH*, са основним капиталом од 1 евро.³² Тиме је *UG* својим предностима привукла осниваче и достигла велики број уписа у привредни регистар.³³

28 Anja Hucke, Marc Holfter, „Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – eine echte Alternative für Unternehmensgründer“, *Juristische Schulung*, Nr. 10/2010, 861.

29 Thomas Gasteyer, „Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – Praktische Umsetzung des § 5a GmbHG aus anwaltlicher Sicht“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 34/2009, 1364.

30 Thomas Wachter, „Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 36/2011, 2620.

31 T. Gasteyer, 1368.

32 T. Wachter, 2620.

33 T. Gasteyer, 1364.

2. Посебне карактеристике у односу на *GmbH*

Код *UG* се заправо ради о једној врсти, односно варијанти *GmbH*, те стога не представља самосталну правну форму привредног друштва.³⁴ Као резултат тога, одредбе које важе за *GmbH* се сходно примењују и на *UG*, осим ако нешто другачије не произлази из параграфа 5а *GmbHG* – једине посебне одредбе која се примењује само на *UG*.³⁵

Основна разлика се састоји у висини законског минимума основног капитала. Закон дозвољава оснивање *UG* износом испод 25.000 евра, што значи да минимални основни капитал износи 1 евро (у пракси је то углавном већи износ, најчешће 1000 евра),³⁶ а максимални 24.999 евра.³⁷ Ипак, последица тога је да основни капитал *UG* приликом пријаве регистру мора бити у целости уплаћен (одступање од правила из параграфа 7 става 2 *GmbHG*, који важи за *GmbH*) и да неновчани улог није допуштен.³⁸

Поред тога, важе правила за сам назив друштва у циљу заштите његових поверилаца. Наиме, оно мора садржати у називу „*UG*“ или „*Unternehmergeellschaft*“, са посебном додатном ознаком „(*haftungsbeschränkt*)“.³⁹ То показује повериоцима да се ради о друштву које нема висок износ основног капитала. Због тога постоји тенденција да чланови теже његовом повећању, као и да промене назив друштва у *GmbH* чим достигну минимални износ који важи за *GmbH*.⁴⁰

У сваком случају, примена свих посебних правила *UG* из параграфа 5а *GmbHG* отпада у тренутку достизања минималног износа основног капитала *GmbH*, с могућношћу задржавања истог назива друштва.⁴¹ Будући да *UG* представља варијанту *GmbH*, моментом достизања минималног износа основног капитала *GmbH* не долази до промене форме или статусне промене, већ остаје да постоји иста правна форма, али уз престанак примене посебних правила.⁴² До повећања основног капита-

34 P. Kindler, 378.

35 T. Gasteyer, 1364.

36 Упор. А. Hücke, М. Hölfer, 862.

37 GmbHG, пар. 5а ст. 1.

38 GmbHG, пар. 5а ст. 2.

39 GmbHG, пар. 5а ст. 1.

40 Peter Ries, Christian Schulte, „Die UG wird erwachsen: Das Erstarken der Unternehmergeellschaft zur Voll-GmbH“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 15/2018, 571; Промена назива друштва достизањем минималног износа основног капитала који важи за *GmbH* јесте право, не и обавеза чланова. Из практичних разлога, разуме се, то ће чланови и учинити.

41 GmbHG, пар. 5а ст. 5.

42 P. Kindler, 380.

ла долази се најчешће новим улозима чланова, пре свега новчаним или претварањем резерви у основни капитал.⁴³ Због чињенице да неновчани улог приликом оснивања *UG* није дозвољен, повећање основног капитала неновчаним улозима дозвољено је само ако се тим повећањем достиже 25.000 евра или већи износ.⁴⁴ С друге стране, прелазак *GmbH* у *UG* није допуштен, односно смањење основног капитала испод 25.000 евра, осим у случају када се истовремено уз смањење врши повећање новим улозима (у случају посебног облика смањења основног капитала – *vereinfachte Kapitalherabsetzung*).⁴⁵

Још једна веома битна последица ниског износа основног капитала код *UG* јесте посебна законска резерва – такозвана обавеза *Ansparpflicht*. Све док друштво не достигне износ од минимум 25.000 евра, код *UG* једна четвртина износа вишка из годишњег финансијског извештаја, умањена за губитак пренесен из претходне године, мора се издвојити у законску резерву, која се може користити само у одређеним случајевима, набројаним у закону.⁴⁶

Као што се може видети, поједностављени облик *GmbH* има изразиту сличност са д.о.о. у погледу износа основног капитала друштва. С друге стране, у српском правном систему за д.о.о. не важе наведена посебна правила која важе за ово друштво, чији је основни капитал изразито нижи у односу на немачко друштво са ограниченом одговорношћу, пре свега у виду обавезне законске резерве (и њеног износа) која је предвиђена самим *GmbHG*. Супротно томе, сам ЗПД за д.о.о. не предвиђа обавезну законску резерву, већ су оне предвиђене посебним законима.⁴⁷

IV Институт пробијања правне личности у немачком праву

Решења института пробијања правне личности у српском праву налазе се у члану 18 ЗПД и односе се на случајеве злоупотребе правила ограничене одговорности, попут коришћења имовине друштва у циљу

43 P. Ries, C. Schulte, 572.

44 T. Wachter, 2622; P. Ries, C. Schulte, 572.

45 GmbHG, пар. 58 ст. 2 и пар. 58а ст. 4; Упор. T. Gasteyer, 1367.

46 GmbHG, пар. 5а ст. 3.

47 Рецимо, у вези са забрањеним плаћањима из чланова 184 и 275 Закона о привредним друштвима и другим одредбама закона у којима се спомињу резерве, предвиђају се одређена правила у вези са законским резервама у случају да су оне у посебним законима регулисане. У том смислу, сам Закон о привредним друштвима не предвиђа постојање обавезне законске резерве друштва.

оштећења поверилаца, употребе друштва за постизање забрањеног циља и др.⁴⁸ С друге стране, у немачком праву овај институт (*Durchgriffshaftung*) није регулисан у самом закону, већ је потврђен праксом судова.

Пробијање правне личности чланова *GmbH* односи се на два случаја потврђена од стране *BGH*, од којих само један представља класичан пример ове установе. Поред та два вида пробијања правне личности, такође је дискутовано још о једном примеру у ком чланови не би могли да се позивају на институт ограничене одговорности; наиме, у случају *materielle Unterkapitalisierung*. Овај појам односи се на ситуацију постојања недовољног износа основног капитала друштва у односу на његово пословање. Ипак, 1970. године одлуком *BGH* је примена института пробијања правне личности на овај случај одбијена са образложењем да сам *GmbHG* у параграфу 5 ставу 1 регулише само минимални износ основног капитала (25.000 евра) и не захтева постојање адекватног износа који ће одговорати обавезама и пословању друштва.⁴⁹

Први пример примене института пробијања правне личности од стране *BGH* односи се на повреду правила о раздвајању имовине друштва са имовином самих чланова (случај који се назива *Vermögensvermischung*). Да би се чланови могли позивати на ограничену одговорност из параграфа 13 става 2 *GmbHG*, потребно је да се из биланса може јасно утврдити која имовина коме припада. У супротном, чланови који су одговорни за „мешање“ имовине (углавном су то већински чланови друштва) одговарају лично, сопственом имовином према повериоцима друштва.⁵⁰ Поред ове класичне примене пробијања правне личности (која води до спољне одговорности чланова), у немачком праву према пракси *BGH* постоји посебан институт одговорности чланова за проузроковање инсолвентности *GmbH*. *Existenzvernichtungshaftung*, односно *Insolvenzverursachungshaftung* је прво представљала још један типичан пример пробијања правне личности, односно личне одговорности чланова према повериоцима, попут одговорности чланова друштва лица, под условом да правила о одржавању основног капитала из параграфа 30 и 31 *GmbHG* нису довољна за потпуно намирење поверилаца.⁵¹ Међутим, 2007. године *BGH* одлуком у случају „*TRI-HOTEL*“ одбија

48 Закон о привредним друштвима, чл. 18.

49 Упор. Tobias Ploß, „§ 24“, *Unternehmensnachfolge* (Hrsg. Stephan Scherer), 6. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSudhoffHdbUNNachf_6%2Fcont%2FSudhoffHdbUNNachf%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020, Rn. 670.

50 Упор. Béla Knof, „VO (EU) 2015/848 Art. 7“, *Insolvenzordnung Kommentar* (Hrsg. Wilhelm Uhlenbruck), 15. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FUhlenbruckKoInsO_15_Band%2Fcont%2FUhlenbruckKoInsO%2E2%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 9. 7. 2020, Rn. 124.

51 P. Kindler, 368–371.

класичну примену овог института у виду спољне одговорности чланова и супсидијарности у односу на параграфе 30 и 31 *GmbHG*, и замењује је деликтном одговорношћу према самом *GmbH* – дакле, унутрашњом одговорношћу.⁵²

V Закључак

Повериоци немачких привредних друштава заштићени су различитим правним институтима, предвиђеним одредбама самих закона, али и богатом судском праксом. Већ у стадијуму оснивања, чланови *GmbH* представљају једну врсту друштва лица и одговарају за обавезе друштва из правних послова склопљених пре уписа друштва у привредни регистар. Моментом регистрације *GmbH*, чланови стичу привилегију општег института ограничене одговорности. Међутим, важе бројна правила у циљу даље заштите поверилаца друштва. Тако *GmbHG* предвиђа за минимални износ основног капитала *GmbH* 25.000 евра и правило забране исплата члановима из имовине која је неопходна за покриће његовог основног капитала, уз могућност оснивања једног облика немачког друштва са ограниченом одговорношћу (*UG*) испод тог износа, али са последицом важења одређених посебних и строжих правила. *UG* је настала као реакција на потребу олакшања оснивачима оснивања једног облика друштва капитала, где ће чланови уз мањи износ основног капитала и даље бити у могућности да се позивају на ограничену одговорност за обавезе друштва. С друге стране, српска правна форма д.о.о. налази свој „еквивалент“ у немачком правном систему у *GmbH*, али најважнија карактеристика – минимум основног капитала – одговара новијој, поједностављеној форми *GmbH* – *UG*. У том смислу, занимљиво је сагледати посебна правила која важе за *UG*, услед чињенице да оно може бити основано са износом од 1 евра, слично као код нашег д.о.о.

Коришћена литература

Wicke Hartmut, *GmbHG*, 4. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FWickeKoGmbHG_4%2Fcont%2FWickeKoGmbHG%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 7. 7. 2020.

Gasteyer Thomas, „Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) – Praktische Umsetzung des § 5a GmbHG aus anwaltlicher Sicht“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 34/2009.

52 BGH, II ZR 3/04, 16. 7. 2007. Више о *Existenzvernichtungshaftung* вид. Jens Prütting, „Existenzvernichtungshaftung“, *Juristische Schulung*, Nr. 5/2018, 409–414.

- Kindler Peter, *Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht*, 9. Auflage, München, 2019.
- Knof Béla, „VO (EU) 2015/848 Art. 7“, *Insolvenzordnung Kommentar* (Hrsg. Wilhelm Uhlenbruck), 15. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FUhlenbruckKoInsO_15_Band2%2Fcont%2FUhlenbruckKoInsO%2E2%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 9. 7. 2020.
- Merkt Hanno, „§ 11“, *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1–34* (Hrsg. Holger Fleischer, Wulf Goette), 3. Auflage, München, 2018, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoGmbHG_3_Band1/cont/MuekoGmbHG.1.inhaltsverzeichnis%2Ehtm, 9. 7. 2020.
- Ploß Tobias, „§ 24“, *Unternehmensnachfolge* (Hrsg. Stephan Scherer), 6. Auflage, München, 2020, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSudhoffHdbUNNachf_6%2Fcont%2FSudhoffHdbUNNachf%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020.
- Prütting Jens, „Existenzvernichtungshaftung“, *Juristische Schulung*, Nr. 5/2018.
- Ries Peter, Schulte Christian, „Die UG wird erwachsen: Das Erstarken der Unternehmungsgesellschaft zur Voll-GmbH“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Nr. 15/2018.
- Roth Günter H., Altmeyen Holger, „GmbHG § 30“, *GmbHG Kommentar* (Hrsg. Günter H. Roth, Holger Altmeyen), 9. Auflage, 2019, München, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FRothAltmeyenGmbHGKO_9%2Fcont%2FRothAltmeyenGmbHGKO%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 5. 7. 2020.
- Solveen Dirk, „§ 41“, *Aktiengesetz Kommentar* (Hrsg. Wolfgang Hölters), 3. Auflage, München, 2017, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/HoeltersKoAktG_3/cont/HoeltersKoAktG.Inhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020.
- Fastrich Lorenz, „GmbHG § 30“, *GmbHG* (Hrsg. Adolf Baumbach, Alfred Hueck), 22. Auflage, München, 2019, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbaumbachhueckgmbhsko_22%2Fcont%2Fbaumbachhueckgmbhsko.inhaltsverzeichnis.htm&pos=2, 1. 7. 2020.
- Heidinger Andreas, „§ 41“, *BeckOnlineGroßkommentar Aktienrecht*, доступно на адреси: <https://beck-online.beck.de/Home>, 1. 7. 2020.
- Heinemeyer Susanne, „BGB § 421“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II (§§ 311–432)*

(Red. Wolfgang Krüger), 8. Auflage, München, 2019, доступно на адреси: https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_8_Band3%2Fcont%2FMuekoBGB%2E3%2EInhaltsverzeichnis%2Ehtm, 1. 7. 2020.

Hucke Anja, Holfter Marc, „Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) – eine echte Alternative für Unternehmensgründer“, *Juristische Schulung*, Nr. 10/2010.

Jovana JOKSOVIĆ, LL.M. (LMU Munich)
Legal Trainee at Joksović, Stojanović and Partners

GMBH AND UG (MINI-GMBH) – PROTECTION OF CREDITORS IN GERMAN LAW

Summary

One of the most widespread forms of companies, not only in our, but also in other jurisdictions, are limited liability companies. This form gives clear advantages to its founders, but at the same time endangers the creditor's settlement. In this paper, the author lists and describes the ways of protecting the company's creditors in the German law, namely the creditors of GmbH and the newer UG (Mini-GmbH) with brief reviews of Serbian law and d.o.o. First of all, there is a possible liability of shareholders and directors of German companies in the very stage of establishment. Furthermore, payments to shareholders from the assets that are necessary to cover the share capital are prohibited. In addition to its legal minimum share capital of EUR 25.000, GmbH contains further institutes for adequate creditor protection, which makes it attractive not only to the founders, but also to its creditors. In 2008, with the Law on Modernization of the Rights of Limited Liability Companies and the Fight against Abuses (MoMiG), the German legal system introduced a new legal form of simplified GmbH (UG), which has the same nature with a few special characteristics. This is primarily the possibility of founding a company below the prescribed legal minimum of the share capital, namely 1 euro. This legal form should be an alternative to the English „Limited“, which was „flooding“ the German market back then. This advantage brings certain restrictions, first of all in terms of capital maintenance rules. Due to the fact that d.o.o. has significant similarities with the general rules that apply to these legal forms of the German system, primarily due to similarities with UG in

the form of a minimum share capital of 100 dinars, the characteristics and solutions of German law for the protection of creditors of this legal form will be analysed. At the end comes a brief review of the institute “piercing a corporate veil” in the German law system.

Key words: *DOO. – GmbH. – UG. – German Law. – Protection of Creditors. – Original Share Capital. – Liability of Shareholders.*

Датум пријема рада: 11. 9. 2020.

Датум прихватања рада: 20. 10. 2020.

СТРУЧНИ РАДОВИ

UDK: 347.425

CERIF: S130, S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004149M

Миона МАНОЈЛОВИЋ*
мастер правник

КАМАТА КАО ПОСЛЕДИЦА ДУЖНИЧКЕ ДОЦЊЕ¹

Сажетак

Аутор у раду најпре настоји да дефинише појам дужничке доцње, а након тога и да сагледа њене последице. Даље излагање аутор посвећује камати, њеном историјском настанку и дефинисању њених основних врста кроз анализу закона којима је она регулисана, са посебним акцентом на Закон о задужењу камати. Аутор настоји да укаже на правне изразине у законима, анализира postojeћа решења у пракси, али и понуди нека нова решења која би могла бити од користи у примени института камате. Такође, институцију задужења камате биће анализиран унутар нашег правног система кроз обрачун који се примењује од пројављивања закона који је регулисао задужење каматом, па до данас.

Кључне речи: Доцња дужника. – Камата. – Врсте камате. – Задужење каматом. – Ток, висина и обрачун задужења каматом.

* Електронска адреса аутора: miona.jelena@gmail.com.

1 Чланак представља скраћену верзију мастер рада „Камата као последица дужничке доцње“, одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

І Доцња дужника и њене последице

Доцња (лат. *mora* – кашњење, одгађање, одмор, рок, станка, време) подразумева неблаговремено испуњење обавезе, односно ситуацију у којој један од субјеката облигационог односа крши облигацију на тај начин што своју обавезу не испуњава на време. Под доцњом подразумевамо време које протекне између два тренутка: доспелости обавезе и њеног испуњења. Из тога, дакле, произлази да доцња траје све до испуњења (или бар до понуде испуњења) обећане престације, јер како бисмо другачије и могли утврдити колико се доцнило. На дужнику је тада да уз испуњење испуни и акцесорну обавезу накнаде штете због задоцњења. Супротно, у случају коначног неиспуњења настаје одговорност због неиспуњења, као одговорност за тежи вид повреде уговора. Тада се узима да доцња као повреда уговора никада није ни постојала, или да је од тренутка доспелости до тренутка коначног неиспуњења „лебдела“ само као могућа повреда уговора.²

Основна обавеза дужника је да испуни своју престацију у року, а одговарајућа обавеза повериоца је да прими испуњење дужникове престације. Уколико дужник или поверилац касне са испуњењем, односно пријемом испуњења (ако, дакле, не поштују уговорени или законски рок), то има као последицу повреду облигације, што повлачи одређене правне последице које чине садржину појма доцње.³ Учесници облигационог односа долазе у доцњу кад радњу која се од њих очекује не предузму благовремено.⁴ Дакле, разликујемо поверилачку и дужничку доцњу, а како се овде осврћемо на камату као последицу дужничке доцње, ближе ћемо појаснити шта подразумева дужничка доцња, док би поверилачка доцња била предмет другог рада.

Дужничка доцња (лат. *mora debitoris*) подразумева доцњу на страни дужника, дакле, ситуацију у којој дужник касни са испуњењем своје обавезе. Дужник се тада не може ослободити своје обавезе (сем испуњењем), већ трпи законом одређене последице. Доцња дужника наступа кад он не испуни своју доспелу уговорну обавезу ни након што га је поверилац опоменуо.

Према ЗОО, дужник долази у доцњу кад не испуни обавезу у року одређеном за испуњење (члан 324 став 1) и у таквом случају дужник запада у доцњу од наредног дана по истеку уговореног рока.⁵ Сам уговор

2 Катарина Доловић Бојић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора збој неизвршења*, Београд, 2016, 52.

3 Оливер Антић, *Облигационо право*, 4. издање, Београд, 2009, 149.

4 Ђорђе Николић, *Облигационо право*, 4. издање, Београд, 2014, 143.

5 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.

опомиње дужника када треба да изврши обавезу, па зато није потребна никаква активност повериоца у том правцу (*dies interpellat pro homine*). Ако рок за испуњење обавезе дужника није уговорен, треба правити разлику између две групе случајева. Прво, за поједине ситуације је законом одређено када дужник треба да изврши своју обавезу. Дужник запада у доцњу ако своју обавезу не испуни у законом одређеном року. Друго, ако рок за испуњење није одређен, дужник долази у доцњу кад га поверилац позове да испуни своју обавезу – усмено или писмено, ван-судском опоменом или започињањем неког поступка чија је сврха да се постигне испуњење обавезе (члан 324 став 2 ЗОО).⁶ Судска пракса је показала да се доспелост обавезе и доцња дужника временски не подударају обавезно, већ само онда када је рок за испуњење обавезе одређен. Ако рок није уговорен, а природа обавезе и друге околности не захтевају посебан рок за испуњење, поверилац одмах може захтевати испуњење (доспелост обавезе), а дужник пада у доцњу тек када га поверилац позове на испуњење.⁷

Различите су последице до којих дужничка доцња може да доведе, а њихова различитост зависи од саме врсте доцње, врсте правног посла из којег је настала, затим од чињенице да ли је дужник крив за наступање доцње или не. Кривица се иначе не захтева као услов дужникове доцње (тзв. објективна доцња), али се неке последице дужникове доцње условљавају његовом кривицом.⁸ У упоредном праву наилазимо на поделу дужничке доцње, те разликујемо објективну и субјективну доцњу. Објективна доцња подразумева да је дужник у доцњу доспео без своје кривице, а субјективна доцња подразумева да је дужник крив

6 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 177.

7 У образложењу пресуде Привредног апелационог суда у Београду се наводи следеће: „Доспелост обавезе и доцња дужника у испуњењу обавезе нису идентични појмови, а посебно право на камату и доцња нису у потпуности подударни. Доспелост потраживања (обавезе) подразумева време од када поверилац од дужника може тражити испуњење. Поверилац испуњење може тражити када протекне рок који је уговорен, ако је уговорен. Тада се доспелост потраживања и доцња дужника подударају, јер истеком уговореног рока поверилац може тражити испуњење обавезе од дужника који је у доцњи, а ако је обавеза новчана, и камату за период доцње. Ако рок није уговорен, поверилац може одмах тражити њено испуњење, осим ако због природе обавезе и других околности није потребан известен рок за њено испуњење. У случајевима када рок није уговорен, дужник пада у доцњу када га поверилац позове да обавезу испуни на начин предвиђен чланом 324 ставом 2 Закона о облигационим односима. Следи да, ако поверилац своје право да захтева испуњење није вршио одмах, упркос томе што је обавеза била доспела, дужник не би био у доцњи пре него што је на испуњење позван. Све наведено важи и за новчане обавезе за које је законом прописана обавеза плаћања камате у периоду доцње.“ Пресуда Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 3351/2010 (1) од 29. 4. 2010. године Доступно у бази *ParagrafLex*.

8 Ђ. Николић, 144.

за доцњу. Дужник кривицу сноси, пре свега, када не поступа са неопходном пажњом која субјективно може да се очекује од њега. Наш ЗОО прихвата објективну концепцију доцње. Међутим, неке последице доцње наступају независно од његове кривице, а неке само уколико је крив. Последице које наступају без обзира на његову кривицу јесу обавеза плаћања затезне камате и право повериоца на раскид теретног уговора, а последице које наступају само уколико је дужник крив за доцњу јесу обавеза накнаде штете и одговорност за случајну пропаст ствари.⁹

II Камата – појам и значење

Камата (грч. *kàmatos* – зарада) је добит, интерес на уложени новац.¹⁰ Камата је накнада која се даје за коришћење туђе заменљиве ствари за одређени период. Будући да је новац покретна, телесна, потрошна, заменљива, дељива и генерична ствар, камата је накнада на коју поверилац има право због тога што је лишен извесне своте новца, под условом да је одређена према висини дуга и према времену његовог трајања.¹¹

Камата је најпре настала у уговору о зајму, као накнада за коришћење туђег новца. Дакле, то је стара установа чији корени сежу у далеку прошлост. Преовлађује идеја да је зајам једна од најстаријих трансакција. Он се издвојио из једног посла који је имао елементе и зајма и послуге.¹² Камате су последица увећавања, плодноности неких ствари које су предмет најстаријег зајма и идеје да онај који не врати на време зајам чини деликт санкционисан на тај начин што ће зајмопримац вратити нешто више од онога што је примио.¹³

Први формализовани систем кредитирања са каматом јавља се у доба Сумеранске цивилизације (3.000 година п.н.е.), која је заузимала подручје јужне Месопотамије. Као два главна средства плаћања коришћени су сребро (у градовима) и жито (на селима). Камата се помиње у Хамурабијевом законнику (1754. година п.н.е.), који је најпознатији и најбоље сачувани законик Месопотамије, а уједно и прва сачувана збирка правних прописа у историји којима је утврђена висина камате за зајмове, и то: 1/3 за зајам у житу и 1/5 за зајам у сребру. Кроз историју, у друштвима са натуралном привредом углавном је преовладавао антикаматни

9 Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад, 2018, 173.

10 Милан Вујаклија, *Лексикон стараних речи и израза*, 9. издање, Београд, 2006, 380.

11 Михајло Цветковић, „Правни аспекти обрачуна затезне камате“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 56/2010, 232.

12 Обрад Станојевић, *О насјанку зајма и камата*, Београд, 1966, 103.

13 *Ibid.*

став. У античкој Грчкој је, на пример, Платон признавао постојање камате, иако је био против зајма који укључује камату. Аристотел је сматрао да је новац неплодоносан и да му тек постојање камате даје та својства, али је при том задржао противкаматни став. Према средњовековним мислиоцима, као што је Тома Аквински, постојање камате није оправдано ни са етичког, ни са правног становишта. Упркос негирању оправданости камате, и чак покушаја њеног укидања, камата је опстала као цена зајма, а антикаматни став превазиђен је тек у касном средњем веку. Схватајући је као реалност, камату су почели да посматрају све више са економског, а мање са моралног и етичког становишта.¹⁴

И римско право је познавало уговарање и плаћање камате (*usurae*), па се тако у Јустинијановим Дигестима наводи: „*Usurae vicem fructuum optinent*“, тј. камате се сматрају као плодови или „*Usura non natura pervenit, sed iure percipitur*“, тј. камате не долазе по самој природи, већ се стичу по неком праву. Још и данас се при разматрању плодова (*fructus*) разликују природни плодови (*fructus naturales*) – као користи које доноси главна ствар сама од себе, као што су плодови биљака, од цивилних плодова (*fructus civiles*) – као користи које не доноси главна ствар сама по себи, већ се кроз одређени правни однос добијају користи од главне ствари, као што су камате, закупнина и слично.¹⁵

Посматрана као економска категорија, камата представља средство расподеле вишка вредности.¹⁶ Кроз свој рад, „*The Theory of Interest*“, 1930. године Ирвинг Фишер је делом допринео развоју модерног концепта камате. Временска вредност новца, алтернативне инвестиције, инфлаторна очекивања, ризик инвестиција и ликвидност су само неки од разлога зашто се захтева надокнада у облику камате за позајмљени новац. Новчана средства која поседује, предузеће може да уложи у различите пројекте на начин да доносе неки профит. У случају позајмљивања новца, тај профит се не остварује и он представља „опортунитетни трошак“, односно пропуштену прилику за зараду. Стога се та зарада исказује као камата.¹⁷ Ирвинг Фишер тврди да је расподела прихода друштва погрешно дефинисана као подела на зараду, зајам, камату

14 SEKOS IN – Привредно друштво за издавачку делатност и економски консалтинг д.о.о, Камата: појам историјат и занимљивости, 2016, доступно на адреси: <http://www.kamata.rs/kamata-pojam-istorija-i-zanimljivosti>, 10. 5. 2020, интернет извор без броја стране.

15 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, 1107.

16 Иванка Лекић, „Доцња дужника и право повериоца на камату“, *Правни животи*, бр. 10–12/1988, 348.

17 Даница Прошић, „Камате и скривене замке метода обрачуна камате“, *Банкарство*, бр. 3/2014, доступно на адреси: <http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2014/3/UBS-Bankarstvo-3-2014-Prosic.pdf>, 30. 4. 2019, 40.

и профит. За Ирвинга Фишера камата уопште није расподела прихода друштва, већ врста било каквог прихода. Камата није део, већ цео приход.¹⁸ У америчком правном систему и Ф. Х. Најт (*F. H. Night*) пориче да постоји разлика између камате и зајма, те је немогуће да се камата и зајам посматрају тако да потичу од различитог извора.¹⁹ Да се таква идеја задржала и данас говори и Закон о облигационим односима, који у својим одредбама које се тичу зајма, тачније у члану 558 ставу 1, прописује да се зајмопримац може обавезати да уз главницу дугује и камату, док је ставом 2 одређено да у уговорима у привреди зајмопримац дугује камату и ако она није уговорена.

III Врсте камате

Камата представља акцесорну обавезу дужника, а по основу њеног настанка разликујемо уговорну (*usurae conventionales*) и законску (затезну) камату (*usurae legales*). И уговорна и законска камата представљају накнаду за коришћење главнице.²⁰ Стране су слободне да у свом уговору предвиде да ће новчана облигација поред обавезе исплате главнице обухватити и исплату уговорне камате.

За разлику од затезне камате, коју дужник дугује уколико је задоцнио са испуњењем новчане обавезе, уговорна камата представља накнаду за коришћење туђег новца.²¹ Дакле, уговорна камата је обавеза која настаје на основу уговора. Уговорна камата није последица дужничке доцње. Она је накнада коју дужник дугује за корист коју је имао од тога што му је поверилац ставио на располагање одређену количину заменљивих ствари. Рок за испуњење уговарају саме уговорне стране, тако што ће одредити тачан датум или одређени период пре чијег истека дужник треба да испуни обавезу. Ако рок није одређен уговором, примењују се правила о посебним именованим уговорима (чл. 454–1098 ЗОО). Уговорна камата се не везује искључиво за новчане обавезе – она се може уговорити и за обавезе које гласе на предају других заменљивих ствари осим новца.²²

18 Irving Fisher, *The Theory of Interest*, New York, 1930, 331–332.

19 Joseph W. Conard, *An Introduction to the Theory of Interest*, Berkley – Los Angeles, 1963, 5.

20 Борисав Чолић, „Камате – решења из Закона о облигационим односима и проблеми у практичној примени“, *Правни животи*, бр. 10–12/1988, 358.

21 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 126.

22 Тако ЗОО у чл. 402, који носи назив „Камата у неновчаним обавезама“, прописује да одредбе овог закона о уговорној камати сходно важе и за остале обавезе које имају за предмет ствари одређене по роду.

Висину стопе уговорне камате поверилац и дужник споразумно одређују. Међутим, стопа уговорне камате између физичких лица не може бити већа од каматне стопе која се у месту испуњења плаћа на штедне улоге по виђењу.²³ Штедња по виђењу представља такав вид штедне при коме нема уговорених камата на средства која је клијент депоновао у банци. Каматна стопа на штедне улоге по виђењу обрачунава се на крају године и увек је, по природи ствари, мања од камате на средства која су у банци орочена на неки рок. Просечна каматна стопа на динарске штедне улоге по виђењу у 2018. години креће се око 2% на годишњем нивоу, док се каматна стопа на штедне улоге по виђењу приближава нули.²⁴

Ако је камата уговорена, али није одређена њена стопа ни време доспевања, између физичких лица важи каматна стопа која се у месту испуњења плаћа на штедне улоге по виђењу, а између правних лица важи каматна стопа коју банка или друга банкарска организација плаћа, односно уговара за такву или сличну врсту посла и доспева по истеку године, ако за одређени случај није предвиђено нешто друго.²⁵ Ако је уговорена већа камата од дозвољене, примениће се највећа дозвољена стопа камате.²⁶ Ништава је одредба уговора којом се предвиђа да ће на камату када доспе за наплату почети да тече камата ако не буде исплаћена.²⁷ Међутим, може се унапред уговорити да ће се стопа камате повећати ако дужник не исплати доспеле камате на време.²⁸

За разлику од уговорне камате, која настаје сагласношћу воља уговорних страна, законска камата настаје на основу закона и норме које њу регулишу су императивног карактера. Дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује поред главнице и затезну камату по стопи утврђеној законом.²⁹ Дакле, затезна камата се може тражити само за доцњу у исплати новчаног потраживања. Када дужник задоцни са испуњењем новчане обавезе, поверилац има право на затезну камату (мораторни интерес). Обавеза дужника на плаћање затезне камате у случају доцње и право повериоца на исту постоји и када није посебно уговорена.

ЗОО не допушта уговарање стопе затезне камате. Међутим, ако су уговорне стране у свом уговору предвиделе каматну стопу која се

23 ЗОО, чл. 399 ст. 1.

24 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 126.

25 ЗОО, чл. 399 ст. 3.

26 ЗОО, чл. 399 ст. 4.

27 ЗОО, чл. 400 ст. 1.

28 ЗОО, чл. 400 ст. 2.

29 ЗОО, чл. 277 ст. 1.

примењује на новчано потраживање из уговора (нпр. уговор о зајму, уговор о продаји на кредит и сл.) и ако је уговорена стопа виша од стопе законске затезне камате, онда се према члану 277 ставу 2 ЗОО уговорна каматна стопа примењује и пошто је дужник пао у доцњу. Висина стопе уговорне камате ограничена је одредбама ЗОО које се односе на зеленашке уговоре (члан 141 ЗОО).³⁰

Затезна камата има двојаки циљ. Прво, она треба да буде накнада повериоцу за то што није могао да користи новац који му припада. Друго, она треба да заштити повериоца од смањења куповне моћи новца.³¹ На доспелу а неисплаћену уговорну или затезну камату, као и на друга доспела повремена новчана давања, не тече затезна камата, изузев кад је то законом одређено.³²

Правило о забрани тзв. анатоцизма (од грчких речи *anà* – горе, поврх и *tokizomai* – стављен на камату) подразумева наплаћивање камате на камату, а у овим разматрањима наплаћивање камате на већ доспеле а неисплаћене уговорне или затезне камате. Забрану анатоцизма познавало је и старо грчко и римско право, па је тако у Јустинијановом кодексу предвиђено: „*Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur et veteribus quidem legibus constitutum fuerat...*“, тј. да се ни у којем случају камате на камату не могу тражити од дужника. И ранији Општи грађански законик и Српски грађански законик забрањивали су узимање камате на камату.³³

Став 1 члана 279 ЗОО допушта могућност да се дозволи анатоцизам у неким случајевима. Већ сам ЗОО предвидео је један такав изузетак. Иако и за уговорне камате у начелу важи забрана анатоцизма, она се не односи на кредитно пословање банака и других банкарских организација.³⁴ Поред тога, став 2 и став 3 члана 279 ЗОО допуштају да се може захтевати камата на неисплаћене камате или друга периодична новчана давања од дана када је суду поднесен захтев за њихову исплату (процесне камате). Тако се не може позивати на забрану анатоцизма дужник који је не само неуредан, већ је дозволио да се против њега поведе судски поступак.³⁵

30 Мирјана Цукавац, „Затезна камата на девизна потраживања у пракси Спољно-трговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2015, 85.

31 И. Јанковец, 318.

32 ЗОО, чл. 279 ст. 1.

33 Б. Визнер, 1111.

34 ЗОО, чл. 400 ст. 3.

35 Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 699. Као пример можемо узети пресуду Апелационог суда у Новом

Одредбу ЗОО да се на износ камате може захтевати камата само од дана када је поднесен захтев за њену исплату ваља тумачити тако да се она примењује у случају када је главница плаћена, па обрачуната камата (од доцње до исплате главног дуга) представља главницу на коју се може захтевати процесна камата (у износу затезне камате), али само од дана када је суду поднет захтев за њену исплату.³⁶ Процесна камата је камата на коју поверилац има право за време док тече његов судски поступак са дужником због неплаћања дуга, све док дужник не изврши исплату по правноснажној судској одлуци.³⁷ Таква камата тече за време парнице, па све до исплате на износ главног дуга који је увећан за затезну камату до дана подношења тужбе.³⁸

Прва верзија Закона о облигационим односима из 1978. године имала је члан 401, чија одредба је гласила: „Камата престаје тећи кад свота доспелих а неисплаћених камата достигне главницу“, а која је бри-сана одредбом члана 2 Закона о изменама Закона о облигационим одно-сима из 1989. године. Правно правило према којем камата престаје тећи када износ камате достигне износ главнице назива се забраном *ultra alterum tantum*.³⁹ Одредба члана 401 ЗОО из 1978. године односила се на ток уговорних камата, а не и на ток затезних камата. Том је одред-бом у потпуности било преузето решење предложено одредбом члана 321 Скице проф. Константиновића, која је забрану *ultra alterum tantum* такође предвиђала само за ток уговорних, а не и затезних камата.⁴⁰

Судска пракса у Србији је углавном заузимала став да се ова одредба односи само на уговорну камату, тј. када она достигне главни-цу – престаје да тече. Одредба члана 401 ЗОО не садржи ограничење примене престанка тока камате само за уговорну камату, али пошто се

Саду, Гж 2985/2017 од 30. 11. 2017. године, у чијем образложењу се наводи: „У пословању банака не примењује се одредба члана 400 става 1 ЗОО-а, према којој је ништава одредба уговора којом се предвиђа да ће на камату, када доспе за исплату, почети тећи камата ако не буде исплаћена. Ово се односи на уговорену редовну камату. Не односи се на затезну камату. На износ неисплаћене затезне камате може се захтевати затезна камата само од дана када је суду поднесен захтев за њену исплату. Под тим се подразумева да је поднесен захтев за углавничену затезну камату као главни дуг када је главни дуг плаћен.“

36 И. Лекић, 353.

37 И. Јанковец, 328.

38 *Ibid.*

39 Иван Тот, „Престанак тијека камата када износ камата достигне главницу: Забра-на *ultra alterum tantum* у свјетлу судске праксе Еуропског суда“, *Савремени њравни ѝромей и услује* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2018, 199.

40 Михаило Константиновић, *Облиѝације и уѝговори: Скица за законик о облиѝацијама и уѝговорима*, Београд, 1996.

налази у одсеку ЗОО о уговорној камати, судови су заузели став да се престанак тока камате када достигне главницу односи само на уговорну камату, јер не би било правилно да и затезна камата престаје да тече када достигне главницу, пошто би то дестимулисало дужника да дуг врати када му после извесног времена камата због доцње не би уопште више текла.⁴¹

IV Затезна камата – ток, висина и обрачун

1. Ток затезне камате

Затезна камата се обрачунава почев од првог дана по протеку уговореног, односно законом одређеног рока за плаћање, а престаје тећи истеком дана у коме је извршено плаћање дуга.⁴² Ако рок није одређен уговором, онда се примењују правила о посебним именованим уговорима,⁴³ па тако код уговора о продаји купац је обавезан да плати цену у часу и у месту у коме се врши предаја ствари;⁴⁴ код уговора о зајму, зајмопримац је дужан да врати зајам по истеку примереног рока, који не може бити краћи од два месеца рачунајући од зајмодавчевог тражења да му се зајам врати;⁴⁵ код уговора о закупу, купац је обавезан да плаћа закупнину полугодишње кад је ствар дата у закуп за једну или више година, а ако је дата за краће време – по истеку тог времена.⁴⁶ Међутим, уколико рок није одређен ни уговором ни одредбама о посебним именованим уговорима, дужник долази у доцњу кад га поверилац позове и захтева да му испуни обавезу. Доцња дужника почиње првог наредног дана од пријема опомене. Ако дужник није платио ниједан део дуга, затезна камата се обрачунава на цео износ повериоачевог потраживања. Ако је део дуга плаћен, затезна камата се обрачунава само на неисплаћени део потраживања. Кад је дужник са закашњењем платио део дуга, затезна камата се прво обрачунава на цео дуг, а од делимичног плаћања – на преостали део дуга.⁴⁷

Оно што ствара проблем и отвара питање у пракси јесте да ли на трошкове парничног поступка или било ког другог поступка може

41 И. Лекић, 356.

42 И. Јанковец, 319.

43 ЗОО, чл. 454–1098.

44 ЗОО, чл. 516.

45 ЗОО, чл. 562 ст. 2.

46 ЗОО, чл. 583 ст. 2.

47 И. Јанковец, 319.

да се захтева затезна камата уколико их дужник не намири о доспелости. Пракса је показала да може.⁴⁸ Важно питање које се овде поставља јесте: од ког момента почиње рачунање затезне камате? Као што смо и раније навели, члан 277 ЗОО прописује да дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује поред главнице и затезну камату по стопи утврђеној законом. Дакле, затезна камата (висина каматне стопе, њен обрачун и друго) је регулисана посебним законом – Законом о затезној камати, који у свом члану 2 одређује да дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе поред главнице дугује и затезну камату на износ дуга до дана исплате, и то по стопи утврђеној овим законом.⁴⁹ Члан 6 став 2 истог закона прописује да се затезна камата обрачунава за календарски број дана периода доцње у измиривању обавезе у односу на календарски број дана у години (365, односно 366 дана), применом простог интересног рачуна од сто и декурзивног начина обрачуна, без приписа обрачунате затезне камате главници истеком обрачунског периода, док став 3 истог члана под обрачунским периодом подразумева период од првог дана доцње, односно промене износа дуга и/или промене стопе затезне камате у периоду доцње за који се врши обрачун, закључно са даном коначног измирења главнице, односно дуга.

48 Из образложења правног схватања Грађанског одељења Апелационог суда у Београду, усвојеног на седници од 24. 12. 2012. године, произлази да је обавеза накнаде парничних трошкова по својој природи законска облигација. „То је и новчана обавеза, јер се састоји у плаћању одређене своте новца, специфична само по томе што не настаје вољом странака, него на основу закона и одлуком суда, али се тиме не мења њена природа новчане обавезе. Због тога, нема разлога да се на обавезу накнаде парничних трошкова не примени правило о затезној камати. Почев од ступања на снагу измена и допуна Закона о извршном поступку (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78), у свим наредним законима који су уређивали поступак извршења било је предвиђено да ће суд на предлог извршног повериоца, ако су у извршној исправи одређени трошкови поступка, решењем одредити наплату затезне камате на износ досуђених трошкова по прописаној стопи од дана доношења извршне исправе до дана наплате. Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/11) не садржи такву одредбу, па зато странка којој су досуђени парнични трошкови не може у извршном поступку тражити наплату затезне камате. То је био разлог да странке у захтеву за накнаду парничних трошкова који подносе у парничном поступку траже и плаћање затезне камате од дана доношења одлуке. Закон о парничном поступку у делу у којем уређује парничне трошкове не садржи одредбу о затезној камати. Међутим, то не значи да због тога не постоји обавеза плаћања затезне камате предвиђена чланом 277 ставом 1 ЗОО. О захтеву за накнаду парничних трошкова, како је то прописано чланом 163 ставом 3 Закона о парничном поступку, суд одлучује у пресуди или решењу којим се окончава поступак. Зато је обавеза накнаде парничних трошкова доспела даном доношења одлуке и од тада тече обавеза плаћања затезне камате на износ парничних трошкова који је том одлуком досуђен.“ Доступно у бази *ParagrafLex*.

49 Закон о затезној камати, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012.

Управо цитиране норме о затезној камати садржане су и у Закону о пореском поступку и пореској администрацији, и то за доцњу у плаћању пореза и споредних пореских давања.⁵⁰ Затим, Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама упућује на примену Закона о затезној камати у члану 7 ставу 1: „На новчане обавезе које нису измирене у роковима утврђеним одредбама овог закона обрачунава се и плаћа камата у висини утврђеној законом којим се уређује затезна камата.“⁵¹

Одредбе Закона о затезној камати не примењују се на дужничко-поверилачке односе за које су висина стопе и начин обрачуна затезне камате утврђени другим законом. Тако Царински закон у својим одредбама прописује да ако износ царинског дуга није плаћен у прописаном року, царински орган обрачунава затезну камату на износ дуга почев од дана доспелости за плаћање тог дуга по стопи једнакој годишњој стопи Народне банке Србије увећаној за 10 процентних поена применом простог интересног рачуна од сто.⁵²

Закон о стечају на специфичан начин одређује ток уговорних и затезних камата. За необезбеђена потраживања у стечајном поступку обрачунавање уговорених и затезних камата престаје даном отварања стечајног поступка. На обезбеђена потраживања у стечајном поступку обрачунава се уговорена и затезна камата, али само до висине реализоване вредности имовине која служи за обезбеђење потраживања. Ако после измирења свих потраживања постоје расположива средства за исплату, стечајни судија одобрава обрачунавање и плаћање камате стечајним повериоцима и за период после отварања стечајног поступка и обрачунавање и плаћање камате обезбеђених поверилаца које нису измирене из реализоване вредности предмета обезбеђења. Камата се обрачунава по прописима којима се одређује стопа законске затезне камате из облигационих односа, при чему се камата свим стечајним повериоцима исплаћује сразмерно, независно од исплатних редова.⁵³

50 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2000, 84/2000 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018 и 95/2018, чл. 75.

51 Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012, 68/2015, 113/2017 и 91/2019.

52 Царински закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 и 113/2017 – др. закон, чл. 269.

53 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. 85.

2. Висина и обрачун затезне камате

Закон о облигационим односима прописује обавезу плаћања затезне камате дужнику новчане обавезе у доцњи, али не утврђује њену висину. Висина затезне камате је одређена Законом о затезној камати и њене одредбе су императивног карактера. Закон о облигационим односима је донет 1978. године и у тој својој првој верзији је предвидео доношење посебног савезног закона о висини затезне камате. Како исти није донет све до 1989. године, висина затезне камате је регулисана одлукама извршних власти, а не законом.

Закон о висини стопе затезне камате донет је 1989. године и регулисао је израчунавање висине затезне камате на потраживања у динарима, док је Закон о висини стопе затезне камате из 1993. године предвиђао и висину стопе затезне камате на потраживања у иностраној валути.⁵⁴ Законом о висини стопе затезне камате из 2001. године је одређено да се стопа затезне камате састоји од месечне стопе раста цена на мало и фиксне стопе од 0,5% месечно, те да се обрачун дуга увећаног за затезну камату врши тако што се фиксна стопа од 0,5% множи износом главног дуга увећаног за камату по месечној стопи раста цена на мало применом конформне методе, не помињући висину стопе затезне камате на потраживања у иностраној валути.⁵⁵

Тек Закон о затезној камати, који је ступио на снагу 25. децембра 2012. године, одређује у члану 3 да се стопа затезне камате на износ дуга који гласи на динаре утврђује на годишњем нивоу у висини референтне каматне стопе Народне банке Србије увећане за осам процентних поена. Дакле, имамо фиксни и променљив део стопе затезне камате. Каматна стопа је величина која одређује износ камате и најчешће се на годишњем нивоу утврђује у процентима главнице.⁵⁶ Фиксни део стопе затезне камате износи 8%, док се променљиви део стопе затезне камате одређује према референтној каматној стопи Народне банке Србије у месецу у коме се камата одређује. Референтна каматна стопа у поступку спровођења монетарне политике има улогу сигнализирајуће каматне стопе, као и улогу полазне каматне стопе, пошто се висина основних каматних стопа на новчаном тржишту, односно коридор каматних стопа утврђује према висини те каматне стопе. Референтна каматна стопа је највиша, односно најнижа каматна стопа коју Народна банка Србије примењује у поступку спровођења репо трансакција продаје, односно куповине хартија од вредности. Висина референтне каматне стопе

54 Закон о висини стопе затезне камате, *Службени лист СРЈ*, бр. 32/93, чл. 2.

55 Закон о висини стопе затезне камате, *Службени лист СРЈ*, бр. 9/2001, чл. 3.

56 М. Цветковић, 232.

утврђена је Одлуком о висини референтне каматне стопе Народне банке Србије у висини од 3% на годишњем нивоу.⁵⁷

Члан 4 Закона о затезној камати прописује да се стопа затезне камате на износ дуга који гласи на евре утврђује на годишњем нивоу у висини референтне каматне стопе Европске централне банке на главне операције за рефинансирање увећане за осам процентних поена. Стопа затезне камате на износ дуга који гласи на другу страну валуту утврђује се на годишњем нивоу у висини референтне/основне каматне стопе коју прописује и/или примењује приликом спровођења главних операција централна банка земље домицилне валуте увећане за осам процентних поена. Уколико референтна/основна каматна стопа није утврђена као фиксна каматна стопа, него је утврђена у одређеном распону између минималне и максималне каматне стопе од стране домицилне централне банке, стопа затезне камате утврђује се као аритметичка средина минималне и максималне референтне/основне каматне стопе увећане за осам процентних поена. Стопа затезне камате утврђује се на овај начин и у случају кад износ дуга гласи на страну валуту, а исплаћује се у динарима.⁵⁸

Према важећем Закону о затезној камати, примењује се прости интересни рачун од сто и декурзивни начин обрачуна затезне камате. До половине 2012. године, Закон о висини стопе затезне камате дозвољавао је израчунавање затезне камате применог конформне методе. Одлуком Уставног суда утврђено је да одредба члана 3 става 1 Закона о висини стопе затезне камате у делу који гласи „применом конформне методе“ није у сагласности са Уставом.⁵⁹ У образложењу цитиране одлуке наводи се да је одредбом члана 277 ставом 1 ЗОО прописано да се стопа затезне камате прописује посебним савезним законом, те на основу језичког тумачења наведене одредбе произлази да је Законом о висини стопе затезне камате могла бити прописана само висина каматне стопе, али не и метод обрачуна затезне камате, на шта упућује и сам назив овог закона. Даље, у образложењу одлуке се наводи да у ситуацији када се затезна камата обрачунава конформном методом за обрачунски период који је дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате, у пракси се тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује главном дугу и тако чини основицу за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец. Оваква

57 Народна банка Србије, Одлука о висини референтне каматне стопе Народне банке Србије, доступно на адреси: https://www.nbs.rs/internet/cirilica/30/30_4/30_4_5/index.html, 10. 5. 2020.

58 Закон о затезној камати, чл. 5.

59 Одлука Уставног суда, бр. I УЗ–82/2009 од 27. 7. 2012. године.

примена конформне методе у материји обрачуна затезне камате значи да приписивање камате главници представља у поменутиим случајевима обрачун камате на камату, што је супротно начелу забране анатоцизма прописаног одредбом члана 279 ставом 1 ЗОО. Обрачун затезне камате према конформној методи је, дакле, супротан сврси саме затезне камате, која представља санкцију за задоцњење, али не и извор прихода или несразмерне добити.⁶⁰ Имајући у виду наведено, Уставни суд сматра да је уређивањем висине затезне камате применом конформне методе законодавац прекорачио границе и садржину својих овлашћења прописаних императивном одредбом члана 277 став 1 ЗОО.⁶¹ Иако у одлуци не стоји изричито, на основу образложења Уставног суда се закључује да ће се од 27. јула 2012. године примењивати прост каматни рачун.⁶² Из свих наведених разлога, Уставни суд је спорне одредбе о висини стопе затезне камате прогласио неуставним. Након доношења те одлуке Уставног суда, законодавац је донео нови Закон о затезној камати, који је ступио на снагу 25. децембра 2012. године.

У случају постојања девизног дуга међу странкама, правилно је да се у пресуди наведе домицилна камата или камата коју прописује Централна европска банка, као и камата на девизна средства по стопи у месту испуњења, а све у динарској противвредности по курсу Народне банке Србије на дан испуњења. Дакле, општи став у судској пракси је да се у случају доцње код потраживања у иностраној валути плаћа затезна камата коју прописује и наплаћује централна банка домицилне државе из које потиче валута. Како не постоји домицилна држава у којој је валута евро, у случају доцње у измирењу потраживања израженим у тој валути плаћа се затезна камата према стопи коју одређује Европска централна банка.⁶³ Како код нас није постојао закон који је у својим одредбама регулисао камату на потраживања у иностраној валути пре 25. децембра 2012. године, за период пре ступања на снагу Закона о затезној камати коришћена је домицилна камата или камата коју прописује Европска централна банка, а након 25. децембра 2012. године је то затезна камата прописана Законом о затезној камати.⁶⁴

60 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 124.

61 Јелена Арсић, Драган Павић, „Законска затезна камата на потраживања у домаћој валути“, *Правни живои*, бр. 10/2012, 782.

62 *Ibid.*, 783.

63 Правно схватање Грађанског одељења Апелационог суда у Крагујевцу усвојено на седници од 20. 12. 2010. године.

64 Пресуда Другог основног суда у Београду, 16 П бр. 1311/15 од 1. 2. 2017. године: „Усваја се као основан тужбени захтев тужиоца З. Л., па се обавезује тужени М. З. да исплати тужиоцу износ од 16.000,00 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате, са каматом коју прописује

V Престанак обавезе на плаћање затезне камате

Обавеза плаћања затезне камате престаје на било који начин на који престаје облигација, а то је: испуњењем, исплатом, пребијањем (компензацијом), опроштајем камате... Обавеза плаћања затезне камате не престаје застаревањем. Оно што застарева је право на захтевање испуњења обавезе, у овом случају затезне камате. Дакле, застарева потраживање камате, па тако право да се захтева камата застарева у року у коме застарева и главно новчано потраживање (акцесорност камате). Тако, ако главно потраживање застарева у општем року застарелости од десет година – и затезна камата застарева у року од десет година; ако потраживање накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију застарева за једну годину – и затезна камата застарева у року од једне године итд.

VI Затезна камата у упоредном праву

У упоредном праву могу се уочити различита теоријска схватања суштине и природе затезне камате. Разлика се, пре свега, односи на одштетну природу камате. На пример, у државама *common law*-а затезна камата се сматра обликом накнаде штете. С друге стране, у Скандинавији се прави разлика између накнаде штете и камате: камата се досуђује без доказивања да постоји економски губитак (штета). У неким земљама се уопште не може досудити камата, јер је забрањена.⁶⁵

Камата се у Аустрији сматра накнадом за употребу капитала. Рачуна се на основу износа и времена коришћења капитала. Камата зависи од главне обавезе и застарева у року од три године. Опште је правило да је захтев за камату ограничен правилем *ne ultra alterum tantum*,⁶⁶ које се наводи у параграфу 1335 Општег грађанског законика који предвиђа да камата на доспеле износе не може да премаши главницу.⁶⁷ У Бугарској, када се обавеза састоји у плаћању новчаног износа од стране дужника, па он пропусти да изврши исплату, накнада штете ће се рачунати на основу каматне стопе коју одређује Влада (чл. 86 ст. 1 бугарског Зако-

Европска централна банка, почев од 2. 9. 2005. године па до 24. 12. 2012. године, а од 25. 12. 2012. године до исплате са законском каматом коју прописује Закон о затезној камати, све у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате у року од 15 дана од дана пријема пресуде, под претњом извршења.“

65 Маја Станивуковић „Стопа затезне камате на уговорна потраживања у иностраној валути када је меродавно српско право“, *Правни живоиш*, бр. 12/2008, 214.

66 Више о томе вид. И. Тот.

67 М. Станивуковић, 216.

на о облигацијама и уговорима). На основу режима који је важио пре усклађивања са директивом Европске заједнице, затезна камата израчунавала се сабирањем основне каматне стопе са 10% у погледу новчаних обавеза изражених у левима и на основу тромесечног LIBOR-а⁶⁸ плус 10% у погледу новчаних обавеза изражених у иностраној валути.⁶⁹ Хрватски сабор је на седници од 25. фебруара 2005. године донео нови Закон о обвезним односима.⁷⁰ Првим ставом члана 29 предвиђено је да дужник који закасни с испуњењем новчане обавезе дугује поред главнице и затезну камату. Овом одредбом је установљена обавеза плаћања затезне камате, па њу није потребно посебно уговарати.⁷¹ У Словенији затезну камату уређују чл. 378–380 Облигацијског законика из 2001. године.⁷² Према члану 378, ако је дужник у доцњи с испуњењем новчане обавезе, дугује поред главнице и затезну камату. Стопа затезне камате износи 8% годишње, ако посебан закон не одређује друкчије.⁷³

Први пропис Европске уније који се тиче кључних тема облигационог права јесте Директива о борби против доцње у плаћању у трговинским пословима.⁷⁴ Домашај акта је прецизно дефинисан – Директива 2000/35/ЕС важи само за комерцијалне трансакције, с тим што се под „комерцијалним трансакцијама“ подразумева промет, односно плаћања за испоручену робу или извршене услуге између предузећа, као и између предузећа и јавних власти.⁷⁵ Са друге стране, Директива 2000/35/ЕС се не примењује на односе са потрошачима (нпр. потраживања по основу чековних и меничних обавеза, накнаде штете, премија осигурања и сл.). Директива 2000/35/ЕС прописује да је релеванта каматна стопа предвиђена уговором. Уколико такве одредбе нема, важи каматна стопа која се одређује тако што се на референтну каматну стопу Европске централне банке дода најмање седам процентних поена (нпр. ако је референтна каматна стопа 1%, каматна стопа износи 8%).⁷⁶ Уколико

68 *London Interbank Offered Rate* – Лондонска међубанкарска стопа представља дневну референтну каматну стопу по којој банке једна другој нуде новац за позајмљивање на лондонском међубанкарском тржишту.

69 М. Станивуковић, 217.

70 Закон о obveznim odnosima, *Narodne novine*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/2015 и 29/18.

71 М. Станивуковић, 218.

72 *Obligacijski zakonik, Uradni list RS*, бр. 83/01, 28/06, 40/07, 97/07, 64/16 и 20/18.

73 М. Станивуковић, 220.

74 Директива о борби против доцње у плаћању у комерцијалним трансакцијама из 2000. године (*Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, OJ L 200, 8. 8. 2000*; даље у фуснотама: Директива 2000/35/ЕС).

75 Директива 2000/35/ЕС, чл. 2.

76 Директива 2000/35/ЕС, чл. 3 ст. 1 тач. д.

држава чланица није прихватила евро, уместо референтне каматне стопе Европске централне банке користи се одговарајућа каматна стопа националне банке.⁷⁷ Висина каматне стопе за закаснело плаћање коју је дужник дужан да плати одређена је тако што се на каматну стопу коју прописује Европска централна банка на своје главне операције рефинансирања извршене пре првог календарског дана одређеног полу-годишта (референтна каматна стопа) додаје најмање седам процентних поена, осим ако није другачије одређено у уговору.⁷⁸ За државу чланицу која не учествује у трећој фази економске и монетарне уније, референтна стопа ће бити еквивалентна стопи коју одређује њена национална централна банка. У оба случаја, референтна стопа која је на снази првог календарског дана одређеног полугодишта примењиваће се за наредних шест месеци.⁷⁹

Директиву 2000/35/ЕС заменила је Директива 2011/7/ЕУ, која исто регулише закаснела плаћања у вези са комерцијалним трансакцијама.⁸⁰ Директива уређује све пословне трансакције.⁸¹ Доцња у плаћању представља кршење уговора због ниских каматних стопа које се наплаћују за закаснела плаћања, те је постало финансијски привлачно дужницима у већини држава чланица. Законске камате за закаснеле уплате треба да се израчунавају на дневној основи као једноставна каматна стопа у складу са Уредбом 1182/71 о утврђивању правила која се примењују на периоде, датуме и рокове.⁸² Директива не обавезује повериоца да поднесе захтев за камату због доцње у плаћању, већ му омогућава да прибегне наплати камате за задоцнело плаћање без давања било каквог претходног обавештења о неиспуњењу обавезе којом се дужник подсећа на своју обавезу плаћања.⁸³ Сматра се да је дужник пао у доцњу ако повериоцу у тренутку доспећа дуг није исплаћен, под условом да је испунио своје законске и уговорне обавезе. Према Директиви 2011/7/ЕУ, висина стопе законске камате одређена је тако што се на каматну стопу коју прописује Европска централна банка на своје глав-

77 М. Цветковић, 248.

78 Директива 2000/35/ЕС, чл. 3 ст. 1 тач. д.

79 Директива 2000/35/ЕС, чл. 3 ст. 1 тач. д.

80 Директива о борби против доцње у плаћању у комерцијалним трансакцијама из 2011. године (*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions Text with EEA relevance, OJ L 48, 23. 2. 2011; даље у фуснотама: Директива 2011/7*).

81 Директива 2011/7, чл. 1.

82 Уредба 1182/71 о утврђивању правила која се примењују на периоде, датуме и рокове (*Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits, OJ L 124, 8. 6. 1971*).

83 Директива 2011/7, чл. 3 ст. 1, чл. 4 ст. 1.

не операције рефинансирања (референтна каматна стопа) додаје барем осам процентних поена.⁸⁴

Поред референтне каматне стопе на главне операције рефинансирања, постоји каматна стопа на депозите и каматна стопа на позајмице. Каматна стопа на депозите је пасивна каматна стопа по којој се израчунава износ камате коју банка дугује лицима која су са њом закључила уговор о новчаном депозиту или уговор о банкарском текућем рачуну. Она је предмет обавезе банке и она се овде налази у улози дужника. Каматна стопа на позајмице је активна каматна стопа, јер се по њој обрачунава износ камате коју банка потражује од лица којима је дала кредит. Она је активна, јер је банка поверилац у овој обавези. Оно што је референтна каматна стопа Европске централне банке за чланице Евроzone,⁸⁵ то је референтна каматна стопа Народне банке Србије за Републику Србију. Ако се ради о новчаној обавези која гласи на неку другу страну валуту, а не на евро, променљиви део каматне стопе је једнак референтној каматној стопи коју одређује централна банка оне државе у чијој валути гласи новчана облигација.

VII Закључак

Камата је најважније акцесорно потраживање. У било којој врсти правног посла, страна која потражује износ главног дуга са припадајућом затезном каматом, страна која има обавезу да тај износ плати, лица која закључују са банком уговоре о кредиту, правна лица која издају веродостојне исправе, појединци који полажу новац у штедњу, сви они постављају једно питање – колика је камата? Сам значај тог питања нас води у разматрање да свако размишља да ли и колико му се исплати камата, па тако онај коме се дугује тежи томе да она буде што већа, а онај ко је дугује тежи томе да буде мања.

Скрећемо пажњу на следећу формулацију која се појављује у пракси приликом примене института затезне камате, а то је: „поверилац потражује од дужника износ од 10.000,00 динара са законском затезном каматом почев од 1. 1. 2015. године па до исплате“. Овакву формулацију, за коју сматрамо да није исправна јер је дужници не разумеју у потпуности, садржи већи број пресуда. Сам израз „10.000,00 динара са законском затезном каматом“ доводи до тога да појединац мисли да је у самом износу главног дуга обрачуната и камата, заборављајући да она тече све

84 Директива 2011/7, чл. 2 ст. 1 тач. 6 и 7.

85 Евроzone је подручје држава чланица Европске уније које у новчаном оптицају користе јединствену европску валуту – евро. Чини је групација земаља мања од Европске уније.

док постоји главни дуг, и то све до његове исплате. Зато сматрамо да би разумљивији израз био „износ од 10.000,00 динара *на који тече затезна камата* почев од 1. 1. 2015. године па до исплате“. Такође, указујемо на употребу термина „затезна камата“, а не „законска затезна камата“ која је у пракси масовна, јер само спајање законске и затезне камате у синтагму је непотребно, с обзиром на то да је позната чињеница да је затезна камата регулисана законом. Обрачун затезне камате би требало да буде јаснији обичном човеку – мање сложен, што би довело до тога да се појединац мање противи плаћању затезне камате и да буде сигурнији када има сазнања о томе који правни посао закључује. Доношење Закона о затезној камати 2012. године представља велику прекретницу у домаћем законодавству. Сматрамо да би теоретичари требало да посвете већу пажњу институту камате јер је у питању тема која има далекосежни практични значај у животу скоро сваког појединца.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облијационо право*, 4. издање, Београд, 2009.
- Арсид Јелена, Павић Драган, „Законска затезна камата на потраживања у домаћој валути“, *Правни животи*, бр. 10/2012.
- Благојевић Борислав, Круљ Врлета, *Коментар Закона о облијационим односима*, Београд, 1980.
- Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облијационим) односима*, Загреб, 1978.
- Вујаклија Милан, *Лексикон страних речи и израза*, 9. издање, Београд, 2006.
- Доловић Бојић Катарина, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, Београд, 2016.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993.
- Константиновић Михаило, *Облијације и уговори: Скица за законик о облијацијама и уговорима*, Београд, 1996.
- Лекић Иванка, „Доцња дужника и право повериоца на камату“, *Правни животи*, бр. 10–12/1988.
- Николић Ђорђе, *Облијационо право*, 4. издање, Београд, 2014.
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облијационо право*, Нови Сад, 2018.
- Прошић Даница, „Камате и скривене замке метода обрачуна камате“, *Банкарство*, бр. 3/2014, доступно на адреси: <http://www.ubs-asb>.

- com/Portals/0/Casopis/2014/3/UBS-Bankarstvo-3-2014-Prosic.pdf*, 30. 4. 2019.
- Станивуковић Маја, „Стопа затезне камате на уговорна потраживања у страниој валути када је меродавно српско право“, *Правни живои*, бр. 12/2008.
- Станојевић Обрад, *О насџанку зајма и камаџа*, Београд, 1966.
- Тот Иван, „Престанак тијека камата када износ камата достигне главни-цу: Забрана *ultra alterum tantum* у свјетлу судске праксе Еуропског суда“, *Савремени љравни љромети и услује* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2018.
- Fisher Irving, *The Theory of Interest*, New York, 1930.
- Цветковић Михајло, „Правни аспекти обрачуна затезне камате“, *Зборник радова Правној факулџетџа у Нишу*, бр. 56/2010.
- Conrad W. Joseph, „An Introduction to the Theory of Interest“, Berkley – Los Angeles, 1963.
- Цукавац Мирјана, „Затезна камата на девизна потраживања у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и љривреда*, бр. 1–3/2015.
- Чолић Борисав, „Камате – решења из Закона о облигационим односи-ма и проблеми у практичној примени“, *Правни живои*, бр. 10–12/1988.

Miona MANOJLOVIĆ, LL.M.
Master of Law

INTEREST AS A CONSEQUENCE OF DEBT DELAY

Summary

The author first tries to define the concept of debt arrears, and after that its consequences. The author dedicates further presentation to interest, its historical origin and definition of its basic types through the analysis of the laws by which it is regulated, and with special emphasis on the Law on default interest. The author tries to point out the legal gaps in the laws, analyse the existing solutions in practice, but also offers some new solutions that could be useful in the application of the institute of interest. Also, the institute of default interest will be analysed within our legal system through a calculation that extends from the appearance of the law that regulated default interest until today.

Key words: *Debtor's Arrears. – Interest. – Types of Interest. – Default Interest. – Flow, Amount and Calculation of Default Interest.*

Датум пријема рада: 16. 6. 2020.

Датум исправке рада: 13. 9. 2020.

Датум прихватања рада: 26. 9. 2020.

UDK: 346.545/.546(520)

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004171L

Вук ЛЕКОВИЋ*

**Стручна служба Комисије за заштиту конкуренције,
мастер права**

ОСВРТ НА ПОВРЕДЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЈАПАНСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак

У овом раду аутор се осврће на повреду конкуренције према јапанском Антимонополском закону. У првом делу рада се даје објашњење законских дефиниција повреда конкуренције, и то: приватној монополи, неоправданој ограничења трговине и непоштене трговачке праксе. Затим се у другом делу рада акценат ставља на процедурални ток утврђивања повреда конкуренције и улогу коју у том процесу има Јапанска комисија за фер трговину. На крају се истиче значај покајничкој програма, као једној од најделоворнијих средстава на основу која се сусрећавају анти-компетитивна понашања учесника на тржишту. Током целој раду, аутор указује на постојање разлика између законских решења у Јапану и Европској унији. Инспирација за писање овакве теме је ауторово жеља да се истовремено искористи и знања, сачувана током тронедељне студијске посете у Јапану у непосредном раду са запосленима из Јапанске комисије

* Електронска адреса аутора: vuklekovic@hotmail.com.

1 Ставови, мишљења и тумачења изнети у овом тексту су ауторови и не могу се сматрати званичним ставовима, мишљењима или тумачењима Комисије за заштиту конкуренције.

за фер трговину (енг. *Japan Fair Trade Commission*) и професорима из области права конкуренције, ирећочи у рад којим ће стручној јавности у Републици Србији приближити јапанско право конкуренције. Приликом писања рада, аутор је користио изворе са званичној сајта Јапанске комисије за фер трговину, као и остале релевантне чланке који се налазе на интернету.

Кључне речи: Јапанско право конкуренције. – Јапанска комисија за фер трговину. – Повреде конкуренције. – Посељуак ујврђивања љовреда конкуренције. – Покајнички љрођрам.

I Увод

Право конкуренције је у садашњем тренутку заступљено у више од 130 држава света.² Сједињене Америчке Државе и Канада су још крајем XIX века први донели законе из области заштите конкуренције. Затим је требало да прође дуже од 50 година да следећа држава усвоји прописе из наведене области. Јапан је након завршетка Другог светског рата, на захтев окупационих власти САД, 1947. године донео Антимонополски закон. Разлог за доношење наведеног закона био је спречавање, односно гушење тржишне моћи тадашњих породичних конгломерата (јап. *zaibatsu*), који су пре и непосредно после рата у свом власништву поседовали најважније секторе привреде.³ Моћ таквих компанија је била толико јака да су они контролисали главне политичке актере у Јапану.⁴

До данашњег дана, АМА је претрпео пет измена и допуна. Свака измена је пратила друштвене, економске и политичке прилике у датом тренутку. Применом АМА створено је привредно окружење које је било оријентисано на промовисање слободне и фер конкуренције између учесника на тржишту. Такво окружење је изнедрило економију Јапана, једну од најразвијенијих на глобалном нивоу. Важну улогу у том процесу је имала (а има и даље) Јапанска комисија за фер трговину (*JFTC*). *JFTC* је независно тело, организационо и статусно одвојено од извршне власти, које је задужено за спровођење АМА.⁵ Поред свих надлежно-

2 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 8th edition, London, 2015, 20.

3 Simon Vande Walle, Tadashi Shiraishi, „Competition law in Japan“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219881, б. 3. 2020, 3.

4 Masako Wakui, *Antimonopoly Law – Competition Law and Policy in Japan*, 2nd edition, Kyoto, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3270141, 2. 3. 2020, 8.

5 Јапански антимонополски закон из 1947. године (*The Antimonopoly Act*; даље у тексту и фуснотама: АМА), чл. 28.

сти које има као и већина других тела за заштиту конкуренције широм света, главна надлежност *JFTC* је спровођење истрага у којима утврђује постојање повреда конкуренције.⁶

II Повреде конкуренције

АМА је успоставио правни оквир који је свим учесницима на тржишту омогућио једнаке могућности, тако што је инкриминисао понашања устремљена на угрожавање слободне и фер тржишне утакмице, чији крајњи ефекти утичу на друштвено благостање потрошача у негативном смислу. Таква понашања се зову повреде конкуренције. АМА забрањује три врсте понашања, и то: 1) приватни монопол; 2) неоправдано ограничење трговине и 3) непоштену трговачку праксу. Прве две повреде се, уз постојање извесних разлика, могу поистоветити са злоупотребом доминантног положаја и рестриктивним споразумима који су регулисани у Европској унији. Трећа врста повреда специфична је за јапанско схватање заштите конкуренције и у већој мери се ослања на прописе у САД.

1. Приватни монопол

Приватни монопол представља пословно понашање учесника на тржишту којим се, самостално или у договору са другима, искључују или контролишу пословне активности других учесника на тржишту изазивајући, супротно јавном интересу, значајно ограничење⁷ конкуренције на релевантном тржишту.⁸ Из наведене законске дефиниције произлазе три појма која заслужују да буду посебно обрађена у циљу разумевања ове повреде, и то: појам учесника на тржишту, радња искључења или контролисања и значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.

Учесник на тржишту може бити свако лице које обавља комерцијалне, индустријске, финансијске или друге пословне активности.⁹ Овако широко постављена законска дефиниција не даје одговор на питање шта је обухваћено другим пословним активностима. Став суд-

6 У овом раду је стављен акценат на улогу *JFTC* у поступцима утврђивања повреда конкуренције. О осталим надлежностима информације се могу пронаћи на интернет страни *JFTC*, доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/index.html, 21. 2. 2020.

7 У тексту термин „ограничавање“ означава и „спречавање“, односно „нарушавање“, у зависности од контекста.

8 АМА, чл. 2 ст. 5.

9 АМА, чл. 2 ст. 1.

ске праксе у Јапану је да се тржишним учесником може сматрати било које лице, независно од правне форме, које непрестано и континуирано обавља пословне активности праћене економским интересом.¹⁰

Радње којима се може извршити повреда конкуренције приватног монопола су искључивање конкурената са релевантног тржишта, односно контролисање пословних активности других учесника на тржишту. Имајући у виду чињеницу да АМА не садржи дефиницију радње искључивања, ЈФТС у својим Смерницама за приватни монопол наводи да се под радњама искључења подразумевају сва понашања којима се: а) конкуренти искључују са релевантног тржишта; б) конкурентима стварају тешкоће да послују; в) спречава или отежава улазак нових конкурената у привредну грану.¹¹ У питању су ексклузивна понашања учесника на тржишту са одређеним степеном тржишне моћи коју користи у циљу елиминисања постојећих, али и потенцијалних конкурената. Важно је напоменути да је тржишна утакмица процес у коме учесници на тржишту са квалитетнијим производима, односно услугама и повољнијим ценама и другим условима пословања присвајају потрошаче својих конкурената, који у том случају наилазе на тешкоће у пословању и самим тим су принуђени да изађу са тржишта. У таквим случајевима се АМА не примењује, имајући у виду да је основни циљ тог закона да промовише слободну и фер конкуренцију, чији ће резултат бити ниже цене, односно повећање квалитета производа и услуга за потрошаче.¹² Радње контролисања представљају оне радње у којима учесник на тржишту због своје тржишне моћи утиче на своје конкуренте да прате његову вољу, односно учествује у њиховом доношењу одлука.¹³

У циљу утврђивања приватног монопола, ЈФТС је дужан да докаже да су горе наведене радње искључивања или контролисања других учесника на тржишту имале за последицу значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту. На овом месту наилазимо на једну од фундаменталних разлика између права конкуренције Јапана и ЕУ.¹⁴ Европска комисија приликом утврђивања повреде злоупотребе доминантног положаја има три задатка, хронолошки поређана, и то: 1) дефинисање

10 M. Wakui, 48.

11 Смернице ЈФТС за искључиву приватну монополизацију према Антимонополском закону (*The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act*; даље у фуснотама: Смернице), Токио, 2009, доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_exclusionary.pdf, 11. 2. 2020, 4–5.

12 M. Wakui, 63.

13 S. Walle, T. Shiraishi, 9.

14 *Ibid.*, 8.

релевантног тржишта; 2) утврђивање доминантног положаја учесника на тржишту; 3) утврђивање радње злоупотребе доминантног положаја која доводи до губитка, односно ограничења конкуренције на релевантном тржишту.¹⁵ За разлику од тога, према АМА није потребно да се утврди доминантан положај тржишног учесника. Пре него што крене у утврђивање значајног ограничења конкуренције, *JFTC* дефинише релевантно тржиште на коме се манифестује ограничење конкуренције, односно последица приватног монопола. Релевантно тржиште састоји се из релевантног тржишта производа или услуга и релевантног географског тржишта на коме се одвија процес такмичења између тржишних учесника.¹⁶ АМА не садржи дефиницију значајног ограничења конкуренције, већ то чини судска пракса, према којој значајно ограничење конкуренције представља успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи.¹⁷ Тржишна моћ учесника на тржишту, сама по себи, не представља мерило на основу кога би се могло закључити да ли је дошло до повреде – приватног монопола. *JFTC* у својим Смерницама наводи да приоритет у поступцима испитивања повреде даје оним случајевима у којима је тржишно учешће након отпочињања радњи које могу представљати потенцијалну повреду приватног монопола прешло 50 одсто на релевантном тржишту.¹⁸ Такође, да би поступак испитивања добио приоритет, потребно је да радње које су предмет испитивања имају озбиљан утицај на живот грађана.¹⁹

За разлику од члана 102 Уговора о функционисању ЕУ,²⁰ који прописује облике у којима се злоупотреба доминантног положаја може јавити, АМА има другачији приступ. Наиме, као што је претходно наведено, АМА само прописује дефиницију повреде приватног монопола, док се у Смерницама описују појавни облици ове повреде, и то: предаторно формирање цена (енг. *predatory pricing*), ексклузивна трговина (енг. *exclusive dealing*), везана трговина (енг. *tying*) и дискриминаторни третман (енг. *discriminatory practices*). Наведени облици повреде нису исцрпљујуће наведени, с обзиром на то да Смернице наводе да и друга понашања представљају повреду приватног монопола, уколико се могу подвести под законску дефиницију.²¹ Смернице представљају користан

15 R. Whish, D. Bailey, 190–200; Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford, 2014, 331.

16 M. Wakui, 50.

17 *Ibid.*, 51.

18 Смернице, 4.

19 *Ibid.*, 4.

20 Уговор о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

21 Смернице, 6.

водич за учеснике на тржишту, имајући у виду да су у њима наведени хипотетички случајеви приватног монопола, као и да су детаљно описани фактори које *JFTC* процењује у сваком конкретном случају испитивања постојања ове повреде. На тај начин су учесници на тржишту у могућности да ускладе своје пословање са законским оквиром, јер приликом доношења пословних одлука, које могу бити под лупом *JFTC*, имају јаснију слику о тумачењу *AMA* од стране *JFTC*.

2. Неоправдано ограничење трговине

Неоправдано ограничење трговине (НОТ) представља сваку пословну активност учесника на тржишту који заједнички договоре пословно понашање којим се усклађују, одржавају или повећавају цене, односно којим се ограничава производња или технологија тако што се супротно јавном интересу проузрокује значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.²² Наведеном дефиницијом обухваћено је картелско договарање цена, подела тржишта, као и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки.²³ У појединим случајевима, НОТ може да представља и споразум о разним видовима сарадње између конкурената на тржишту, као што су споразуми о специјализацији, заједничком истраживању и развоју, и маркетиншким активностима.²⁴ Без обзира на појавни облик, НОТ се састоји из два елемента: 1) координисаног понашања тржишних учесника, сагласно њиховом изричитом или прећутном споразуму; 2) успостављања, одржавања или јачања тржишне моћи којом се значајно ограничава конкуренција на релевантном тржишту.²⁵

а) Координација

Први елемент је споразумно деловање учесника на тржишту, који је *conditio sine qua non* за постојање НОТ. Споразуми могу бити изричити, прећутни, али и усаглашене праксе учесника на тржишту. У једном од најпознатијих случајева из јапанске праксе (*Toshiba Chemical*), Виши суд у Токију је био на становишту да није неопходно да су се странке у поступку изричито договориле око подизања цене производа, већ је довољно постојање прећутног договора међу њима, уколико су испуњена три услова: први, постојање претходне размене информација и

22 *AMA*, чл. 2 ст. 6.

23 S. Walle, T. Shiraishi, 4.

24 M. Wakui, 75.

25 S. Walle, T. Shiraishi, 4–5.

мишљења између конкурената; други, да су се информације и мишљења односили на повећање цена производа; трећи, да је последица наведених понашања повећање цена на релевантном тржишту.²⁶ У тренутку повећања цена производа, према тумачењу суда, потребно је да постоји *веза намера* (енг. *liaison of intention*) између чланова картела. Веза намера значи да учесник картела препознаје и предвиђа исто или слично повећање цена осталих учесника картела и да, у складу с тим, намерава усклађивање сопствене ценовне политике. Веза намера се може доказати уколико се утврди постојање међусобног разумевања између повећања цене производа и прећутног прихватања таквог повећања цена од стране других учесника картела повећањем цена својих производа.²⁷ Поред постојања договора између учесника на тржишту, потребно је утврдити и њихов међусобни однос. На овом месту наилазимо на још једну значајну разлику између права конкуренције у Јапану и ЕУ. Наиме, према пракси Европске комисије и Суда правде Европске уније, рестриктивне споразуме могу да закључе учесници на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције (хоризонтални рестриктивни споразуми), али и они који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције (вертикални рестриктивни споразуми). НОТ се примењује само на хоризонталне споразуме између конкурената којима се ограничава конкуренција,²⁸ док су вертикална ограничења покривена непоштеним трговачким праксама, о којима ће бити речи у наставку рада. Из законске дефиниције НОТ се не може добити одговор на питање да ли су њоме обухваћени хоризонтални или вертикални споразуми. Одговор на наведено питање дала је судска пракса 1953. године, још на почетку спровођења АМА. У *Newspaper Distribution* случају, *JFTC* је утврдио да су четири издавача новина поделила територију Јапана преко својих дистрибутера. У поступку утврђивања повреде, пронађени су споразуми између сваког издавача и његовог дистрибутера који су у себи садржали забране дистрибутерима да продају новине другог издавача. С обзиром на то да у поступку није пронађен ниједан споразум између конкурената, у овом случају издавача новина, Виши суд у Токију је поништио одлуку *JFTC* образлажући је тиме да НОТ могу извршити само учесници на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције.²⁹

26 Organisation for Economic Co-operation and Development, Global Forum on Competition – Cartel case studies, Japan, 2006, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35935909.pdf>, 11. 2. 2020, 4.

27 *Ibid.*

28 S. Walle, T. Shiraishi, 4.

29 Tokyo High Court, 3 Shinketsu-shu 4, 9. 3. 1953. (*Newspaper Distribution*), нав. према: M. Wakui, 76.

б) Јачање тржишне моћи

Други елемент представља успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи, којом се значајно ограничава конкуренција на релевантном тржишту. Услов да се конкуренција значајно ограничава на релевантном тржишту значи да картелско понашање само по себи (енг. *per se illegal*) не представља повреду конкуренције.³⁰ На пример, картел између учесника на тржишту који заједно немају значајну моћ на релевантном тржишту није у стању да изазове проблеме на тржишту.³¹ Међутим, у пракси *JFTC* на хоризонталне споразуме примењује *per se* принцип, тако што настоји да релевантно тржиште одреди уже у циљу да се избегне постављање питања да ли недозвољени споразум значајно ограничава конкуренцију на релевантном тржишту.³² У већини картелских случајева које је спровео *JFTC*, било да се ради о договарању цена или подели тржишта, заједнички збир тржишних удела учесника недозвољеног споразума на релевантном тржишту износио је између 80% и 100%.³³ Само успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи недозвољеним споразумом између учесника на тржишту, уколико изазове или може изазвати значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту, довољно је за утврђивање повреде конкуренције.³⁴ Наведено значи да у поступку утврђивања повреде није неопходно доказати да је тржишна моћ вршена у пракси, односно да су цене повећане, већ је потребно доказати да је недозвољени споразум могао изазвати значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.³⁵ На овом месту се може пронаћи сличност са чланом 101 Уговора о функционисању ЕУ, који санкционише рестриктивне споразуме који за циљ или последицу могу имати значајно ограничење конкуренције.³⁶

в) Договарање у јавним набавкама

Намештање понуда у поступцима јавних набавки (енг. *bid rigging*) обухваћено је НОТ и поседује одређене специфичности. *JFTC* приликом

30 Mel Marquis, „Tadashi Shiraishi, Japanese Cartel Control in Transition“, *CEI San Pablo University Madrid*, Working Paper No. 47/2014, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407825, 2. 3. 2020, 13.

31 S. Walle, T. Shiraishi, 5.

32 *Ibid.*

33 M. Wakui, 90.

34 *Ibid.*, 91.

35 Supreme Court, 38-IV Keishu 1287, 24. 2. 1984. (*Oil Cartel Criminal*), нав. према: *Ibid.*, 92.

36 Уговор о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

дефинисања теорије повреде, затим и утврђивања повреде, ставља акценат на доказивање две врсте споразума између учесника на тржишту, и то: основног споразума (енг. *basic agreement*) и специфичног споразума (енг. *specific agreement*).³⁷ Основним споразумом учесници на тржишту договарају стратегију подношења понуда, док се специфичним споразумима одређује како ће понуде бити подношене у конкретним јавним набавкама. Утврђивање постојања основног споразума између учесника на тржишту је веома захтевно, често и немогуће у ситуацијама када су такви споразуми закључени у не тако блиској прошлости. Обично писани докази који се односе на стратегије и договоре око учешћа у јавним набавкама не постоје. Услед таквих околности, *JFTC* је у једном случају утврдио постојање основног споразума посредним путем. Наиме, Градска управа града Шимицу (*Shimizu*) је у одређеном периоду закључила 105 уговора о извођењу радова. *JFTC* је пронашао да је у том периоду чак 80 уговора о извођењу радова закључено кроз поступке јавних набавки у којима су исти учесници на тржишту координисано подносили понуде. Виши суд у Токију је потврдио да је координисано подношење понуда представљало доказ о постојању основног споразума.³⁸

Код ове повреде конкуренције, у великом броју случајева значајну улогу имају запослени у државним органима који припремају и спровode поступке јавних набавки. Опште је место да конкурсна документација треба да садржи услове који ће омогућити што већем броју тржишних учесника да учествују подношењем понуда. Међутим, честа је појава да запослени у дослуху са учесницима на тржишту припремају услове тендера којим ће створити предуслове за договорено подношење понуда. С обзиром на то да се *АМА* не примењује на запослене у државним органима, 2002. године донет је закон којим је *JFTC* добио овлашћења да: а) захтева од државног органа да донесе мере којим ће унапредити поступак јавних набавки; б) новчано санкционише запосленог у државном органу за саучесништво око договореног подношења понуда; в) захтева од државног органа да покрене дисциплински поступак против свог запосленог.³⁹ На овај начин су значајно проширене могућности *JFTC* у циљу сузбијања договарања око подношења понуда у поступцима јавних набавки.

3. Непоштене трговачке праксе

Трећа врста повреда конкуренције коју регулише *АМА* су непоштене трговачке праксе (НТП). НТП представљају лакшу повреду

37 M. Marquis, T. Shiraishi, 13.

38 M. Wakui, 85.

39 Закон о спречавању учешћа из 2002. године (*Involment Prevention Act*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/aepibr.html, 2. 3. 2020, чл. 3–5.

конкуренције у односу на приватни монопол и НОТ, имајући у виду да се код утврђивања ове повреде не захтева да су радње или акти учесника на тржишту имали за последицу „значајно ограничење трговине“.⁴⁰ НТП не представљају повреду конкуренције у правом смислу, јер код ових понашања нема присуства значајног ограничења конкуренције на релевантном тржишту. НТП су таксативно набројане у АМА⁴¹ и *JFTC Смерницама о НТП*.⁴² Најважнији облици НТП су: неоправдано одбијање пословања (енг. *Refusal to Deal*), неоправдано наметање високих или ниских цена (енг. *Unjust Pricing*), дискриминаторни третман (енг. *Discriminatory Practice*), везана трговина (енг. *Tying*), усклађивање цена у даљој продаји (енг. *Resale Price Maintenance*), злоупотреба супериорнијег преговарачког положаја (енг. *Abuse of Superior Bargaining Position*) и неоправдано мешање у пословне односе конкурената (енг. *Unfair Interference with Competitors Transactions*). Наведена понашања, комбинована са постојањем значајних ефеката на конкуренцију, представљају повреду приватног монопола и НОТ. Циљ регулисања НТП је спречавање негативних ефеката на конкуренцију у њиховом настанку, односно у фази када још није дошло до значајнијих последица на конкуренцију.⁴³

На овом месту ћемо се у кратким цртама осврнути на злоупотребу супериорнијег преговарачког положаја (ЗСПП), као врсту НТП по којој је јапанско право конкуренције јединствено у упоредном праву. ЗСПП се појављује у вертикалним односима између учесника на тржишту у којима једна страна има изразито снажнију позицију у односу на другу. У тим уговорним односима јача страна настоји да искористи свој доминантнији положај у односу на другу страну тако што намеће неоправдане услове у поређењу са уобичајеним условима који се примењују у датим трансакцијама. Такви захтеви могу бити: захтевање да друга уговорна страна финансира или обезбеди економске повољности јачој уговорној страни без постојања основа; једнострано враћање непродатих производа слабијој уговорној страни; једнострано измена цена; неоправдано одлагање плаћања; неоправдано одбијање плаћања.⁴⁴ Неправична понашања нису само таксативно наведена у АМА, већ могу да представљају све акте чија је тенденција угрожавање фер конкуренције.⁴⁵ У једном случају, *JFTC* је утврдио да је захтев да

40 S. Walle, T. Shiraishi, 12.

41 АМА, чл. 2 ст. 9.

42 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 6. У овом ставу је наведено овлашћење *JFTC* да донесе Смернице о непоштеним трговачким праксама (*Designation of Unfair Trade Practices*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices_files/unfairtradepractices.pdf, 2. 3. 2020.

43 M. Wakui, 145.

44 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 5.

45 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 6.

друга уговорна страна шаље своје запослене у продавнице јаче уговорне стране како би куповали производе представљао ЗСПП.⁴⁶ Кључни фактор код ЗСПП је да слабија страна нема други избор осим да прихвати наметање неправичних услова зато што није у могућности да промени пословног партнера или може да га промени под значајним финансијским трошковима.⁴⁷ Важно је напоменути да *JFTC* не доказује доминантан положај јаче уговорне стране на релевантном тржишту, већ супериорну позицију у односу на партнера са којим је у пословном односу.⁴⁸ При одређивању доминантног положаја у односу на другу уговорну страну у обзир се узимају следећи фактори: степен зависности слабије уговорне стране у односу на јачу; позиције уговорних страна на тржишту; могућност слабије стране да промени пословног партнера; други фактори који се односе на конкретан уговорни однос.⁴⁹

III Поступак утврђивања повреде конкуренције

Начин на који је регулисан поступак утврђивања повреде конкуренције је још једна карактеристика јапанског права конкуренције. АМА препознаје два различита поступка утврђивања повреде конкуренције, и то: управни и кривични поступак. Улога *JFTC* је различита у зависности од врсте поступка који је у питању. Поред ове две врсте, АМА садржи и основ за покретање парничног поступка од стране лица која су претрпела извесну штету насталу актима утврђене повреде конкуренције.

1. Управни поступак

а) Предисциплинарни поступак

Поступање *JFTC* у управном поступку се одвија кроз две фазе. У првој фази се испитује основаност поднетих иницијатива за повреду конкуренције. *JFTC* до полазних сазнања долази путем: а) информација које сазна по службеној дужности на основу спроведених секторских анализа;⁵⁰ б) информација прикупљених од јавности;⁵¹ в) поклајничког програма (*leniency*);⁵² г) достављених информација од стране Асоцијације малих и средњих предузећа (што у пракси није био

46 S. Walle, T. Shiraishi, 14.

47 *Ibid.*, 16.

48 M. Wakui, 199.

49 *Ibid.*, 200.

50 Једно од јавних овлашћења *JFTC* (АМА, чл. 40).

51 АМА, чл. 46 ст. 1.

52 АМА, чл. 7–2 ст. 10.

случај). Задатак предиспитног поступка није утврђивање повреде, већ утврђивање претпоставке о постојању основане сумње да је учињена повреда. У случају да је *JFTC* примила писану иницијативу од стране одређеног лица, у обавези је да то лице обавести о исходу испитивања иницијативе, без обзира на то да ли је у том случају покренут поступак. Код испитивања иницијативе за учињену повреду приватног монопола, *JFTC* је дужна да обавести министарство које је надлежно за тржиште на које се односи дата иницијатива.⁵³

б) Иницијатива

Услови за спровођење друге фазе, односно формалног испитног поступка, стичу се након утврђивања основане сумње о учињеној повреди. Затим се овлашћују службена лица из *JFTC* која су задужена за спровођење поступка и извођење доказних радњи.⁵⁴ АМА прописује широк спектар могућности које *JFTC* има на располагању у циљу вођења поступка. *JFTC* је овлашћена да: узима изјаве од лица за која сматра да имају одређена сазнања у вези са покренутим поступком; затражи мишљење од овлашћених вештака (у зависности од чињенице која се утврђује); затражи достављање пословних књига и докумената битних за спровођење поступка; спроведе ненајављени увиђај у просторијама учесника на тржишту против којих је покренут поступак.⁵⁵ Непостојање заштите адвокатске тајне је једна од карактеристика испитног поступка. Писана кореспонденција између странака у поступку и њихових пуномоћника из редова адвоката може бити одузета од стране *JFTC*.⁵⁶ Такође, током давања изјава запослени из компанија немају могућност да им буде пружена помоћ адвоката.

Након спровођења комплетног испитног поступка од стране овлашћених службених лица, *JFTC* шаље странци обавештење о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати своју одлуку, као и предлог одлуке. Од тог процесног тренутка странка има право на увид у списе предмета на основу којих припрема своју одбрану.⁵⁷ Затим, одређује се запослени из *JFTC* који ће да руководи процесном радњом саслушања странака.⁵⁸ Тај запослени не сме бити лице које је овлашћено да поступа у предметном поступку.⁵⁹ Његова

53 АМА, чл. 40 ст. 1.

54 АМА, чл. 47 ст. 2.

55 АМА, чл. 47 ст. 1.

56 S. Walle, T. Shiraishi, 21–22.

57 АМА, чл. 52 ст. 1.

58 АМА, чл. 53 ст. 1.

59 АМА, чл. 53 ст. 2.

улога је да као „неутрално“ лице, које није учествовало у истрази, што објективније саслуша аргументе странке и овлашћених службених лица из *JFTC* и након тога сачини записник о саслушању странака који се доставља Савету *JFTC*.⁶⁰ На овакав начин се избегава ситуација да овлашћено службено лице које је водило истрагу цени доказе странке, а затим и да доноси предлог одлуке, јер постоји претпоставка да то лице поседује одређена предубеђења у вези са поступком.

Важно је напоменути да процесна радња саслушања странака не представља „парницу“ на којој ће овлашћено службено лице и странка да „сукобе“ ставове, већ само место на коме ће овлашћено службено лице изложити ток испитног поступка и предлог одлуке, док се странци даје могућност да изнесе своју одбрану и пружи неопходне доказе, односно предложи извођење појединих доказа битних за утврђивање чињеница. Такође, странка има право да поставља питања овлашћеном службеном лицу након добијања сагласности запосленог који води саслушање. Пре слања коначног записника Савету *JFTC*, странка се са истим упознаје и има право да достави своје изјашњење у погледу коначног записника. Након тога, Савет *JFTC* коначну одлуку доноси на основу записника и изјашњења странке.⁶¹

в) Одлуке *JFTC*

У управном поступку, уколико утврди постојање повреде, *JFTC* доноси налог за обустављање противзаконитих радњи. У налогу се такође наводе и радње које су потребне да се предузму у циљу отклањања последица које су повредом настале. *JFTC* најчешће учесницима на тржишту налаже да пошаљу својим потрошачима обавештење да су радње повреде обустављене.⁶² Поред тога, у не тако малом броју случајева се налаже организовање обуке из заштите конкуренције за запослене.⁶³ Један налог може бити упућен већем броју учесника на тржишту. Годишње се изрекне око 20 налога.⁶⁴ У највећем броју случајева налози се односе на НТП, затим на НОТ, и тек на крају на повреду приватног монопола.⁶⁵

За теже повреде конкуренције се уз налог може изрећи и новчана казна. Новчане казне се изричу због повреда као што су: картели

60 Савет *JFTC* је тело сачињено од председника и четири члана који доносе коначне одлуке већином гласова. АМА, чл. 34 ст. 2.

61 АМА, чл. 57 ст. 4 и 5.

62 S. Walle, T. Shiraiishi, 24.

63 *Ibid.*

64 M. Wakui, 230.

65 Последњи пут за повреду приватног монопола налог је издат 2009. године. M. Wakui, 230.

(фиксирање цена), договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки и приватни монопол. Новчана казна се израчунава на основу одређеног процента од укупне вредности продаје производа (услуга) на које се повреда односи за време трајања повреде. Максималан период износи три године.⁶⁶ АМА прави разлику између малих, средњих предузећа и великих корпорација на основу годишњих прихода. Затим се у оквиру тих категорија прави подела на произвођаче, продавце на велико (енг. *wholesalers*) и продавце на мало (енг. *retailers*).⁶⁷ Такође, у обзир се узимају олакшавајуће и отежавајуће околности које доводе до смањења (нпр. рани престанак вршења повреде), односно повећања основног износа новчане казне (нпр. поновљена повреда, водећа улога у картелу итд.).

2. Кривични поступак

За најтеже облике повреде приватног монопола и НОТ који имају за последицу значајно ограничење конкуренције, као што су монополизација тржишта, картелско формирање цена и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки, предвиђена је кривична одговорност физичких лица која су наведене повреде учинила.⁶⁸ АМА предвиђа да законски заступници, посредници или други запослени кривично одговарају уколико донесу или утичу на доношење одлука којима се врше наведене повреде.⁶⁹ Максимална казна затвора је пет година, док максимална новчана казна износи пет милиона јапанских јена.⁷⁰

Надлежност *JFTC* код утврђивања кривичне одговорности је уведена 2006. године у циљу ефикаснијег сузбијања озбиљнијих повреда конкуренције. За разлику од управног поступка, у којем *JFTC* доноси коначну одлуку, у кривичном поступку *JFTC* има припремну улогу. Наиме, уколико приликом редовног поступања *JFTC* уочи да се ради о тежим облицима повреда, односно о понашањима и актима који представљају биће кривичног дела, обавестиће јавног тужиоца (енг. *final accusation*). Јавни тужилац одлучује да ли ће на основу добијеног обавештења подићи оптужницу или ће обавештење одбацити. У другом случају је дужан да обавести министра правде о разлозима неподизања оптужнице.⁷¹ Важно је напоменути да јавни тужилац не може подићи

66 АМА, чл. 7–2 ст. 1.

67 АМА, чл. 7–1 ст. 1, 2, 4 и 5, чл. 20–2–6.

68 АМА, чл. 89 ст. 1 тач. 1.

69 АМА, чл. 95 ст. 1.

70 АМА, чл. 89 ст. 1 тач. 1.

71 АМА, чл. 74 ст. 3.

оптужницу без обавештења које доставља *JFTC*.⁷² Од тренутка подизања оптужнице *JFTC* више нема активну улогу у поступку. Доказне радње и заступање оптужнице пред судом је у рукама јавног тужиоца, док коначну одлуку доноси надлежни суд. Јавни тужилац у пракси најчешће подиже оптужницу у оним случајевима када је уверен у исход судског поступка и доношење осуђујуће пресуде. *JFTC* се у периоду 2006–2018. године 23 пута обратио јавном тужиоцу, након чега су покренута 22 кривична поступка, чији је исход у већини случајева била осуђујућа пресуда.⁷³

3. Грађански поступак

Лица која су претрпела штету насталу актима повреде конкуренције имају могућност да своја права заштите у парничном поступку. Учесници на тржишту или пословна удружења која учине повреду конкуренције су одговорна за штету проистеклу из таквих аката, без обзира на постојање или одсуство намере.⁷⁴ У парничном поступку суд може затражити мишљење *JFTC* у вези са висином штете проистекле из аката повреде конкуренције.⁷⁵ Важно је напоменути да суд у овим парничним поступцима одлуку може донети тек на основу правноснажне одлуке *JFTC* која је потврђена од стране управног суда у евентуалном поступку по управној тужби.⁷⁶ У случајевима када суд не може да утврди висину штете, одредиће разумно обештећење узимајући у обзир све околности конкретног случаја.⁷⁷

IV Покајнички програм

Покајнички програм (енг. *leniency application*) је ефикасно средство за откривање повреда конкуренције које користе тела за заштиту конкуренције широм света. Развитком технологије и средстава комуникације постаје све теже пронаћи доказе о кршењу прописа из области конкуренције. Повреде до којих се долази путем покајничког програма су по правилу картели и договорено подношење понуда у јавним набавкама. Покајнички програм омогућава учеснику у повреди конкуренције који први пријави постојање повреде и приложи неопход-

72 АМА, чл. 96 ст. 1.

73 М. Wakui, 240.

74 АМА, чл. 25.

75 АМА, чл. 84.

76 АМА, чл. 26 ст. 1.

77 М. Wakui, 242.

не доказе – да буде ослобођен од плаћања новчане казне. Уколико није први који пријави повреду, висина казне се смањује. Код покајничког програма погодност имају и тела за заштиту конкуренције. Наиме, тада долазе у посед информација и доказа о учињеним повредама без трошења сопствених ресурса.

Покајнички програм је у Јапану уведен изменама и допунама АМА из 2005. године. Основни разлог је било омогућавање *JFTC* да лакше открива картеле и договорено подношење понуда у јавним набавкама. Увођењем покајничког програма створено је окружење у коме учесници картела једни другима више не верују због тога што увек постоји могућност обраћања *JFTC*.⁷⁸ Да би покајнички програм заживео у пракси, потребно је да буду испуњени предуслови који би иницирали да све предности које доноси овај програм дођу до пуног изражаја. Такви предуслови, пре свега, обухватају постојање озбиљних казни за кршење прописа, страх учесника картела од откривања, као и транспарентну примену покајничког програма од стране *JFTC*.

У Правилнику о подношењу пријава за повреде конкуренције⁷⁹ су наведени подаци које пријава треба да садржи, и то: имена учесника повреде конкуренције; релевантно тржиште добара или услуга на које се односи повреда; опис радњи или аката којима се крше прописи; локације на којима су одржавани састанци; запослени који су били присутни на састанцима итд. *JFTC* пре покретања поступка испитивања повреде конкуренције може прихватити највише пет пријава. Подносилац прве пријаве има право на 100% ослобођења од казне, други на умањење казне од 50%, док остала три имају право на умањење казне у висини од 30%.⁸⁰ Након покретања поступка, *JFTC* може да прихвати највише три пријаве, чије умањење износи 30% од утврђене новчане казне.⁸¹

У циљу промовисања покајничког програма и стимулисања учесника на тржишту на сарадњу, *JFTC* је у свом раду усвојио правило да подносиоцима пријава никад не изриче налоге за обустављање противзаконитих радњи, иако према АМА подносиоци пријава имају имунитет само од новчаних казни.⁸² Да је покајнички програм испунио своју сврху, говори податак да је од дана његовог увођења до 2018. године *JFTC* покренуо 136 поступака на основу пријаве самих учесника на

78 *Ibid.*, 235.

79 Правилник о подношењу пријава и достављању материјала у вези са имунитетом или смањењем накнада из 2005. године (*Rules on reporting and submission of materials regarding immunity from or reduction of surcharges*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/antimonopoly_rules_files/immunity.pdf, 28. 2. 2020.

80 АМА, чл. 7–2 ст. 10 и 11.

81 АМА, чл. 7–2 ст. 12.

82 М. Marquis, Т. Shiraishi, 14.

тржишту који су кршили прописе, док је 27 поступака покренуо када је до основане сумње о учињеној повреди конкуренције дошао другим путем.

V Закључак

На основу изнетог у овом раду, може се закључити да је право конкуренције широм света регулисано, у већој или мањој мери, на истим основама. Јапански правни оквир заштите конкуренције поседује одређене карактеристике које га издвајају у односу на друге јурисдикције. Повреда приватног монопола се разликује од злоупотребе доминантног положаја, јер не постоји обавеза за *JFTC* да утврди доминантан положај учесника на тржишту, већ само постојање значајног ограничења конкуренције на релевантном тржишту. Картелски договори између конкурената не представљају *per se* повреду, јер се такође захтева постојање значајног ограничења конкуренције. Међутим, *JFTC* санкционише овакве недозвољене споразуме тако што на посредан начин примењује *per se* правило, дефинишући релевантно тржиште уже. На тај начин се значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту лакше доказује. Код договореног подношења понуда у поступцима јавних набавки *JFTC* настоји да утврди две врсте споразума између конкурената, и то: први, којим се договара стратегија учешћа на тендерима; други, којим се одређује који ће конкурент победити на тендеру. Трећа врста повреда су НТП. Санкционисање НТП представља ефикасно средство којим се спречава настанак озбиљнијих повреда приватног монопола и НОТ, јер није неопходно утврђивати постојање значајног ограничења конкуренције.

У погледу поступка утврђивања повреде, АМА садржи решење којим се *JFTC* додељује улога у две врсте поступка, и то управном и кривичном. Управни поступак који спроводи *JFTC* се не разликује од поступака које воде друга тела за заштиту конкуренције. Наиме, *JFTC* је овлашћен да утврђује повреде конкуренције и доноси управне мере, односно да изриче новчане казне учесницима на тржишту. Одлуке *JFTC* су подложне судском проверавању уколико учесници на тржишту поднесу тужбе. У кривичном поступку улога *JFTC* је ограничена на обавештавање јавног тужиоца о постојању основане сумње да су учињене озбиљније повреде, као што су: монополизација тржишта, картелско формирање цена и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки. У том моменту, јавни тужилац преузима истрагу и искључиво је овлашћен да одлучи хоће ли подигнути оптужни акт. На крају је важно поменути да је успешна примена покајничког програ-

ма од стране самих привредника у великој мери олакшала спровођење истрага повреда конкуренције, јер су се у више од три четвртине случајева поступци покренули на основу покајничких пријава.

Коришћена литература

- Wakui Masako, *Antimonopoly Law – Competition Law and Policy in Japan*, 2nd edition, Kyoto, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3270141, 2. 3. 2020.
- Vande Walle Simon, Shiraishi Tadashi, „Competition law in Japan“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219881, 6. 3. 2020.
- Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, 8th edition, London, 2015.
- Marquis Mel, Shiraishi Tadashi, „Japanese Cartel Control in Transition“, *CEU San Pablo University Madrid*, Working Paper No. 47/2014, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407825, 2. 3. 2020.
- Faull Jonathan, Nikpay Ali, *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford, 2014.

Vuk LEKOVIĆ, LL.M.

Technical Service of the Commission for Protection of Competition

REVIEW OF VIOLATIONS OF COMPETITION IN JAPANESE LAW

Summary

Author in this paper analyses competition violations under the Antimonopoly Act in Japan. Legal definition of competition violations is presented in the first chapter of paper as follows: private monopolization, unreasonable restraint of trade, and unfair trade practices. The second part of the paper focuses on the procedural course of identifying competition violations and the role played by the Japanese Fair Trade Commission in this process. Finally, the importance of the leniency program is emphasized as one of the most effective means of preventing anticompetitive behaviours of market participants. Throughout the paper, the author points out that there are some differences between competition legal framework in Japan and the European Union. The inspiration for writing this paper is the author's desire to share his own experiences and knowledge, gained during a three-week study visit to Japan in direct work with employees of the JFTC and professors in the field of competition law, in order to acquaint the expert public in the Republic of Serbia with Japanese competition law. During the research, the author used sources from the official site of the JFTC, as well as other relevant articles on the Internet.

Key words: *Japanese Competition Law. – Japan Fair Trade Commission. – Competition Violations. – Procedure of Ascertainig Competition Violations. – Leniency Application.*

Датум пријема рада: 27. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 11. 9. 2020.

ПРИКАЗИ

*Јована ПОПОВИЋ, LL.M**
пореско одељење LeitnerLeitner

Светислав В. Костић
Међународно опорезивање у доба анксиозности
Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

Међународно опорезивање је тема која је, сама по себи, дуго актуелна. Сложеност проблема који прате међународно опорезивање је у овој књизи посматрана са једног потпуно другачијег, помало неконвенционалног становишта. Наиме, аутор се у овој књизи, између осталог, бави феноменом покретљивости компанија, али и становништва. Не само да те феномене разматра са пореског аспекта, већ својим познавањем историје, културе, па и менталитета (нарочито српског) народа, све ове проблеме разматра на један суштински другачији начин. Често се аутор у овој књизи позива на неке историјске догађаје, па чак и епске песме, чиме заправо показује колико је питање опорезивања суштински важно за унапређење друштва, а понекад и за његов опстанак.

У **уводним разматрањима**, аутор најпре ограничава предмет истраживања на непосредне порезе, односно порез на доходак, на добит и на имовину који се јављају у ситуацијама које укључују територију више од једне државе. Аутор се потом присећа настанка српског међународног пореског права 1991. године и дели своје подељене утиске о тадашњим законима. С једне стране, аутор признаје творцима ове

* Електронска адреса аутора: msjovanapopovic@gmail.com.

ране у Србији да су се прилагодили најнапреднијим тржишним привредама, док са друге стране истиче да приликом израде тадашњих закона аутори нису имали дилема у погледу пореско-политичких избора.

Аутор отвара једно суштински важно питање – питање друштвене неједнакости, које све више доводи до исељавања становништва. Управо та покретљивост, односно лака промена места настањивања доводи и до других проблема. Између осталог, тиме се нарочито олакшава да „порески обвезник и порески објект постају неухватљиви“. Аутор анализира чувени случај компаније „Епл“ (*Apple*). Овај случај је нарочито интересантан стога што ниједна од јурисдикција, што на први поглед звучи невероватно, није била заинтересована да опорезује компанију. Конкретно, мотиви Ирске су свакако били оријентисани ка користима које је та држава имала, те то није био „пријатељски“ чин. Наиме, јурисдикције се из различитих мотива – привлачење инвестиција, отварање радних места итд., опредељују да не опорезују мултинационалне корпорације.¹ Аутор на овом месту даје себи за задатак да у књизи одговори на питање зашто је опорезивање неопходно и под којим условима интерес опорезивања превазилази интерес појединачне суверене државе да тај порез не наплати.

Књига је подељена на четири дела, од којих се сваки бави одређеним покретом становништва. Први део је посвећен одласку и старењу. Аутор се на првом месту осврће на кретање становништва од 1991. године до данас, у којем су „милиони наших суграђана потражили или траже бољи живот у неким другим, богатијим друштвима“. Као илустрацију, аутор презентује депопулацију Румуније и Бугарске, а затим је пореди са ситуацијом у Србији, која се суочава са одливом, старењем и опадањем становништва. Додатни проблем, по мишљењу аутора, представља чињеница да, иако је пад у годишњем броју рођене деце у Србији далеко мањи од пада броја у Европској унији, Србија тај резултат не може ублажити новим мигрантима. Насупрот томе, одлазак српског становништва помаже подмлађивању становништва Европске уније. Аутор истиче да порез не може бити одговор на оваква друштвена дешавања, те би адекватно решење за њих подразумевало следећа три основна пореска корака:

- 1) промену пореске политике када је у питању третман пензија;
- 2) промену пореске политике, односно њено доношење у погледу третмана дознака из иностранства;

1 Више о облицима државне помоћи која има за циљ привлачење инвеститора вид. Гордана Илић Попов, „Подстицаји улагању у српску привреду“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 186–199.

- 3) увођење мера за подстицање повратка исељених, односно за настањивање радноспособних странаца.

Када је реч о промени пореског третмана пензија у Србији, аутор истиче важност овог питања стављањем у перспективу проценат људи којима је пензија кључни извор прихода и принцип по којем су пензије изузете од опорезивања, као последица одлуке Уставног суда из 1993. године, чији је став, барем у погледу пензија које се остварују по основу права из обавезног пензијског и инвалидског, односно војног осигурања оставио утицај и на тренутни Закон о порезу на доходак грађана (иако се релевантне одредбе из важећег Устава значајно разликују од одредаба тада важећег Устава). Тако, аутор закључује да „у постојећем српском правном окружењу не постоје било какве правне препреке да се поново уведе опорезивање пензија које се остварује по основу обавезног социјалног осигурања“, као и да порескоправни аргументи који су тада наведени у представци Уставном суду данас нису валидни. Аутор даље изражава сумњу да је основни разлог за изузимање пензија из опорезивања „снага пензионерског бирачког тела“. На крају, аутор аргументовано истиче да је неопходно изменити овакав приступ, те да би опорезивање ограниченог броја пензија које прелазе одређени износ утицало и на смањење одлива радноспособног становништва, те на општи привредни раст.

У даљој анализи пореског третмана пензија, аутор се фокусира на међународно опорезивање пензија. Велики број српских држављана ће сада, али и у будућности, остварити право на пензију у иностранству, а касније ће се преселити у Србију, у којој ће постати порески резиденти. С тим у вези, аутор поставља питање тумачења одредбе по којој су пензије изузете од опорезивања, нагињући ка тумачењу да су пензије по основу обавезног пензијског осигурања изузете од опорезивања, независно од државе из које се пензије исплаћују, али оставља простор и за другачије тумачење, које би подразумевало и да су пензије по основу обавезног социјалног осигурања из Србије изузете, док су пензије по основу обавезног осигурања из иностранства опорезиве, које аутор критикује с освртом на супротност оваквог тумачења са аспекта две основне слободе предвиђене правилима Европске уније – слободом кретања људи и слободом пружања услуга. Додатно, аутор истиче и разлику између пореске политике Србије, садржане у српском Моделу уговора о избегавању двоструког опорезивања, који начелно додељује право опорезивања пензија држави резидентности, и конкретно закључених уговора у којима је у одређеним случајевима то право додељено држави извора.

Конечно, први део књиге аутор завршава анализом пореског третмана дознака из иностранства, које су поред опорезивања саме потрошње опорезиве и порезом на поклон. Међутим, опорезивање је релативизовано због прописаних изузетака у погледу поклонопримаца и износа поклона, као и због обичаја избегавања пријављивања прихода по овом основу. Аутор истиче да се са исељавањем младих људи из Србије доводи у питање систем социјалне заштите заснован на међугенерациској солидарности и истиче парадокс у којем „порески обвезници сиромашних држава субвенционисху како исељенике у богата друштва, тако и сама та друштва“. С тим у вези, аутор износи предлог новог приступа опорезивању дознака, односно поклона из иностранства, који се, пре свега, односи на повећање пореске стопе, прогресивно опорезивање, сужавање прописаних ослобођења и прописивање обавезе банака да обрачунају, обуставе и уплате овај порез. Свестан могућности за избегавање овог пореза избегавањем формалних токова, аутор предлаже да се увођење овог пореза врши у фазама, односно да се у почетку уведе порез од 2,5%, а да се временом, „ослањајући се на технолошки развој, побољшане могућности – како унутрашње, тако и прекограничне контроле и праћење токова новца“, постепено увећава пореска стопа. Конечно, аутор разматра могућност да Србија, као и друге земље које се налазе у сличној ситуацији, уведе третман који се ослања на Балвагатијев „порез на одлив мозга“, те земљама у које се њени држављани селе предложи да признају као порески кредит порез на дознаке који се шаље у земљу порекла лица, као и да пребаце одговарајући ниво прихода прикупљених по основу пореза на доходак, односно доприноса за обавезно социјално осигурање које је страна држава прикупила од српских исељеника, умањен за износ претходно поменутог пореског кредита.

Други део књиге посвећен је доласку и подмлађивању становништва. Аутор се на почетку осврће на „културу одласка“. Наиме, неки од најчешће навођених мотива за одлазак јесу недостаци политичког система, неправични друштвени односи и сл. Међутим, аутор сматра да је парадоксална ситуација да грађани често одлазе у земље које такође не могу да се похвале правичним друштвеним односима или добрим политичким системом, те је чест случај да наши грађани и тамо имају „другоразредни положај“. Аутор сматра да треба размишљати о мерама којима би се привлачили повратници, али и радноспособни странци, јер постоје назнаке да су управо неке од мера привлачења квалификоване радне снаге које су спроводиле богатије државе допринеле тој „култури одласка“. Пре излагања самих мера, аутор се осврће на уобичајене замерке које се могу упутити пореским подстицајима за привлачење радне снаге, те закључује да се у случају Србије могу одбацити, односно

да би било вредно барем покушати. Аутор истиче кључне дилеме које постоје приликом моделирања подстицаја – коме пружити подстицај, у ком облику га пружити и како обезбедити да подстицај не води дискриминацији домаћег становништва. Прва предложена мера била би признавање нормираних трошкова у висини одређеног процента уговорене бруто зараде новозапосленим досељеницима током пет година, који у најмање протекле две године нису боравили у Србији (у вези са пресељењем у Србију), а који би омогућио српским послодавцима да потенцијалним запосленима обезбеде веће зараде, те да тиме постану конкурентнији на глобалном тржишту рада. Овај подстицај би се примењивао на радна места код српског послодавца која су такве природе да за њима постоји потреба која се не може лако задовољити на тржишту рада, и стога се на првом месту пита како објективно одредити да ли је радно место такве природе, и као предлог износи висину зараде – конкретно, бруто зараде веће од три просечне бруто зараде исплаћене у Србији. Даље, поставља се питање ко ће сносити трошкове доприноса и питање дискриминације домаћег становништва. Аутор као решење за оба проблема нуди уређивање подстицаја нормираним трошковима и временско ограничење. Након математичког приказа практичног утицаја овог подстицаја, аутор подсећа да би у складу са овим подстицајем било потребно уређивање административних питања, пружање олакшица на увоз коришћених предмета домаћинства и усаглашавање имиграционих прописа. Недостаци предлога су, по мишљењу аутора, то што подстицај не обухвата све категорије које су Србији потребне (пре свега, младе држављане који су напустили земљу ради школовања у иностранству, а нису испунили услов да најмање две године нису живели у Србији, а са друге стране пружа погодности онима које није потребно привлачити – запосленима мултинационалних корпорација који су упућени на рад у друга друштва у оквиру групе).² На крају, аутор излаже и сам текст норме којом би се овај подстицај увео у српске пореске законе. Као другу меру, аутор предлаже изузимање од опорезивања капиталних добитака по основу увећања имовине (акција) до којег је дошло пре пресељења у Србију, а која би као набавну вредност акције одређивала мању између тржишне вредности акција на дан који се може сматрати даном поновног настајења у Србији и стварне набавне вредности.³

2 Више о пореском третману прихода запослених упућених на рад на територији Републике Србије вид. Светислав Костић, „Порески третман прихода које остваре упућени запослени по основу свог рада који обављају на територији Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2008, 116–125.

3 Више о анализи решења српског права и проблемима опорезивања пореза на капитални добитак вид. Миња Ђокић, „Опорезивање капиталних добитака физич-

Трећи део књиге посвећен је дигиталним номадима и илузијом резидентства. У околностима где је резидентство, као традиционална везивна тачка за опорезивање, постало врло лако променљиво, потребно је пронаћи прави одговор на такву појаву, при чему пореско право није усамљено у том погледу. Дакле, данас је практично могуће одређене делатности обављати било где. Када је реч о пореским аспектима појаве дигиталних номада, аутор истиче да дигитални номади представљају изазов за међународно пореско право, јер се пореско резидентство, када су у питању физичка лица (уз познате изузетке који везују пореско резидентство за држављанство), везује за дужину боравка на одређеној територији, уз додатне критеријуме, попут пребивалишта, средишта пословних активности, места у којем се одвија породични живот итд. Ови критеријуми свакако нису подобни за адекватно одређивање пореског резидентства дигиталног номада, што аутор илуструје примером у којем се јасно види да одређивање пореског резидентства једним архаичним критеријумом доводи до резултата који није у складу са принципом опорезивања по принципу порекла, али ни опорезивања по принципу дестинације. Аутор истиче да ће дигитални номади „све више постајати изазов за пореске системе широм света“, те да се већ сада може закључити да би „захтевање неког облика квалификованог пореског резидентства физичких лица за потребе права на коришћење погодности уговора о избегавању двоструког опорезивања имало смисла.“ Као предлог пореских мера које би Србија могла да уведе, аутор износи могућност озакоњења стварности, односно прописивање „изузимања дохотка нерезидената који су остварени током боравка резидента на територији Србије, под условом да је он остварен од налогодаваца који не обављају делатност у Србији, односно у вези са налогодавчевим пословањем које се обавља изван њене територије.“

Мада држављанство и пореско резидентство нису идентични критеријуми, њихова веза је ипак чврста. Иза стицања, односно промене држављанства се често крију и пореске побуде. Неретко се имућни обвезници опредељују за јурисдикције које им пружају (изузетно) повољан порески режим. То је, примера ради, случај са Великом Британијом, у којој су пореске обавезе ограничене на доходак који има извор на територији Велике Британије, односно у случају дохотка који је остварен ван ње – на део који је унет у Велику Британију. Уз то, значајна околност је заштита коју пружају уговори о избегавању двоструког опорезивања. Са друге стране, то је изузетно неповољно за неке државе, као што је Србија, које на тај начин „губе“ своје најбогатије чланове друштва. Аутор закључује да је време да државе попут Србије

ких лица у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2018, 46–65.

„поведу рачуна о својим интересима и размотре да ли да се супротставе отвореном привлачењу најимућнијих од стране других држава или да, пак, покушају да и оне узврате истом мером и да им се прикључе.“ У својој анализи, аутор истиче да би привлачење најбогатијих људи било за Србију илузорно, јер се не може такмичити са одређеним бројем држава, а истиче и да би такво привлачење потенцијално било и штетно, јер би могло довести до већег раслојавања друштва и већег значаја „оних аспеката наше свакодневице који служе увесељавању гостију из иностранства“. Стога, аутор предлаже мере отпора програмима за привлачење имућних појединаца кроз нуђење држављанства и/или дозвола сталног боравка и пратећих пореских погодности. Из угла примене уговора о избегавању двоструког опорезивања, аутор се осврће на тест главног циља трансакције или аранжмана који је уведен у већину уговора о избегавању двоструког опорезивања усвајањем мултилатералног инструмента, те истиче да уколико појединац стекне пореско резидентство коришћењем посебних погодности које нису на располагању обичним резидентима, то стицање треба сматрати аранжманом који је имао као један од основних циљева коришћење погодности уговора о избегавању двоструког опорезивања. Аутор једноставним примером показује да се пореским планирањем може у потпуности избећи опорезивање. Као решење, аутор предлаже порезе на изласку, како би се омогућило касније опорезивање капиталних добитака који се остварују након промене резидентства и одредбу којом се физичко лице које престане да испуњава критеријуме за пореско резидентство у Србији, а оствари у јурисдикцији у којој је пореско оптерећење ниско у поређењу са оним у Србији, или у којој он има право на порески третман који се разликује од општег режима, сматра пореским резидентом Србије наредних 10 година. По угледу на прописивање листе јурисдикција са преференцијалним пореским системом из Закона о порезу на добит правних лица, министарство надлежно за послове финансија би требало да прецизира које су то јурисдикције. Такође, пореском обвезнику би се остављала могућност да буде ослобођен овог продуженог резидентства уколико Пореској управи докаже да промена резидентства није заснована на пореским мотивима. Додатно, аутор истиче да се ове две мере међусобно не искључују, као и да постоји простор да се одредбе о продуженом пореском резидентству уведу ретроактивно, уз истовремено проширивање права на порески кредит за порез плаћен у држави извора и држави новог пореског резидентства.

Последњи, **четврти део књиге**, се односи на друштвену неједнакост и порез на наслеђе и поклон. Аутор се најпре осврће на велики јаз између најбогатијих и најсиромашнијих слојева друштва. Србија је данас изразит пример постојања таквог јаза. Осврћући се на српску прошлост, у

којој су управо људи из сиромашних слојева дали значајан допринос развоју српске науке, културе и уопште српске државе, аутор закључује да смо се „постидели блата опанака наших сељачких предака“, те заборавили ко је заправо стекао оно што данас имамо. Суштина јесте у томе да није сама неједнакост проблем, већ је она проблем уколико се не за-снима на чињеници да нису сви имали исти допринос, односно да су неки радили и допринели више од других. Супротно уверењима, Србија некада јесте била својеврстан рај за сиромашне, али се чини да то данас није случај и да се шансе не пружају по заслуги, већ по неким другим критеријумима, који нису прихватљиви. Иако је порез на доходак у фокусу при анализи друштвене неједнакости, аутор истиче да порез на наслеђе и поклон може имати веома значајну корективну улогу, јер су управо наслеђе и друге погодности које имају деца имућнијих предака један од извора те неједнакости. Аутор детаљно анализира постојећи оквир опорезивања наслеђа и поклона, одговарајући на питања на шта се плаћа порез на наслеђе и поклон у Србији, ко је дужан да плати овај порез и колико може да износи пореско оптерећење по основу овог пореза у Србији. Аутор критикује приступ по коме се опорезује наслеђе, односно поклон који се састоји од права својине и других права на непокретности која подлежу порезу на имовину, и која се налазе на територији Републике Србије, док наслеђивање, односно поклон који се састоји у правима на непокретности која се налази ван Србије не подлеже овом порезу, као и приступ по коме се не опорезује наслеђивање нових моторних возила, пловила, ваздухоплова, удела у правном лицу и хартија од вредности. Додатно, аутор критикује и ослобођење од пореза наследника првог наследног реда, супружника и родитеља и ослобођење пореза на поклон поклонопримаца првог наследног реда и супружника, као и ниске пореске стопе. Аутор предлаже решење које има за циљ управо ублажавање друштвених неједнакости. Пре самог решења, аутор образлаже да има смисла подстицати добротинство између људи само ако та давања имају хуманитарни карактер, односно ако су учињена за потребе лечења, преживљавања, постизања иоле прихватљивих услова живота, школовања, отпочињања заједничког живота младих и подизања породице. Даље, аутор предлаже праг од пола милиона евра који улази у „свети забран односа између родитеља и деце“, и који не би био опорезив уколико долази од родитеља деци и знатно ниже неопорезиве износе уколико давања иду од деце ка родитељима, односно ужи круг пореских олакшица за поклоне у другим случајевима. Додатно, наслеђе и поклон је потребно различито третирати, иако ће неспорно постојати јака веза између два пореска облика. Осим у случају постојања изузетних разлога, нема разлога да се одређени облици имовине изузму од опорезивања, док постоје јаки разлози за увођење прогресивних по-

реских стопа и да предмет опорезивања буде наслеђе, односно поклон примљен од стране српског оставиоца, односно поклонопримца. Предложени систем аутор критикује из угла потенцијалног утицаја на привредну активност, који аутор сматра неоснованим, и из угла могућности за избегавање описаног приступа, те предлаже да се приступ употпуни антиевазионим нормама.

У **закључним разматрањима**, аутор се осврће на целисходност постојања система међународног опорезивања, јер такав систем подразумева да се државе у одређеним случајевима одричу користи, односно каткад раде и на своју штету зарад „општег добра“. Такав систем подразумева и једну моралну и етичку компоненту, што се добро илуструје кроз пример опорезивања мултинационалних компанија – праведно је, правично и морално да они барем једном плате порез. Ипак, аутор се оправдано пита да ли Србија, имајући у виду стање и околности у каквим се налази, треба да буде та која ће „прва повући ногу“. Јединствени режим опорезивања, према аутору, може постојати само ако за њиме постоји потреба, ако служи интересима свих становника планете, односно уколико постоји нека опасност која их све у већој или мањој мери угрожава. Аутор не заговара у том погледу „себичност“, али оправдано поставља питање који изазов испуњава те услове и тиме оправдава постојање таквог система.

Да закључимо, књига „Међународно опорезивање у доба анксиозности“ професора Светислава Костића је штиво које завређује пажњу, и то не само због стручности аутора у области пореског права, већ што је подобна да покаже колико је право повезано са многим аспектима живота. Са друге стране, аутор се не либи да критички посматра одређене феномене. Наиме, аутор врло аргументовано образлаже на који начин етичка и морална компонента могу утицати на опорезивање, али и који су домашаји система у коме су ти разлози доминантни, односно када су заправо довољно оправдање да се такав систем постави. Посебно је значајно што аутор има храбрости да говори о нечему што су за модерно српско друштво и државу велики проблеми – друштвена неједнакост, исељавање (квалификованог) становништва, неједнаке шансе и сл. Аутор, притом, нуди могућа решења како да се неки од ових проблема уз помоћ (не и искључиво) пореских мера превазиђу. Јачина аргументације и критички, и то врло оригинални, приступ је свакако оно што је посебна вредност ове књиге.

Коришћена литература

Ђокић Миња, „Опорезивање капиталних добитака физичких лица у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2018.

Илић Попов Гордана, „Подстицаји улагању у српску привреду“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019.

Костић Светислав, „Порески третман прихода које остваре упућени запослени по основу свог рада који обављају на територији Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2008.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, који се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италиком).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште установе у којој је аутор запослен. У напомени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има од 100 до 250 речи.

Након сажетка рад мора да има кључне речи које најбоље описују садржај чланка за потребе индексирања и претраживања. Број кључних речи не може бити већи од 10.

Рад мора да садржи листу референци (литература) која обухвата библиографске изворе (чланке, монографије и сл.) и даје се искључиво у засебном одељку након текста. Референце се наводе на доследан начин, према азбучном редоследу презимена аутора, како гласе у оригиналу.

Рад мора да има сажетак и кључне речи и на енглеском језику. Пожељно је да се сажетак на страном језику даје у проширеном облику, као тзв. резиме. Дужина резимеа може бити до 1/10 дужине чланка. Резиме и кључне речи се дају на крају чланка, након одељка Литература.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Дрући ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминологија у уредном праву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *casopis@pravniciprivredi.org.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментари Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“; односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курсивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и приврега*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и приврега*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курсивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21. 10. 2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник 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 2021. 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:

Дејан Б. Бурђевић

Позивање наследника огласом и наследноправни положај државе у српском праву

Марија Караникић Мирић

Отежано испуњење уговорне обавезе

Сузана Димић, Ванда Божић

Пореска кривична дела као водећи облик привредног криминалитета

Филип Бојић

Конституционализација права на штрајк

Исидора Николић Савин

Обавеза раздвајања делатности у области производње, снабдевања, преноса и дистрибуције електричне енергије у праву Европске уније и Републике Србије

Катарина Петровић

Право на камату према одредбама Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе

Јована Јоксовић

GmbH и UG (Mini-GmbH) – решења заштите поверилаца у немачком праву

Миона Манојловић

Камата као последица дужничке доцње

Вук Лековић

Осврт на повреде конкуренције у јапанском праву