



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
2

2022

Почасни главни и одговорни уредник

Проф. др Мирко Васиљевић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Главни и одговорни уредник

Проф. др Татјана Јевремовић Петровић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Уређивачки одбор

Чланови извршног одбора редакције

Зоран Арсић (Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија), Никола Бодирога (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Филип Бојић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Драган Вујисић (Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија), Катарина Долковић Бојић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Милена Ђорђевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марко Ђурђевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Гордана Илић Попов (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Јанковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марко Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марија Караникић Мирић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Јелена Лепетић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Слободан Марковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Мирослав Пауновић (адвокат у Београду, Србија), Јелена Перовић Вујачић (Економски факултет Универзитета у Београду, Србија), Наташа Петровић Томић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вук Радовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Мирјана Радовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Ненад Тешић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Наташа Томић Петровић (Саобраћајни факултет Универзитета у Београду, Србија), Александар Ћирић (Државни универзитет у Новом Пазару, Србија).

Чланови саветодавног одбора редакције

Радован Вукадиновић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Шиме Ивањко (Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија), Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка), Горан Коевски (Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правни факултет „Јустинијан први“, Република Северна Македонија), Leaua Crenguta (Leaua Damcali Deaconu Paunescu – LDDP, Румунија), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка), Марко Рајчевић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Katia Fach Gómez (University of Zaragoza, Шпанија), Helmut Heiss (University of Zürich, Швајцарска), Silvi Chernev (Burgas Free University Faculty of Legal Studies, Бугарска), Драган Радоњић (Правни факултет Универзитета Црне Горе, Црна Гора), Andreas Reiner (ARP, Аустрија), Mykola Selivon (Уставни суд, Украјина), Pilar Pelares Viscasillas (University Carlos III of Madrid, Шпанија).

Секретар

Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Технички секретар

Милена Митровић, Институт за међународну политику и привреду, Србија

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Београд, Теразије 27, V спрат

Електронска адреса удружења: office@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravnicuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Тираж

200

Секундарне публикације у којима се индексира часопис

SCIndeks (Српски цитатни индекс), Cobiss

Часопис *Право и привреда* излази тромесечно.

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
2

2022

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

Зоран ТОМИЋ

Компатибилност управно-процесних начела 205

Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ

Проактиван приступ према запосленима друштвено
одговорне компаније и пореска политика у Републици
Србији. 224

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ

Вертикални (рестриктивни) споразуми: ефективност
упркос ризику од нарушавања конкуренције 240

Стефан ШОКИЊОВ

Одговорност зависног друштва за штету коју проузрокује
контролно друштво у праву конкуренције Европске уније. . . 258

Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

Вансудско решавање спорова из осигурања у режиму
Закона о заштити потрошача. 275

Кашарина ДОЛОВИЋ БОЈИЋ

Правни режим непокретности стечених средствима из
уговора о кредиту закљученог пре или у току трајања
брака 297

Урош ЗДРАВКОВИЋ

Право купца на смањење цене услед продавчеве повреде
уговора о међународној продаји робе 317

Ранко СОВИЉ

Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја? 335

Марко ТОМИЋ

Јавни бележници и компанијско право у Републици Србији – оснивање привредних друштава и записници са седница органа друштава 355

Никола МИЛОСАВЉЕВИЋ

Неусловљеност функцијом производа као услов за признање права заштите индустријског дизајна 384

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Владимир ПЕШИЋ

Правна природа клаузуле *del credere* у трговинским уговорима 401

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 418

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

Zoran TOMIĆ

Compatibility of Principles of Administrative Procedural Law 205

Gordana ILIĆ-POPOV

Social Responsible Company's Proactive Approach Towards
Employees and Tax Policy in the Republic of Serbia 224

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ

Vertical (Restrictive) Agreements: Effectivity Despite the Risk . . . 240

Stefan ŠOKINJOV

The Liability of a Subsidiary for Damage Caused by the Parent
Company 258

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ

Alternative Dispute Resolution of Insurance Disputes According
to Law on Consumer Protection 275

Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ

Legal Regime of Real Estate Acquired with Funds from a Loan
Contract Concluded Before or During the Marriage 297

Uroš ZDRAVKOVIĆ

The Right of the Buyer to Reduce Price in the Case of the Seller's
Breach of Contract on International Sale of Goods 317

Ranko SOVILJ

Legal Consequences of Climate Change on Redefining the Capital Market – Can Capital Market Contribute to Transition to a Low Carbon Economy? 335

Marko TOMIĆ

Public Notaries and Company Law in the Republic of Serbia – Foundation of Companies and Protocol of Companies’ Organs Meetings..... 355

Nikola MILOSAVLJEVIĆ

Resemblances, Differences and Overlap Regarding Trademark and Industrial Design 384

STUDENT PAPERS

Vladimir PEŠIĆ

Legal Nature of *Del Credere* Clause in Commercial Contracts..... 401

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 418

НАУЧНИ РАДОВИ

УДК: 342.9:35.077.3(497.11) ; 347.924(497.11)

CERIF: S 111

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22201A

др **Зоран ТОМИЋ***

редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

КОМПАТИБИЛНОСТ УПРАВНО-ПРОЦЕСНИХ НАЧЕЛА**

Сажетак

Чланак се бави начелима ујравно-процесној права Србије, али има и шири домашај с обзиром на евројска начела „добре ујраве“. Начела чистије ујравне процедуре и оне ујравно судске су – йолозно узев – биш-но друјачија. Како збој йрироде и „духа“ ових йосйуујака, йако и збој њихове архийекйонике. Но, између њих се йроналазе и значајне везе, имајући у виду сукцесивносй йока ујравне и ујравно-судске делай-носйи, као дефинийивне, конйролно-йравне функције. Ако их йесла официјелносйи и дисйозийивносйи йонајвише одвајају, као и йоложај йлавних учесника у йим йосйуујцима – йоред двосйейеносйи ујравној, односно једносйейеносйи судскоја рада у ујравном сйору – йако их йоједина начела, као шйио су законийосйи, истйина, йосйулај разумно-сйи рока одлучивања, уйврђивање чињеница на усменој јавној расйрави

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

** Овај рад је допринос пројекту „Савремени проблеми правног система Србије. – Подтема: Претходна и накнадна анализа прописа.“ Правног факултета Универзитета у Београду (2022).

(уз законски предвиђена одступања), јавноснажност, као и употреба језика – чине блиским.

Кључне речи: Начела. – Компаративност. – Уравни једнак. – Уравни спор.

I О начелима управно-процесног права

Начело је норма, уједно принцип, гесло. Правно начело је правна норма: општа, основна, врхунска по снази, значају, свепрожимајућа што се тиче одређеног правног прописа посвећеног извесној области. Процесна начела се тичу начина и оквира поступања надлежних органа, положаја странака, њихових права и обавеза, односа према јавноправним органима, стадијума поступка, временске димензије. *Начела* су полазне, најопштије и најважније норме сваког правног поступка. Управни поступак, као јавноправни процес, почива на одређеном броју основних начела која изражавају његов дух и природу. *Смисао* основних начела управног поступка је у језгровитом приказивању и дефинисању темељних правних вредности на путу решавања управних ствари. Она треба да обезбеде стабилност и уједначеност у процесу примене закона на појединачне ванспорне ситуације, при прецизирању општих правила понашања с обзиром на особености индивидуалних животних догађаја. *Значај* основних начела је, поред реченог, најмање двојак. Прво – она одражавају и учвршћују конзистентност управног поступка, заокруженост и упоришне тачке законског текста који га уређује. Начела су надређена свим појединачним управно-процесним одредбама, како општег управног поступка, тако и посебних поступака. Правна могућност одступања од основних начела управног поступка предвиђена је искључиво у њима самима (на пример, код начела *изјашњавања странаке* одступања се могу предвидети законом). Друго – када неко питање није до краја регулисано у управном поступку, односно када је посредни правни стандард, начела су сигуран путоказ за тумачење права у конкретним случајевима.

Најважнија и најопштија јавна начела савремене демократије и грађанске јавне државе јесу: 1) владавина права, посебно прокламованост и делотворна правна заштита људских и мањинских права и слобода, уз пуно поштовање међународноправних докумената; 2) једнакоправност грађана; 3) раздеоба државноправних функција (подела власти). Према класичној тројној подели, државна власт се грана на законодавну, извршну и судску, којој се јемчи независност. По правилу, на челу извршне власти је државна влада, а њој је подређен припадајући

систем државне и недржавне јавне управе. Јавна управа се стара о целини друштвене заједнице и њеном функционисању, али и о потребама грађана и њихових организација. Она *наређује, ограничава, забрањује, надзире, ујављује, потврђује, додељује, признаје, помаже, подстииче, овлашћује*. Све то на основу закона и у његовом извршењу.

У супстанцијалном смислу, *ујавни рад је јавно реулисана, влашћу подупрџа државна делатности ојеративно-корективној карактера, која се своди на примену јавних пројиса у појединачним вансјорним ситуацијама ради остварења јавној и приватних интереса*. Она се у и домаћем праву и у упоредном праву најјасније исказује кроз три своја опредељујућа правна инструмента: *ујавнојавни акт* (укључујући онај јавни), *ујавни уговор* (као двострани ујавни посао) и *ујавно-материјални акт*, са две своје подврсте: *ујавна радња и јување јавних услуга*. Постоје, међутим, и још један управни инструмент, нормативни, али не тако типичан за јавну управу: *ујавни пројиси* – општи правни акти (који моделски припадају подзаконско-нормативној правној функцији). Управни рад у друштвеној стварности бива преточен у *ујавнојавне односе* – друштвене односе засноване или бар конкретно уобличене управним радом. Према суштини и усмерењу управног рада – и њиме успостављених управноправних односа – разликује се *ујавно-ојеративни* од оног *ујавно-контролној*. Управни рад доминира при обављању *ујавних полова*.

Јавна управа најчешће одговара на питања (из) индивидуалних случајева, конкретно их правно уређујући, односно контролишући, или/и спроводећи непосредно у живот меродавна правна правила – још увек, ипак, претежно ауторитативним путем. Но, право јој није циљ, већ више средство: она има власт, моћ на темељу права ради достизања јавних сврха, постизања значајних јавних учинака.

Јавнојавна природа ујавној права¹ произлази из чињенице да се *улоја државне управе своди на одмерено проширање ојихних/јавних захтева и чинидби на индивидуалне ситуације*. Зато је суштина управноправне гране баш то директно сусретање и непосредно повезивање суштине општег/јавног и појединачног, логиком правних правила при регулисању конкретних односа. Тежња је у оплемењивању и целине и њених припадника правдом и једнакоправношћу, складом, редом и сигурношћу, нарочито у остваривању беспоговорног поштовања личности човека и његових слобода и права у друштвеном животу. Управноправна норма, идеално посматрано, једнако веже и носиоце јавне власти и грађане, укључујући и њихове организације.

1 Зоран Р. Томић, *Ојихне ујавно јраво*, четрнаесто, новелирано издање, Београд, 2021, 95–98.

Европски призната начела ваљане управе (*good administration*)² – која су највећим делом и уграђена у актуелну управну процедуру – треба да обезбеде, нарочито: а) владавину права (*the rule of law*) током управне процедуре (*the principle of legality of public administration*); б) коректно понашање органа према странкама у поступку, посебно заштиту њиховог достојанства и приватности, праћену етичношћу, објективношћу и политичком неутралношћу управних службеника – *fair procedure (due process)*; в) сразмерност употребљених средстава и мера спрам циља који се жели постићи, не дирајући прекомерно и непотребно (већ само неопходно) у интегритет позиције грађана и правних лица у поступку (*proportionality*); г) начело забране дискриминације, тј. једнакоправности; д) начело предвидљивости и извесности – заштите легитимних очекивања, као и поузданости и уједначености (конзистентности) управних мера (одлука и радњи); ђ) начело обзирног и брижљивог вођења поступка – целовито и непристрасно сагледавање сваког релевантног састојка конкретног случаја (и у правном, и у чињеничном погледу); е) истражно начело; ж) начело приступа подацима и заштите података; з) коришћење савремених информационих поступака у управној делатности, посебно у општењу са странкама у управном поступку („е-управа“); и) пружање управних услуга на једном месту – јединствено управно место као допринос концентрацији поступка и олакшање комуникације странака у поступку (*point of single contact*). Такође, поред жалбе као стандардног правног лека против правно неваљаних управно-правних акта устаљује се и *ѝриѝвор* ради заштите од мањкавости других управних активности – управног уговора, обезбеђивања пружања услуга од општег интереса, као и осталих управних активности.

Све претходно наведено, поред осталог, представља „европски управни рам“ – као део европских заједничких правних тековина, тј.

2 Посебно издвајам Повељу основних права Европске уније (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), чл. 41 (Право на ваљану управу).

Илустрације ради, из обиља меродавне правне књижевности, овде упућујем само на: Paul Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; Guy Issac, *Droit Communautaire Général*, Paris, 1983; John Anthony Usher, *General Principles of EC Law*, London, 1997; Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, I-V*, München, 2005; Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1998; Helmut Lecheler, *Einführung in das Europarecht*, 2. Auflage, München, 2003; Будимир Кошугић, *Увод у ѝраво Евројске уније*, Београд, 2006, посебно 48 и 170; Радован Вукадиновић, *Право Евројске уније*, четврто измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2006, посебно 120 и даље; Марко Давинић, *Евројски омбудсман и лоша уѝрава (maladministration)*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, посебно 90–99; Александра Рабреновић, „Начела ‘квалитетне управе’ у праву Европске уније“, *Јавна уѝрава*, бр. 1/2002, 155–173.

правних тековина саме Заједнице (*audicibus communautaire / des gemeinschaftlichen Besitzstand*) у европском управном простору.

Доминантни смисао јавној управи примерених европских стандарда јесте да се управни поступак скрати, поједностави, одмерено (делимично) деформализује, концентрише, рационализује и убрза (*efficient*), али не на штету делотворности (ефективности, *effective*) правне сигурности, законитости и начела истине. С тим у вези, важан је *активан* *положај странке у трансјарентно* *постављеном управном процесу*, као својеврсног процесног сарадника органа у примени права и пружању јавних услуга: 1) њена непрекидна информисаност, учествовање у свим процесним радњама које се ње тичу, укључујући приступ и доступност свих релевантних докумената; 2) право на саслушање; 3) пружање сваковрсне помоћи странци у поступку (како од органа, не реметећи тиме његову главну улогу у поступку, тако и од стручних лица које странка сама изабере или јој по закону следују); 4) управна образложења свих донетих аката; 5) право да се о њеној правној ситуацији одлучи у разумном року; 6) признато право на правни лек, како против активног делања управе којим странка није задовољна, тако и против пасивног (ћутање, одуговлачење) понашања органа.³

II Основна начела управног поступка (тзв. чисте управне процедуре)

Основна начела Закона о *општем управном процесу* Србије су:⁴ законитост и предвидљивост; начело сразмерности; заштита права странака и заштита јавног интереса; начело помоћи странци; делотворност и економичност поступка; начело истине и слободне оцене доказа; самосталности; право странке на изјашњавање; право странке на правно средство, на правну заштиту – приговор или жалбу; правноснажности решења; начело приступа информацијама и заштите података.

Међу основним начелима ЗУП, као релативни новум, пажњу заслужује најпре оно о *заштити легитимних очекивања странака*. Циљ је да се унапреди правна сигурност и извесност за странке, а да се

3 Према Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго допуњено издање, Београд, 2012, 59–63.

4 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2016 – аутентично тумачење, чл. 5–15; Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном процесу са судском праксом и рејистром појмова*, друго, преправљено и знатно допуњено издање, Београд, 2019, 52–54, 119–156.

управна пракса што је могуће више устали и уједначи („орган је дужан да поступа у складу са ранијим одлукама које је донео у истим или сличним стварима...“), уз дозу неопходне и оправдане еластичности.

У европска начела *ваљане ујраве* (*good administration*) спада и новоуведено начело *сразмерности*. Посреди је одмеравање и усклађивање три постулата: заштите јавног интереса, очувања интегритета и позиције странке, суштине њених зајемчених права и законитости поступања. Наиме, свака активност органа која може да ограничи право појединца или да утиче на његов правни интерес мора бити у складу са начелом сразмерности. Управна активност је у складу са начелом сразмерности само када је прикладна и потребна да се постигне сврха коју је прописао закон, а нема начина да се иста сврха постигне мањим ограничењем права. Такође, када се странкама и другим учесницима у поступку налажу обавезе, орган је дужан да примени оне од мера предвиђених прописима које су за њих повољније, ако се њима остварује сврха прописа.

Делотворности и економичности њосиујка су спојени у једно начело са две компоненте које ваља комбиновати, равнотежно примењивати. Једна се тиче успешности и целовитости процесног одлучивања – његовог резултата, у смислу потпуног остваривања и заштите права и интереса странака. То је делотворност. Друга компонента истог начела – економичност, састоји се у брзини вођења поступка уз „што мање трошкова“ по учеснике; наравно, не на штету законитости, делотворности и истине. У истом контексту, странка се ослобађа дужности прибављања оних података о којима службене евиденције воде органи јавне власти. Орган је дужан да по службеној дужности начини увид у чињенице о којима се води службена евиденција, да их прибави и обради податке о њима. То је елемент принципа истражног, службеног деловања органа при утврђивању чињеничног стања, на путу ка истини. С друге стране, орган може да захтева од странке само податке неопходне за њену идентификацију и документе који потврђују чињенице о којима се не води службена евиденција.

Право странке на њравно средсїво укључује два редовна правна пута управне заштите: 1) право на жалбу другостепеном органу против првостепених решења, као и аката и радњи извршења, односно првостепеног ћутања које се у складу са посебним законом не сматра усвајањем захтева странке – раније познато и признато као начело две инстанције, тј. двостепености управног решавања; 2) право на приговор против закљученог управног уговора и других управних активности, односно против управног непоступања у тим управним стварима. Правна средства су на располагању и јавном тужиоцу и јавном право-

браниоцу (и другом државном органу), у складу са њиховим делокругом и надлежношћу.⁵

Начело њравноснажностии решења настоји да обезбеди релативну правну сигурност и извесност – и по странке, и по правни поредак. Правноснажно је оно решење против којих је, кумулативно и сукцесивно: а) искоришћена жалба у управном поступку, или је она била законом унапред искључена (једноступеност управног решавања), или је странка пропустила да је благовремено изјави (у овом потоњем случају, управна одлука је једновремено постала, одмах и непосредно, и правноснажна); б) судска заштита у управном спору искоришћена (исцрпена), односно вољом странке није ни тражена у предвиђеном року. Утврђена је и заштитна клаузула поверења за странке у већ донете правне акте којима су унете промене у правне односе: правноснажно решење „којим је странка стекла одређена права, односно којим су странци и одређене неке обавезе, може се поништити, укинути или изменити само у случајевима који су законом одређени“.

Предвиђено је и *начело њрисџуџа информацијама и зашџиџиџе џо-даџџака*, у складу са меродавним законом о доступности информација од јавног значаја и заштити података.

С друге стране, *Закон о уџравним сџоровима Србије*⁶ садржи и експлицитна и прећутна начела. Из његовог текста произлазе поједина, мање или више изражена, начела управно-судског поступка, односно управног спора. То су: начело законитости; начело заштите права странака пред судом, у вези с њиховом процесном (не)равноправношћу; начело диспозиције странака; начело о несуспензивном дејству управно-судске тужбе; начело судског утврђивања чињеница на усменој јавној расправи; начело зборног суђења специјализованог суда; начело о комбиновању ограничене и пуне судске јурисдикције; начело судског одлучивања у разумном року и јавног објављивања (изрицања) пресуде; начело једноступености управно-судског поступка, тј. аутоматске правноснажности донетих одлука; начело обавезности управно-судских одлука; начело о супсидијарној и сходној примени парничних прописа; начело о употреби језика у поступку; начело о судском одлучивању о сношењу трошкова поступка.

Суд у управном спору *на основу закона* расправља предмет управно-судског поступка. Применом закона проверава се законитост оспореног управног акта, односно законитост управног ћутања управе у конкретном случају. *Процесни смисао* начела законитости је да суд током управног спора предузима одговарајуће радње поступка предвиђене

5 ЗУП, чл. 13 ст. 3.

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

законом: ЗУС-ом, а супсидијарно и сходно, и меродавним парничним законом – а по изузетку и неким другим специјалним законом. У погледу одређених облика процесних активности, ЗУС пружа основ за *алтернативно судско деловање*, не наређујући суду, већ само дајући му могућност како да поступи.⁷

Начело законитости при решавању управног спора, у управно-судском поступку *има и два нарочита изведена вида*: 1) када ЗУС упућује на неки други закон који суд такође мора поштовати – рецимо, код пружања заштите против одређених појединачних аката по основу неког посебног закона,⁸ или код искључивања пуне јурисдикције посебним законом,⁹ или код предвиђања захтева за преиспитивање судске одлуке (као ванредног правног средства) одређеним посебним законом¹⁰ или код упућивања на сходну примену парничног закона;¹¹ 2) када суд решава мериторно сâму управну ствар, у пуној јурисдикцији¹² – дужан је да се придржава како матичних управних прописа процесног карактера (ЗУП-а и одговарајућих специјалних прописа), тако и меродавног материјалног закона, садржинских одредаба из управне материје у којој решава уместо надлежног органа (чији акт том приликом замењује својим актом).

Начело законитости се у управно-судском поступку преплиће са начелом диспозиције странака као имплицитним њеслом: „Законитост оспореног управног акта суд испитује у границама захтева из тужбе, али притом није везан разлозима тужбе.“¹³ Начело законитости, начело суђења у разумном року и начело судског утврђивања чињеница на усменој јавној расправи граде, заједно – *йраво на йравично суђење*.¹⁴

Начело заштите равноправних странака је прећутно исказано. *Начело заштитне йрава сучељених странака йред судом* у вези је са њиховом процесном равноправношћу. У управном спору, пред судом,

7 На пример: у погледу захтева тужиоца за одлагање извршења управног акта (чл. 23 ст. 2–4); решавања спора без списка (чл. 30 ст. 3 друга реченица); код искључивања јавности за целу расправу или само за одређени део расправе (чл. 35 ст. 2), приликом опредељивања за одлучивање у пуној јурисдикцији у спору због ћутања управе (чл. 44) и тако даље.

8 ЗУС, чл. 3 ст. 3.

9 ЗУС, чл. 43 ст. 3.

10 На основу одредбе чл. 49 ст. 2 тач. 1 ЗУС.

11 ЗУС, чл. 74.

12 ЗУС, чл. 43.

13 ЗУС, чл. 41 ст. 1.

14 Вид. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (*European Convention on Human Rights*), чл. 6; Устав Републике Србије, *Службени йласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 32; ЗУС, чл. 2.

тужилац и тужени током управно-судског поступка имају начелно избалансиран процесни статус. Они уживају принципијелно подједнаку правну заштиту, као контрадикторне, сучељене странке пред судом. Доносилац оспореног акта (односно орган за који тужилац тврди да је незаконито „ћутао“, тј. ускратио доношење захтеваног акта) јесте тужена страна у спору, а не надређени субјект тужиоцу у управно-судском поступку. У том смислу, могло би се говорити о *једнакојравносџији сџиранака љри уђравном суђењу*. На суду би морао да буде терет чувања њихове, макар формалне, законске симетрије у односу на предмет управног спора, на тему суђења о којем је реч.

Основне одреднице једнакојравносџији сџиранака љри уђравном суђењу, у смислу нашег ЗУС-а,¹⁵ постоје и више тачака.¹⁶ *Начело дисџиозиције сџиранака* уткано је у цео ток управно-судског поступка: по тужби, као и по правним средствима. Суд, по правилу, не делује *ex offio*, већ у складу са правцем и обимом изражене воље странака, особито тужиоца. У првом реду, управно-судски поступак започиње самим подношењем тужбе, дакле једном процесном радњом странке. Дакако, при томе се морају поштовати елементарне процесне претпоставке за вођење спора. Тако, процесну зрелост за судску контролу управе, путем управног спора, стиче тек *коначан* управни акт. Али, управни спор се не може покренути ако је у неком случају жалба остала неискоришћена. *Исџиоком рока за жалбу љрвостџейено решење у исџији мах сџииче и коначносџији и љравноснажносџији* (као и извршност). Жалбена управна контрола, осим ако је жалба унапред искључена, нужна је процесна претпоставка за отпочињање судске контроле, по тужби у управном спору. С гледишта правне заштите у управним стварима, управно-судски поступак, видимо, следи другостепени управни поступак. Све у свему, *не љосредно љокреџињање уђравној сџора, љре исцџрџљивања жалбеној љуџи, љроцесно је забрањено*. У том смислу, може се говорити о *начелу сукцесивносџији уђравне жалбе и уђравно-судске љтужбе*. Али, и *изјављивање*

15 У погледу ранијег ЗУС-а, вид. Зоран Р. Томић, „(Не)једнакоправност странака при управном суђењу“, *Правни живоиџ*, бр. 9/1997, 721–736.

16 С једне стране, с обзиром на правило о несуспензивном (неодлажућем) дејству тужбе према оспореном акту (чл. 23 ст. 1), а с друге, с обзиром на могућност да се, по захтеву тужиоца, извршење ипак одложи од стране суда (чл. 23 ст. 2–3); код достављања тужбе на одговор туженој страни (чл. 30); код права на приговор против решења судије појединца: о одбацавању тужбе (чл. 27) или при обустављању поступка (чл. 28 ст. 3, чл. 32 ст. 3); при одржавању усмене расправе (чл. 33–39); у погледу доношења и објављивања пресуда, као и њиховог издавања у овереном препису (чл. 46–47); у односу на обавезност пресуда (чл. 7, чл. 68–73); у погледу доступности предвиђених правних лекова (чл. 49 – Захтев за преиспитивање судске одлуке, и чл. 56 – Понављање поступка); што се тиче сношења трошкова поступка (чл. 66–67) и тако даље.

жалбе и њодношење њужбе њо законском следу зависе од воље овлашћеног лица. То је аустријско-немачки модел, широко прихваћен на европском континенту, али и у америчком праву – насупрот владајућим солуцијама француског, а делом и енглеског управног права. Процесна последица директног обраћања суду, побијањем тужбом првостепеног управног решења пре коришћења управне жалбе, односно после њеног пропуштања – јесте *одбацивање њужбе*, без испитивања њених навода.¹⁷ Исто тако, током поступка поједине процесне радње странака могу изазвати немериторно завршавање спора, обустављање управно-судског поступка. У питању је његово окончање без доношења пресуде. Тако је код: а) одустанка тужиоца од тужбе;¹⁸ б) поништења управног акта у претходном поступку;¹⁹ в) удовољавања тужбеном захтеву од туженог²⁰ о чему се, на позив суда, изјашњава и тужилац. Такође, приликом судског одлучивања *ресјекују се ѡранице захтева њужбе*.

Диспозитивност странака има своје *ѡроцесне међе*. Тако, странке могу саме понудити доказе у управно-судском поступку – у тужби, одговору на тужбу, као и на самој расправи, али „суд на расправи одлучује који ће се докази извести ради утврђивања чињеничног стања“.²¹ Надаље, суд *ѡо службеној дужности*, и независно од навода тужбе, пази на *нишњавосћ* оспореног акта. Затим, *ујравно-судски ѡосћујак се увек завршава акћом суда*: чисто процесноправним (судско решење о одбацивању тужбе, односно решење о обустављању поступка), или пак мериторном одлуком (судска пресуда). *Mutandis mutandis* вреди и код поднетих правних средстава.

Начело о *несусћензивном дејсћиву ујравно-судске ѡужбе* је релативно. Док управна жалба (а и сам жалбени рок) по правилу задржава извршење ожалбеног, првостепеног акта – у управном спору „тужба, по правилу, не задржава извршење акта против кога је поднета“.²² Ипак, у ЗУС-у су наведени услови за могуће судско одлагање извршења „коначног управног акта којим је мериторно одлучено о управној ствари“, по захтеву тужиоца. Ти услови су *кумулајтивно ѡосћављени*: 1) да би извршење коначног мериторног управног акта нанело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити; 2) да одлагање извршења није противно јавном интересу; 3) да се одлагањем извршења не наноси већа

17 ЗУС, чл. 26 ст. 6.

18 ЗУС, чл. 32.

19 ЗУС, чл. 28 ст. 2.

20 ЗУС, чл. 29.

21 ЗУС, чл. 39 ст. 2.

22 ЗУС, чл. 23 ст. 1.

ненакнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу.²³ Суд оцењује у сваком конкретном случају да ли су ти услови испуњени или нису, а тужилац у свом захтеву за одлагање извршења мора да пружи одговарајуће доказе или да бар учини вероватним да су наведени услови испуњени, посебно у погледу штете која би извршењем управног акта њему била нанета. Ако утврди да су наведени законски услови испуњени, суд може, али не мора, да одложи извршење својим решењем. У питању је његова дискрециона оцена.

Начело *судској ушврђивања чињеница на усменој јавној расправи* је јасно исказано још код правичности управног суђења. Но, касније је добрано разблажено. Наиме, да би решио управни спор *суд, њо њравилу, сџм ушврђује чињенично сџање на усменој јавној расправи*, уз сучељавања странака и њихово право да и саме изнесе чињенице и доказе које им иду у прилог. То вреди и када решава у спору ограничене јурисдикције и када решава у пуној јурисдикцији – када решава и саму управну ствар. Ово знатно јача како овлашћења, тако и одговорност Управног суда у погледу заштите права странака и остваривања објективне законитости, али и утврђивања – у самом управно-судском поступку – тачног и потпуног, тј. истинитог чињеничног стања. Оно је на линији стандарда о праву на правично суђење, о чему је било речи. Уосталом, и сам ЗУС утврђује: „У управном спору, суд одлучује на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи.“²⁴

Начело зборног суђења специјализованог суда, такође је начело управно-судског поступка. У ЗУС-у управне спорове у Србији решава Управни суд, као специјализована судска инстанца републичког ранга. У поступку по захтеву за преиспитивање одлуке Управног суда одлучује Врховни касациони суд. Што се тиче састава већа за решавање управних спорова, трочлано веће је правило, „осим ако овим законом није другачије одређено“.²⁵ Тако, у складу са Уставом,²⁶ у одређеним питањима може да суди и судија појединац. То је ЗУС-ом предвиђено код „претходног поступка“ испитивања тужбе. Тај део поступка логично претходи деоници процесног утврђивања чињеница од стране суда ради одлучивања о предмету спора. Но, судија појединац никада не може (не сме, није уопште предвиђено) доносити мериторне судске одлуке у форми пресуда. На решења судије појединца увек је допуштено улагање приговора посебном судском већу.

23 ЗУС, чл. 23 ст. 2.

24 ЗУС, чл. 2.

25 ЗУС, чл. 8.

26 Устав, чл. 142 ст. 6.

*Начело о комбиновању ограничене и њуне судске јурисдикције је прећутно исказано. У српском праву, према актуелном ЗУС-у, решавање управног спора у ограниченој јурисдикцији знатно је претежнији случај него пуна јурисдикција, премда за ову другу у важећем закону постоје много шире могућности у односу на оне прописане ранијим законом. Код *сјора ораничене јурисдикције* судска власт у управном спору своди се једино на оцену законитости тужбом оспореног акта, односно на испитивање основаности ћутања управе. То је у управном спору главна правна ствар коју је суд, поводом тужбе, дужан да расправи. Као резултат, следи одбијање тужбе или поништавање управног акта буде ли утврђена његова незаконитост (или наређивање доношења изосталог акта). Тиме је основни судски задатак обављен – спор је завршен коришћењем касаторних овлашћења суда.*

*Такође, у ограниченој јурисдикцији – без одлучивања о ствари која је била предмет предсудског поступка – суд доноси и *пресуду о утврђењу незаконитости актиа без њравних дејстава* (у сврху правне сигурности и обелодањивања противправности) и *пресуду о утврђењу да је тужени њоновии свој ранији акти који је већ једном судски њонишћен као незаконити. И утврђујућа, декларативна судска пресуда о оглашавању решења ништавим јесте вид ограничене јурисдикције; на ништавост суд иначе пази по службеној дужности.**

*Код управног спора њуне јурисдикције суд је, под законским условима, овлашћен да правно закорачи и даље од расправљања законитости оспореног (у)правног акта. Овлашћења суда су ту знатно шира, под претпоставком да претходно установи незаконитост оспореног решења. Наиме, пошто је распривио главну судску ствар у корист тужиоца, суд је овлашћен да иде до краја у заштити његових права и правних интереса. Другим речима, *суд о њредметној индивидуалној њравној ситуацији може да одлучује и мериторно, њејосредно сџм решавајући о њравима туживоца – о сџмој уњравној ствари – џако да њејова пресуда у свему замењује акти надлежној ордана. Дакле, њоред касаторних, суд џу ујоџребљава и своја реформаџјска овлашћења која су садржински уњравноњравне њрироде.**

Код спора пуне јурисдикције изричито је забрањено да се он води „када је предмет управног спора управни акт донет по дискреционој оцени“.²⁷ Важна је и законска формула према којој у појединим материјама спор пуне јурисдикције може посебним законом бити изричито искључен. Ово због особености одређених управних области (неопходност поседовања специјализованог ванправничког знања, прописима предвиђена знатна количина дискреционе управне оцене у њима

27 ЗУС, чл. 43 ст. 2.

и сл.) у којима сам суд, својом пресудом, није у стању да мериторно ваљано уреди те и такве управне ствари уместо матично надлежног органа.

Тако, *йуна јурисдикција, ѿј. решавање уйравне сйвари од сйране самої суда* у актуелном ЗУС-у бива предвиђена: а) ако природа ствари то дозвољава и ако чињенично стање, било из управног поступка, било (и) оно које је сам суд утврђивао, пружа поуздан основ за то; посреди је овлашћење суда;²⁸ б) „у случајевима када би поништење оспореног акта и поновно вођење поступка пред надлежним органом изазвало за тужиоца штету која би се тешко могла надокнадити, а суд је сам утврђивао чињенично стање“, тада је то обавеза суда;²⁹ в) ако сама странка тражи да суд својом пресудом реши управну ствар, у ком случају је то овлашћење суда; одбије ли такав захтев странке, „суд је обавезан да посебно наведе разлоге због којих тај захтев није прихватио“;³⁰ г) када орган не изврши правноснажну судску пресуду, било активно (донесе акт у супротности са пресудом),³¹ било пасивно (не донесе никакав акт противно тој својој обавези)³² – реч је о обавези суда да сам непосредно реши управну ствар (осим ако му то не допушта сама природа ствари или, пак, постоји изричита законска забрана пуне јурисдикције у одређеном случају), уместо органа управе; д) у спору због ћутања управе, „ако суд располаже потребним чињеницама а природа ствари то омогућава“; пуна јурисдикција је у том случају само овлашћење суда.³³

Начело о *судском одлучивању у разумном року* повезано је са јавним објављивањем (изрицањем) пресуде. Судски рад по тужби у управном спору завршава се јавним објављивањем (изрицањем) судске одлуке, што је такође компонента права на правично суђење. Ипак, она није – ни у домаћем, ни у европском праву и пракси – тако дословно постављена и спроведена. Поред класичног јавног, усменог објављивања судских одлука, у легитимном оптицају је и солуција да су све донете одлуке доступне на увид странкама.

Начело једносйейеностйи уйравно-судскої йосйуйка значи аушомайшкуну йравноснажностйи донейих одлука. Управно-судски поступак увек је *једносйейен*. Одлука којом се окончава поступак одмах је и *йравноснажна*. Процесно гледано, правноснажност судских одлука значи, пре свега, њихову *редовну ненайадљивостйи* од странака. *Инйейралностйи*

28 ЗУС, чл. 43 ст. 1.

29 ЗУС, чл. 43 ст. 5.

30 ЗУС, чл. 43 ст. 4.

31 ЗУС, чл. 70.

32 ЗУС, чл. 71.

33 ЗУС, чл. 45.

ујравне делатности и судске делатности има у ујравном сјору смисао појиврђивања или завршној обликовања, односно законитиој усмеравања ујравној рада од сјирание суда.

Начело обавезности судских одлука је изричито формулисано.³⁴ То саображено важи и за судска решења, немериторне одлуке о завршетку управно-судског поступка. Управно-судска пресуда има *снају законске истине* у погледу спорног односа који је њом расправљен. Тај *ауторитет и пресуђене ствари (res iudicata)*, као главно обележје судске пресуде, указује на њену редовну дефинитивност, релативну непроменљивост, на стабилност ситуације која је створена или утврђена. Обавезност правноснажних судских одлука значи њихову извршност – обавезу да се по њима поступа.³⁵ Тиме се чува и осигурава углед управног суда и практични смисао управног спора. Обавезност једне одређене управно-судске одлуке непосредно погађа странке из конкретног спора (тужиоца, туженог и заинтересовано лице), а посредно вреди и *erga omnes*. Начелно, сам суд није формално везан својом пресудом у будућим сличним случајевима: од свог става из једне пресуде он касније може и да образложено одступи.

Начело о сујсидијарној и сходној иримени иарничних иройиса је дато законски експлицитно: празнине ЗУС-а у уређивању управно-судског поступка попуњавају се одговарајућим одредбама парничног закона, и то *сходно*.³⁶ То се чини квалитативно и квантитативно примерено природи управног спора, прилагођено његовом духу и суштини. Ипак, *ирирода ујравној сјора је бијино различитија од иарнице*. Стандардно, у управно-судском поступку одлучује се непосредно само о правном питању повређености права тужиоца путем одређеног коначног појединачног јавноправног (ауторитативног) акта, о законитости једног конкретног (у)правног акта који се тиче тужиоцеве правне ствари, а не и о неком праву или обавези тужене стране. У управном спору се пред судом појављује свакад један јавноправни субјект, носилац извршно-управне власти. Но, стриктно гледано, не суди се њему – том органу (организацији) – него његовом конкретном чину, активном или пасивном држању (ћутање управе). Дакле, у управном спору једна власт – судска – ауторитативно пресуђује, на основу закона, о понашању вршиоца друге власти у појединачном случају у којем је, тужбом, изражена сумња у незаконитост тог службеног чина. Када је посреди спор због ћутања управе, спорно правно питање је експлицитно (не)издавање акта као законска службена обавеза тужене стране. Али, и ту се одлучује да ли

34 ЗУС, чл. 7 ст. 1.

35 ЗУС, чл. 68–73.

36 ЗУС, чл. 74.

је повређено једно право тужиоца: његово процесно право на одлуку уопште, на решење његове појединачне (у)правне ствари (без обзира на његову садржину).

И код грађанскоправних спорова, и код управних спорова постоји спорно неказнено правно питање изнето пред суд. Он, као независан и непристрастан арбитар, у контрадикторном правном поступку, поштујући и штитећи права супротстављених странака, треба да на постављено питање пружи мериторан и дефинитиван правни одговор, са снагом законске истине и обавезности. Од суда се очекује зналачка и ауторитативна правна заштита у датој ситуацији. Отуда је – и с обзиром на разлике, а имајући у виду и сродности парнице и управног спора – логична и оправдана сходна примена парничних прописа у управним споровима.

Правила о *ујоџреби језика у судским и другим правним њосџуџцима* важе и за управно-судски поступак. *Начело о сношењу џрошкова џосџуџка* гласи: „У управном спору о трошковима поступка одлучује суд.“³⁷

III Рангирање начела

У *џрворазредна начела чистџе уџравне џроцедуре* уврстили бисмо она која се тичу законитости, делотворности, истине, права на правни лек, правноснажности и официјелности (службеног карактера поступка). А код *уџравно-судској џосџуџка држимо да су најважнија*: правично суђење, тј. истина и законитост, као и диспозитивност, равноправност странака пред судом, правноснажност пресуда и обавезност и извршење правноснажних судских пресуда.

Нешџо мањи значај придали бисмо, *шџо се џиче ЗУП-а*: економичности, употреби језика, суспензивном и деволутивном дејству правног лека. А код ЗУС-а, у другом плану спрам претходно наведених, су: право на правни лек (будући да у актуелном законском тексту нема редовних правних лекова, већ једино оних ванредних!), несуспензивно дејство тужбе, зборно суђење, сходна примена парничних правила, пресуђење на јавној усменој расправи (са незанемарљивим изузецима), пресуђење у ограниченој јурисдикцији као правило, као и употреба језика.

Тек на концу, навели бисмо, у погледу управног поступка, предвидљивост управног одлучивања (заштиту легитимних очекивања странке само овлаш законски дотакнуту) и законске принципе сношење

трошкова поступка. Тако и код ЗУС-а, у управном спору, сношење трошкова, премда у пракси може да буде веома значајно, за тему овог рада нема превелику тежину.

IV Завршни став о компатибилности начела

Дух и смисао двају анализираних поступака отварају следеће капитално теоријско-практично питање: *да ли је ујравни спор, тј. ујравно-судски процесни сљедећег? У прилог потврдног одговору говоре, у првом реду, процесне релације ујравно-јравних средстава, особито жалбе и ујравно-судске службе, нарочито сама процесна дефинитивност судске заштите у ујравном спору, као и јравни инстинкти јуне судске јурисдикције у свим његовим елементима. У корист негативног одговора стоји, опет, битно друштво процесна позиција суда, његова независност у управном спору и старање искључиво о законитости. Суд је „изван и изнад спора“, што је принципијелно различито у односу на положај вршилаца јавне управе, који се првенствено руководи јавним интересом у управном поступку (у оба степена). И сама природа судског процесног у односу на чисто ујравно процесу значајно је друштво (већа формализованост, појачане процесне гаранције учесницима, стандард о одржавању усмене јавне расправе ради утврђивања чињеница и сл.). Што се тиче пуне судске јурисдикције, она је (у домаћем, као и већини упоредноправних система) знатно ређе обавеза суда, а чешће његово овлашћење које никада не дира у управну дискрециону оцену. Само по нужди, односно само у односу на природу појединих захтева тужилаца, суд решава уместо управе – или чак то никада и не сме да чини (немачки рецепт).*

Све у свему – имајући у виду и поставку о подели државноправних функција, уз традиционалну независност судства, па и оног специјализованог/управног, посебно у односу на целину органа и организација јавне управе – ближи смо ставу да *ујравни спор ипак није процесни сљедећег, него, појавити, крунска и дефинитивна, судска контрола управне делатности.*

С друге стране, повезаност свих побројаних начела требало би да потврди интегралност управно-процесних упоришта. Јер, домаће *ујравно-процесно јраво чине највећа нормe о ујравном процесног (ојшти јравни режим и специјални јравни режими у појединог јравних материја) и нормe посвећене ујравно-судском процесног, тј. ујравном спору.* Та два корпуса регула, како смо показали, многоструко су повезана. *Најважније тачке њиховог повезивања, односно 'мостови' тих процесног јака јесу:* предмет поступ(а)ка; начела; странке; утврђивање чињеница;

управна средства и тужба; могућност одлагања извршења; самоконтрола туженог у току спора; пуна судска јурисдикција; понављање поступ(а) ка; захтев за судско преиспитивање у одсуству жалбе; извршење управних и судских одлука; разуман рок; примена парничних прописа.

Компатибилност процесних управно-процесних начела је комплексно питање. Најпре, и за управни поступак уређен ЗУП-ом, и за управно-судски поступак по ЗУС-у – вреде поједина заједничка, или бар повезана начела. Најважнија су: *законитости решавања* (и у формалном и у материјалном смислу); *начело истине*, у вези са саслушањем странака и оценом доказа; *начело једнакости у управне одлуке*. Што се тиче овог последњег, наглашавамо да у случају одбијања тужбе од стране суда, оспорени управни акт задобија својство правноснажности.

Управни поступак и управно-судски поступак посматрају се у њиховом јединству и када се процењује да ли је поштован правни стандард решавања у разумном року. Код тога се по правилу, у пракси Европског суда за заштиту људских права и основних слобода, *почећак разумног рока рачуна од првог остварања управног акта/пуштања – стандардно од изјављивања управне жалбе, или чак још од самог почетка првостепености управног поступка*. Оцена разумности у погледу завршетка рока обично се квалификује према моменту јавне доступности донете правноснажне судске одлуке, урачунавајући ту и рок за њено извршење.³⁸

Све у свему, линија *компатибилности управно-процесних начела*, не само у овдашњем праву, могла би да се представи на следећи начин: законитост и задовољавање правно уобличеног јавног интереса, паралелно и истовремено остваривање и заштита права странака, правна сигурност оличена у правноснажности решавања, и процесни ред, континуитет управног и судског деловања, прожет временском рационалношћу одлучивања у облику правног стандарда разумног рока.

Коришћена литература

Anthony Usher John, *General Principles of EC Law*, London, 1997.

Вукадиновић Радован, *Право Европске уније*, четврто измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2006. (Vukadinović Radovan, *Pravo Evropske unije*, четврто изменјено и допуњено издање, Крагујевац, 2006)

Grabitz Eberhard, Hilf Meinhard, *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, I–V*, München, 2005.

38 Упућујемо на З. Р. Томић (2012), 140–147.

Давинић Марко, *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008. (Davinić Marko, *Evropski ombudsman i loša uprava (maladministration)*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008)

Issac Guy, *Droit Communautaire Général*, Paris, 1983.

Кошутећ Будимир, *Увод у право Европске уније*, Београд, 2006. (Košutić Budimir, *Uvod u pravo Evropske unije*, Beograd, 2006)

Lecheler Helmut, *Einführung in das Europarecht*, 2. Auflage, München, 2003.

Рабреновић Александра, „Начела ‘квалитетне управе’ у праву Европске уније“, *Јавна управа*, бр. 1/2002. (Rabrenović Aleksandra, „Načela ‘kvalitetne uprave’ u pravu Evropske unije“, *Javna uprava*, br. 1/2002)

Томић Зоран Р., *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, друго допуњено издање, Београд, 2012. (Tomić Zoran R., *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, drugo dopunjeno izdanje, Beograd, 2012)

Томић Зоран Р., *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова*, друго, преправљено и знатно допуњено издање, Београд, 2019. (Tomić Zoran R., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova*, drugo, prepravljeno i znatno dopunjeno izdanje, Beograd, 2019)

Томић Зоран Р., *Опште управно право*, четрнаесто, новелирано издање, Београд, 2021. (Tomić Zoran R., *Opšte upravno pravo*, četrnaesto, novelirano izdanje, Beograd, 2021)

Hartley Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1998.

Craig Paul, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006.

Zoran TOMIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMPATIBILITY OF PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW

Summary

The article is dealing with the principles of administrative procedural law of Serbia but is also of importance from the point of view of European principle of “good administration”. Principles of pure administrative procedure and those of administrative dispute are substantially different. But, having in mind succession in the course of administrative procedure and administrative dispute existing connection between principles of two procedures is obvious. While principle of publicity and principle of dispositivity are contrary to each other, as well as the position of the main participants in mentioned procedure, some principles, as principle of legality, principle of reasonable time for decision-making, establishing the facts at an oral public hearing, principle of finality, use of language, etc. – make them familiar.

Key words: *Principles. – Compatibility. – Administrative Procedure. – Administrative Dispute. – Administrative Procedural Law.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 15. 6. 2022.

УДК: 005.954.6:334.7(497.11) ; 349.2(497.11)

CERIF: S 141, S 144, S 146

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22202A

др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРОАКТИВАН ПРИСТУП ПРЕМА ЗАПОСЛЕНИМА ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНЕ КОМПАНИЈЕ И ПОРЕСКА ПОЛИТИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Сажетак

Послодавац је дужан да пошtuje условам и законом гарантована права запослених, док од његове пословне стравителјности и финансијских моућности зависи да ли ће запосленима, осим зараде, да пружи и неке додате поодности. Слаба комуникација између запослених, низак степен толеранције и др. стварају лошу радну атмосферу, што се недовољно одражава на пословање компаније. У раду ауторка полази од хипотезе да би друштвено одговорна компанија могла да обезбеди веће конкурентне предности уколико развија проактиван приступ према запосленима, организујући, између остало, заједничке спортивске и рекреативне активности које доприносе очувању здравља запослених, унапређењу међуљудских односа и успостављању тешиње везе између послодавца и запослених. То је нарочито важно у условима када је двојошња

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

** Рад је резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта „Савремени проблеми правног система Србије“, чији је организатор Правни факултет Универзитета у Београду.

пандемија изазвана вирусом COVID-19 довела до ирејемно виртуелних контаката, изолације и ојуђења људи. Компромисно иревазилажење различитости у мишљењима и социјална кохезија повећавају профитабилности компаније. Држава је показала спремноћ да пореским мерама подстиакне компаније на активности интерне друштвене одговорности, које посебно имају за циљ иревенливну заштитиу здравља зайослених.

Кључне речи: Друштвено одговорно иословање. – Додаћна иримања. – Пореско ослобођење. – Порез на зараде. – Заједничке сиориске и рекреативне активности зайослених.

I Увод

Модерно доба обележавају бројне промене на глобалном плану – политичке, економске, технолошке, друштвене, еколошке. Информационе технологије су постале један од главних носилаца друштвеног напретка и економског прогреса. *Dropshipping* постаје све чешћи модел посредничке продаје робе путем *online* продавница или сајтова, када се производи купују са слике са рачунара, „на невиђено“, без одласка у продавницу. Електронско фактурисање замењује „папирно“, чиме се обезбеђује већа ефикасност у пословању, али и заштита животне средине. Дигитализују се богати и вредни библиотечки фондови, успостављају се дигитални репозиторијуми, портали о културном наслеђу земље постају путем интернета доступни широкој јавности. У трансакцијама размене почињу да се користе виртуелне валуте и дигитални токени, биткоини, криптовалуте. Фиксна телефонија је готово потпуно замењена употребом мобилних и *android* телефона, који њиховим корисницима пружају различите могућности. Развој нових технологија (биотехнологије, нанотехнологије, роботике и др.) несумњиво ће човечанству донети многе повољности, али могући су и негативни и опасни утицаји (развој војне технологије доводи до даљег усавршавања нуклеарног оружја, развијања биолошког и хемијског оружја, односно акустичног и енергетског оружја и др.).¹

Све већа зависност од дигиталних технологија у сваком сегменту човековог живота утиче на његово понашање, организацију живота и однос према другим људима. Вести се, неретко непроверене, брзо шире

1 Вид. више Јован Миливојевић, Александра Кокић Арсић, Соња Грубор, Иван Савовић, Александар Алексић, „Наука и технологија у функцији квалитета живота“, Фестивал квалитетиа 2012: Национална конференција о квалитетииу живота (7-9. јун 2012), Асоцијација за квалитет и стандардизацију Србије, Крагујевац, 2012, доступно на адреси: <http://www.cqm.rs/2012/cd1/pdf/7/03.pdf>, 25. 3. 2022, В-28-В-31.

путем друштвених мрежа (*Facebook*, *Twitter* и др.); непосредна дружења замењује дописивање преко платформи *Viber* и *WhatsApp*; за пословно представљање, тражење посла или успостављање пословне сарадње користи се све чешће платформа *LinkedIn*; склапају се везе посредством интернет сајтова за упознавање, итд. Стиче се утисак да баријере између људи и машина постају мање од оних које настају у директним контактима међу људима. У условима кад је интернет постао главни извор информација, а комуникација се најчешће обавља посредством мобилних телефона и рачунара, виртуелни контакти стварају привид повезаности са много људи, а заправо се појединац осећа све више усамљено. Чини нам се да време у којем данас живимо прилично добро описују речи Светог апостола Павла: „Све ми је слободно, али све не користи. Све ми је дозвољено, али све не изграђује.“² Модерно доба свакако је донело бројне предности, али их треба знати искористити на прави начин.

Осим тога, пандемија изазвана вирусом SARS-CoV-2 утицала је на све аспекте живота – рад, приходе, поверење у институције државе, образовање, промењен концепт понашања и кретања, социјалне контакте, ментално здравље и др.³ Захтеви социјалне дистанце и рад од куће, које је пандемија наметнула, додатно су довели до отуђења међу људима, друштвене изолације, неизвесности, страха и појачаног стреса.

Са циљем да се превазиђу или ублаже неповољна обележја модерног друштва, компаније би требало да у своје пословне праксе имплементирају различите програме и активности који ће омогућити да се успоставе ближи односи између запослених, постигне њихова већа лојалност према послодавцу и гради свест о томе да се остварењем циљева компаније постиже добробит не само за компанију, него и за запослене.

II Друштвено одговорно пословање компаније и однос према запосленима

Главни (економски) циљ сваке компаније (независно од њене величине) је стицање и максимизација добити (профита), али истовремено њено пословање треба да буде друштвено одговорно и еколошки одрживо.⁴ У литератури се могу срести различите дефиниције

2 Тумачење прве посланице Коринћанима Светог апостола Павла, доступно на адреси: <https://svetosavlje.org/tumacenje-druge-poslanice-korincanima-svetog-apostola-pavla/12/>, 1. 3. 2022, 23.

3 Вид. Бобан Стојановић, Тамара Вуков, *Животи младих у Србији: Утицај КОВИД-19 пандемије*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020.

4 О критеријумима за разврставање правних лица на велика, средња, мала и микро правна лица вид. Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019 и

појма (концепта) друштвено одговорног пословања⁵ (енг. *corporate social responsibility*).⁶ Иако не постоји јединствена и прецизна дефиниција, оно што им је заједничко је да пословање компаније треба да буде организовано на начин којим се не наноси штета животној средини и друштву, не врши повреда права запослених, увећавају позитивни ефекти пословања, а иновацијама и инвестицијама стварају вредности од којих корист имају и компанија, и локална заједница, и друштво у целини.⁷ Реч је, дакле, о концепту према којем компанија „надилази своју примарну функцију стицања и расподеле профита и остварује позитиван утицај на своје радно, друштвено и природно окружење.“⁸

Компанија нема законску обавезу да примењује пословне принципе који обележавају друштвено одговорно пословање, па зато тај концепт спада у тзв. „меко право“ (енг. *soft law*).⁹ Могло би се полемисати да ли је термин „друштвена одговорност“ компаније одговарајући. С обзиром на то да свака компанија од момента оснивања има законску и економску одговорност, то претпоставља њену друштвену одговор-

44/2021, чл. 6.

- 5 Према Бауеровом мишљењу (*Raymond Bauer*), „предузећа морају озбиљно да воде рачуна о утицају својих активности на друштво“; Дејвис и Ломстром (*Keith Davis* и *Robert Lomstrom*) истичу да „доносиоци одлука у предузећу имају обавезу да избегавају спровођење активности које могу да буду штетне за друштво и да спроводе активности које доприносе повећању друштвеног благостања“; Котлер и Ли (*Philip Kotler* и *Nancy Lee*) сматрају да „опредељење предузећа треба да буде у правцу унапређења добробити друштвене заједнице, применом дискреционих пословних пракси, а на рачун ресурса предузећа“, итд. Вид. Маја Ивановић-Ђукић, „Подстицање друштвено одговорног пословања предузећа у функцији придруживања Србије ЕУ“, *Економске теме*, бр. 1/2011, 46.
- 6 У Србији се најчешће користи термин друштвено одговорно пословање, односно друштвено одговорна компанија, мада се у литератури срећу и термини корпоративна одговорност (*corporate responsibility*), корпоративна одрживост (*corporate sustainability*) и др. Вид. *CSR у Србији – анализа стања и примери добре праксе*, USAID, Форум за одговорно пословање, Београд, 2014, 8.
- 7 Вид. Стратегија развоја и промоције друштвено одговорног пословања у Републици Србији за период од 2010. до 2015. године, *Службени гласник РС*, бр. 51/2010. Пошто није продужен временски период важења Стратегије и након 2015. године, закључујемо да је Влада Републике Србије из неког разлога одустала од даљег унапређивања и развијања концепта друштвено одговорног пословања, а активну улогу у промовисању принципа корпоративне одговорности преузела је Привредна комора Србије. Више о томе доступно на адреси: <https://pks.rs/strana/sekcija/nacionalna-nagrada-za-dop-dop>, 10. 3. 2022.
- 8 Угљеша Атанацковић, „Друштвено одговорно пословање као савремени концепт бизниса“, *Школа бизниса*, бр. 1/2011, 143–144.
- 9 Вид. Ивана Б. Родић, *Меко право и управљање компанијама – кодекси корпоративне управљања и друштвене одговорности*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 16–19.

ност. Наиме, добровољност примене концепта друштвено одговорног пословања не ослобађа компанију од обавезе да држави плаћа порезе и друге фискалне дажбине и извршава све друге обавезе предвиђене различитим законима;¹⁰ могу се регистровати само оне пословне активности које су законом допуштене, компанија треба да поштује услове фер конкуренције итд. С друге стране, управо та добровољност омогућава компанији да буде иновативна у осмишљавању и реализацији различитих (законитих) активности – али које излазе из оквира оних за чије обављање је регистрована – које јој пружају могућност да проактивно делује према запосленима и истовремено повећа своју репутацију у друштвеном и тржишном окружењу.¹¹ Интерес компаније је да има што већи број запослених који су (само)иницијативни у остваривању постављених циљева и избегавању потенцијалних проблема, а истовремено на стварање доброг пословног окружења утиче развијање асертивног односа унутар компаније. Због тога сматрамо да је врло прихватљива једноставна и кратка дефиниција, према којој друштвено одговорно пословање подразумева „чинити више него што је прописано законом“,¹² на коју је указала ауторка Бахман (*Buhmann*), а коју је својевремено предложила и Комисија ЕУ.¹³

Од друштвено одговорне компаније се, између осталог, очекује да својим запосленима обезбеди што боље услове рада који не угрожавају њихово физичко здравље. Међутим, подједнако важно је сачувати и њихово добро ментално здравље. Радна атмосфера коју обележава нездрава конкуренција, нетолерантност, неспремност на компромисе,

10 Тако су, на пример, Законом о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017 и 95/2018), Законом о забрани дискриминације (*Службени гласник РС*, бр. 22/2009 и 52/2021) и Законом о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010) забрањени сви облици дискриминације и злостављања на раду (мобинг). Еколошки закони (Закон о заштити животне средине [*Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2099, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – др. закон], Закон о управљању отпадом [*Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 14/2016 и 95/2018 – др. закон], Закон о амбалажи и амбалажном отпаду [*Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 95/2018 – др. закон], Закон о заштити ваздуха [*Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 10/2013 и 26/2021 – др. закон], и др.) прописују мере и инструменте чијом применом се смањују или отклањају негативни екстерни ефекти пословања компанија, итд.

11 Упор. Mirjana Matešić, Damir Pavlović, Dino Bartoluci, *Društveno odgovorno poslovanje*, VPS Libertas, Zagreb, 2015, 11.

12 Karin Buhmann, „Corporate Social Responsibility - What Role for Law? Some Legal Aspects of CSR“, *Corporate Governance – The International Journal of Business in Society*, Nr. 2/2006, доступно на адреси: https://research.cbs.dk/files/57766153/karin_buhmann_corporate_social_responsibility_what_role_for_law_acceptedversion.pdf, 19. 3. 2022, 2.

13 Commission of the European Communities, *Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*, Brussel, 2001, 6-7[21].

завист која понекад прераста чак и у отворену мржњу ствара код запослених различите реакције – стрес, анксиозност, слабу мотивисаност, лошије пословне резултате, напуштање фирме и др. Стога смо мишљења да концепт друштвено одговорног пословања, који компаније треба да уграде у своје пословне стратегије, треба да обухвати не само заштиту Уставом¹⁴ и законом¹⁵ гарантованих права запослених, него и конструктивнији приступ који ће допринети да се унапреде односи између запослених и успостави тешња веза и боља комуникација између послодавца и запослених.¹⁶

III Организовање заједничких спортских активности и колективне рекреације запослених: порески аспект

Послодавац има обавезу да запосленом исплати зараду за обављен рад,¹⁷ али и право да запосленима обезбеди ненувчане користи и повољности. Додатна примања (енг. *fringe benefits*) не треба изједначавати са уговореним условима рада (на пример, организовање бесплатног комби превоза запосленима у ноћној смени или запосленима који раде на локацији компаније која је ван градског подручја и др.).¹⁸ Додатна примања не карактерише законска обавезност, него искључиво послодавчева пословна стратегија и његове финансијске могућности. Због тога, додатна примања треба разликовати од (категорије) других примања које је послодавац дужан да исплати запосленом¹⁹ (отпремнина при одласку у пензију, накнада трошкова погребних услуга у случају смрти члана уже породице [брачног друга или деце], накнада штете због повреде на раду или професионалног обољења, односно накнада трошкова члановима уже породице у случају смрти запосленог).²⁰

14 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 60.

15 Закон о раду, чл. 12-14.

16 Упор. У. Атанацковић, 145. О користима и позитивним ефектима друштвено одговорног пословања, вид. Тамара Властелица Бакић, Јелена Крстовић, Славица Цицварић Костић, „Пословна оправданост друштвено одговорног пословања“, *Маркејини*, бр. 3/2012, 193; Љиљана Рајновић, „Друштвено одговорно пословање у функцији побољшања привредног амбијента у Републици Србији“, *Економски вијести*, бр. 1/2016, 8.

17 Вид. Закон о раду, чл. 16 тач. 1.

18 Вид. Гордана Илић-Попов, „Друга (додатна) примања запослених у пореској и пословној политици“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013, 606.

19 Та (друга) примања се, независно од зараде, исплаћују (сваком) запосленом у случају настанка наведених догађаја.

20 Вид. Закон о раду, чл. 119 ст. 1. Осим тога, послодавац може (али нема законску обавезу) да исплати и следећа друга примања: деци запосленог старости највише до

Различите бенефиције које компанија одлучи да пружи запосленима (на пример, уплата котизације за стручне семинаре, едукације, обуке и сл., уплата основног животног осигурања свим запосленима, стварање услова унутар компаније за чување мале деце запослених или за отварање кантине за исхрану запослених по ценама нижим од тржишних, бесплатне карте за спортски или културни догађај и др.)²¹ позитивно утичу на њихову радну мотивацију и осећај задовољства,²² што их подстиче на ефикасније остваривање задатих циљева, чиме се повећава конкурентска тржишна позиција компаније.²³ С аспекта економске једнакости, додатне погодности би требало да буду обезбеђене свим запосленима. У противном, долази до неједнакости доходака,²⁴ јер иако се додатна примања, по правилу, реализују у неновчаном облику – она имају своју економску вредност,²⁵ односно повећавају економску снагу запосленог. Али, с друге стране, селективно давање погодности (на пример, плаћени термин у *sra* центру само оним запосленима који су у току претходног месеца постигли изузетне радне резултате) омогућава већу еластичност у структури зарада. Од послодавца зависи који циљ жели да постигне посредством додатних примања.

Компанија има економски интерес да финансира трошкове различитих облика усавршавања запослених који на тај начин унапређују стручна знања и радне вештине, па зато очекује да ће њихов допринос профитабилности компаније бити већи.²⁶ Међутим, компаније, нарочито због генерално врло слабе физичке активности у току протекле две године пандемије, треба да усмере посебну пажњу на стварање радних услова који ће допринети превенцији и очувању здравља запослених,

15 година живота поклон за Божић и Нову годину, као и да запосленима уплаћује премију за добровољно додатно пензијско осигурање, колективно осигурање од последица незгода и колективно осигурање за случај тежих болести и хируршких интервенција. Вид. Закон о раду, чл. 119 ст. 2 и 5.

21 Вид. Г. Илић-Попов, 605. Вид. и Poonam Lecturer, „Impact of Fringe Benefits in Current Competitive Scenario“, *International Research Journal of Commerce Arts and Science*, Nr. 6/2016, 20.

22 Вид. на пример: Ryoji Nakamura, „Fringe Benefits“, *Japan Labor Issues*, Nr. 21/2020, 14.

23 Властелица Т. Бакић, *Управљање рејутацијом њрименом концепцијом корпоративне друштвене одговорности у маркетингу и односима с јавношћу*, докторска дисертација, Факултет организационих наука Универзитета у Београду, Београд, 2012, 120. Наведено према: Т. Властелица Бакић, Ј. Крстовић, С. Цицварић Костић, 196.

24 Вид. о томе: Tali Kristal, Yinon Cohen, Guy Mundlak, „Fringe Benefits and Income Inequality“, *Research in Social Stratification and Mobility*, Nr. 4/2011, 351–352, 365.

25 О различитим методама утврђивања вредности додатних примања, вид. Г. Илић-Попов, 618–621.

26 *Ibid.*, 608.

спречавању и смањењу стреса и анксиозности, али и утицати на мање одсуствовање са посла због болести (систематски здравствени прегледи, рекреација и излети, организовање спортских активности и сл.).²⁷ Инвестирање финансијских средстава у такве погодности за запослене обезбеђује њихову већу лојалност и посвећеност компанији, повећава заинтересованост да се пронађу што боља пословна решења, запослени се ређе одлучују да промене послодавца и др. Додатна примања стварају издатке компанији, али су на средњи рок користи за компанију веће од трошкова јер она постаје конкурентнија и повећава продуктивност, што јој доноси већу добит.²⁸

У овом раду се, с аспекта друштвено одговорног пословања компаније, бавимо само погодношћу која се огледа у организовању заједничких спортских активности и колективне рекреације запослених. Са становишта успостављања кооперативне „социјалне климе“,²⁹ сматрамо да додатне погодности које су доступне свим запосленима имају значајно већи ефекат. Због тога овде јесте нагласак на *заједничким* спортским активностима и на *колективној* рекреацији. Наиме, заједничке спортско-рекреативне активности запослених су једна од активности која доприноси „стварању тима“ (енг. *team building*), са циљем побољшања међуљудских односа у компанији и стварања (у сваком смислу) здравијег пословног окружења.³⁰ Међутим, дешава се да запослени некада не може (на пример, медицински разлози му не допуштају да узме учешће у колективној рекреацији, или због породичних обавеза не може да се придружи колегама у таквим организованим активностима), а некада не жели, односно није заинтересован да користи погодност (на пример, нема склоност ка спортским активностима и рекреацији). Могли бисмо, стога, да закључимо да нису (сва) додатна примања једнако „примамљива“, односно прихватљива запосленима:³¹

27 Упор. М. Матешић, D. Pavlović, D. Bartoluci, 45.

28 Вид. P. Lecturer, 21.

29 Sandra Eden, Carlos Pabao Taboado, „General Report on the Taxation of Workers“, *Taxation of Workers in Europe* (ed. Joerg Manfred Moessner), EATLP International Tax Series, Vol. 6, 2010, 32.

30 Вид., на пример Mary Scannell, Edward E. Scannell, *The Big Book of Team Motivating Games*, McGraw-Hill, New York, 2010, 199 и даље.

31 Вид. Arleen Leibowitz, „Fringe Benefits in Employee Compensation“, *The Measurement of Labor Cost* (ed. Jack E. Triplett), University of Chicago Press, Chicago, 1983, 373. Упор. такође: Benjamin Artz, „Fringe Benefits and Job Satisfaction“, Working Paper 08–03, University of Wisconsin–Whitewater, доступно на адреси: https://www.uww.edu/Documents/colleges/cobe/economics/wpapers/08_03_Artz.pdf, 20. 3. 2022, 3; Jeffrey Clemens, Lisa B. Kahn, Jonathan Meer, „The Minimum Wage, Fringe Benefits, and Worker Welfare“, NBER Working Paper No. 24635, National Bureau of Economic Research, May 2018, доступно на адреси: <https://www.nber.org/papers/w24635>, 20. 3. 2022.

она се не могу уновчити (примера ради, запослени не може да препрода своје животно осигурање које му је уплатила компанија), нити пренети на друго лице (на пример, запослени из здравственог разлога не може да иде на планинарење које организује компанија за своје запослене, али би уместо њега радо ишао његов пунолетни син). Да додатна примања не би била у „зони индиференције“ запослених, послодавац треба да понуди оне погодности које запослени препознају као значајне, односно чијих користи или повољности су свесни.³²

Неколико је разлога због којих додатна примања, по правили, имају исти порески третман као зарада:³³ правичност, односно једнакост између запослених, ефикасна алокација економских ресурса и очување пореске основице, односно спречавање њене ерозије.³⁴ Уколико не постоји разлика у њиховом опорезивању, одлука послодавца да запосленима обезбеди додатне погодности заснована је искључиво на пословним, непореским разлозима.³⁵ Ако би, међутим, додатна примања била издвојена из обухвата зараде и мање порески оптерећена, послодавац би могао да прибегне нелегитимној пореској евазији и део зараде исплаћује путем неновчаних додатних примања. Осим тога, значајна разлика у финансијским могућностима за давање додатних погодности запосленима која постоји између великих мултинационалних компанија и средњих и малих фирми могла би да буде један од разлога дисторзија на тржишту.³⁶

Српски порески законодавац је код погодности организовања заједничких спортских активности и колективне рекреације³⁷ учинио

32 Вид. Hussein Ashatu, „Employees’ Awareness and Perceptions of Fringe Benefit Packages“, *International Journal of Business and Management Studies*, Nr. 2/2011, 45.

33 На зараду у коју се, између осталих, укључују и примања остварена чињењем или пружањем погодности, обрачунава се и плаћа по одбитку порез по стопи од 10%, као и доприноси за обавезно социјално осигурање по збирној стопи од 36,05%. Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 93/2012, 114/2012, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020, 44/2021 и 118/2021, чл. 14 ст. 1 и чл. 16; Закон о доприносима за социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 47/2013, 108/13, 57/14, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020, 44/2021 и 118/2021, чл. 44 ст. 1.

34 Вид. Bradford L. Ferguson, „Income Tax Treatment of Employee Fringe Benefits“, *Proceedings of the Annual Conference on Taxation Held under the Auspices of the National Tax Association – Tax Institute of America*, Vol. 74, National Tax Association, 1981, доступно на адреси: <http://www.jstor.org/stable/42911838>, 23. 3. 2022, 97.

35 Вид. о томе Г. Илић-Попов, 606–608.

36 Вид. R. Nakamura, 18–19.

37 Колективна рекреација не треба да се поистовећује са здравственом рекреацијом (у смислу здравствене рехабилитације). Вид. Г. Илић-Попов, 615.

изузетак од општег правила да се сва додатна примања (у различитим облицима)³⁸ опорезују као саставни део зараде. Указаћемо најпре на одређена законодавчева „лутања“ која могу да делују да су само језичке природе, али, у ствари, опредељују (пореску) природу тих активности. Наиме, иницијално је законом било предвиђено да се „порез на зараде не плаћа на *издајке њослодавца* у циљу стварања и одржавања услова за рекреацију запослених на радном месту (издаци за изградњу и/или набавку опреме за рекреацију на радном месту), накнаде трошкова колективне рекреације запослених, односно организовања спортских догађаја и активности запослених које се спроводе у циљу побољшања здравља запослених и/или изградњи бољих односа између самих запослених, односно запослених и послодавца.“³⁹ Из такве формулације нејасно је да ли су такве послодавчеве активности могле да се сматрају додатним примањем запосленог. Вероватно увидевши да је законска формулација непрецизна, долази до њене измене, са применом од 1. 1. 2020. године, и она сада гласи: „Не плаћа се порез на зараде на *примања зайосленој њо основу њојодности* за чије пружање, у циљу стварања услова за рекреацију запослених на радном месту, послодавац има издатке за изградњу просторија и/или набавку опреме за рекреацију, по основу накнаде трошкова колективне рекреације запослених, односно организовања спортских догађаја и активности запослених које се спроводе у циљу побољшања здравља запослених и/или изградњи бољих односа између самих запослених, односно запослених и послодавца.“⁴⁰

Дакле, порез на зараде, а то значи и припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање,⁴¹ не обрачунавају се и не плаћају на поменута примања која представљају погодност за запосленог, али су

38 ЗПДГ, чл. 14 ст. 1.

39 Вид. чл. 18а ст. 1 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана (који је почео са применом од 1. 1. 2019. године), *Службени гласник РС*, бр. 95/2018. Слична формулација садржана је (и даље) у подзаконском акту, у којем се наводи да се њиме „ближе уређују услови за остваривање права на пореско ослобођење у вези са *издацима њослодавца* у циљу стварања и одржавања услова за рекреацију запослених на радном месту, накнадама трошкова колективне рекреације запослених, односно организовања спортских догађаја и активности запослених које се спроводе у циљу побољшања здравља запослених и/или изградњи бољих односа између самих запослених, односно запослених и послодавца.“ Вид. Правилник о остваривању права на пореско ослобођење по основу организовања рекреације, спортских догађаја и активности за запослене - Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 50/2019, чл. 1.

40 Вид. чл. 18а ст. 1 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 86/2019.

41 У основицу доприноса за запослене и за послодавце не урачунавају се примања која запослени оствари од послодавца, а на која се не плаћа порез на зараде. Вид. Закон о доприносима за социјално осигурање, чл. 13 ст. 5.

истовремено издатак за послодавца. Реч је о трошковима које има послодавац да би створио услове за рекреацију запослених на радном месту⁴² (на пример, трошкови набавке опреме и реквизита за рекреацију, улагања у адаптацију просторије која је довољно пространа и има добру природну вентилацију), затим накнади трошкова колективне рекреације⁴³ (на пример, месечни или годишњи закуп одређеног броја термина у спортској хали или спортском центру, услуге коришћења теретана, базена, затворених или отворених спортских терена и др.), као и трошковима организовања спортских догађаја и активности за запослене (на пример, мали фудбал за мушкарце, одбојка за жене и др., а у улози противничког тима могла би да се нађе екипа запослених друге компаније). Услов за остваривање права на пореско ослобођење је да сви запослени имају једнако право на коришћење просторија, опреме и реквизита за рекреацију,⁴⁴ односно право на рекреацију исте врсте, квалитета и обима.⁴⁵ Кад је реч о организовању спортских догађаја, односно спортских активности запослених предвиђено је да најмање 70% запослених од укупног броја запослених мора да има право да учествује у њима, односно најмање 70% запослених од броја запослених који имају право на учешће мора да користи те активности.⁴⁶ У минимални број запослених који су користили право учешћа, а који даје право на пореско ослобођење, урачунавају се и они запослени који су из одређеног разлога, који потврђују релевантном документацијом, били спречени да користе то право (на пример, у време организовања спортског догађаја или активности били су на боловању, одобреном одсуству или службеном путу, користили су годишњи одмор и др.).⁴⁷

Општим актом послодавца мора да буде уређено право да сви запослени под једнаким условима⁴⁸ могу да користе погодности, а од

42 Вид. Правилник, чл. 2.

43 Правилник, чл. 3 ст. 2.

44 Уколико компанија запошљава велики број лица или је физички дислоцирана (на пример, у више градова у Србији), она мора да обезбеди довољно опреме, односно друге сопствене просторије за ту намену да би сви (заинтересовани) запослени имали услове за рекреацију на радном месту.

45 Вид. Правилник, чл. 2 ст. 1 тач. 4 и ст. 3.

46 Послодавац доказује испуњеност услова „значајног броја запослених“ (који је законодавац определио процентом од нешто више од две трећине запослених) документацијом из које се јасно види да је позив за учешће у спортском догађају или активности био упућен свим запосленима, као и подношењем пореском органу евиденције учешћа.

47 Правилник, чл. 5 ст. 4.

48 У том смислу, сваки запослени може у току месеца да, на трошак послодавца, искористи исти број термина за вежбање у теретани, с тим што термини могу да буду

личног избора сваког појединца, као и од његовог здравственог стања⁴⁹ зависи да ли ће их користити. Другим речима, неостваривање расположиве погодности не може се сматрати неједнаким третманом запослених. С друге стране, компанија не може да буде порески „санкционисана“, односно не може да јој се ускрати право на пореско ослобођење због разлога (објективног или субјективног) који је искључиво на страни запосленог.

Осим претходно наведених услова, за остваривање права на ослобођење од пореза на зараде неопходно је да послодавац документује врсту и висину свих издатака које је имао у вези са стварањем услова за рекреацију на радном месту, односно да Пореској управи поднесе веродостојну документацију о трошковима колективне рекреације, или трошковима организовања спортских догађаја и активности. Такође, послодавац има обавезу да сва плаћања у вези са издацима, односно плаћања трошкова врши директно на рачун добављача.⁵⁰ Сматрамо да су та два услова посебно важна да би се спречиле нелегитимне радње којима би компанија могла да изигра интенцију законодавца, односно злоупотреби коришћење права на пореско ослобођење. Уколико нису у кумулацији испуњени сви претходно наведени услови, примање по основу погодности организовања заједничких спортских активности и колективне рекреације има порески третман зараде.

С обзиром на то да су запослени у Србији навикли да уговарају зараду у нето износу и, уз то, често нису свесни да су додатна примања део њихове зараде, они извесно не препознају ефекат ослобођења од плаћања пореза на зараде и припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање. Међутим, послодавцу је тако смањен порески терет на чинилац рада. Уз то, он има пореску корист и код пореза на добит правних лица. Наиме, иако погодности организовања заједничких спортских активности и колективне рекреације не деле пореску судбину зараде, оне компанији стварају издатке. Ако су испуњени сви усло-

у времену које њему највише одговара. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 401-00-1054/2019-04 од 12. 8. 2019. године.

49 Експертиза медицине рада може да укаже на нужну разлику у остваривању права на рекреацију за запосленог, али то не може да утиче на право послодавца да користи пореско ослобођење. Вид. ЗПДГ, чл. 18а ст. 3.

50 Вид. Правилник, чл. 2 ст. 1 тач. 2, чл. 3 ст. 1 тач. 4, чл. 5 ст. 1 тач. 5. Компанија мора да обрачуна и плати порез на додатну вредност на услуге добављача, уколико је он регистрован као обвезник пореза на додатну вредност. Уколико послодавац уплати одређена финансијска средства на рачун синдиката, а затим синдикат из тих средстава врши давања запосленима (на пример, за рекреацију), таква примања се опорезују као део зараде. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-388/2019-04 од 12. 8. 2019. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-114/2019-04 од 12. 8. 2019. године.

ви предвиђени Правилником, компанији се признају трошкови документовани за те намене на терет расхода у пореском билансу.⁵¹ На тај начин, осим ослобођења од пореза на зараде и доприноса за обавезно социјално осигурање, компанија умањује опорезиву добит, односно износ пореза на добит.

IV Закључак

Компаније треба да развијају пословање на економским, еколошким и друштвеним принципима које обезбеђује одрживи развој. Проактиван приступ према запосленима омогућава да се друштвени развој усклади са већом конкурентношћу компаније. Инвестирање у активности које доводе до социјалне кохезије запослених утиче на ефикасније пословање, боље пословне резултате и, последично, долази до поврата уложених средстава. Сматрамо да би *pro futuro* већа пажња требало да буде усмерена на интерне активности друштвено одговорног пословања, односно да компаније покажу већу иницијативу кад је реч о улагању у људске ресурсе и нарочито превенцију здравља запослених, али и изградњу позитивног („нетоксичног“) радног окружења. Првенствено су велике мултинационалне компаније заинтересоване да различитим облицима погодности привуку и задрже квалитетне раднике и обезбеде што бољу конкурентску позицију на тржишту, али су истовремено и порески мотивисане јер на тај начин могу легално и легитимно да умање порез на добит. Стога, погодности организовања заједничких спортских активности и колективне рекреације стварају *win-win* ситуацију и за послодавца, и за запослене.

Коришћена литература

- Artz Benjamin, „Fringe Benefits and Job Satisfaction“, Working Paper 08–03, University of Wisconsin–Whitewater, доступно на адреси: https://www.uww.edu/Documents/colleges/cobe/economics/wpapers/08_03_Artz.pdf, 20. 3. 2022.
- Ashatu Hussein, „Employees’ Awareness and Perceptions of Fringe Benefit Packages“, *International Journal of Business and Management Studies*, Nr. 2/2011.

51 Вид. Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 142/2014, 91/2015, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021, чл. 9 ст. 2. Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-1068/2016-04 од 8. 12. 2016. године.

- Атанацковић Угљеша, „Друштвено одговорно пословање као савремени концепт бизниса“, *Школа бизниса*, бр. 1/2011. (Atanacković Ugļeša, „Društveno odgovorno poslovanje kao savremeni koncept biznisa“, *Škola biznisa*, br. 1/2011)
- Бакић Властелица Т., *Управљање репутацијом применом концепција корпоративне друштвене одговорности у маркетингу и односима с јавношћу*, докторска дисертација, Факултет организационих наука Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Bakić Vlastelica T., *Upravljanje reputacijom primenom koncepta korporativne društvene odgovornosti u marketingu i odnosima s javnošću*, doktorska disertacija, Fakultet organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)
- Buhmann Karin, „Corporate Social Responsibility – What Role for Law? Some Legal Aspects of CSR“, *Corporate Governance – The International Journal of Business in Society*, Nr. 2/2006, доступно на адреси: https://research.cbs.dk/files/57766153/karin_buhmann_corporate_social_responsibility_what_role_for_law_acceptedversion.pdf, 19. 3. 2022.
- Властелица Бакић Тамара, Крстовић Јелена, Цицварић Костић Славица, „Пословна оправданост друштвено одговорног пословања“, *Маркетинг*, бр. 3/2012. (Vlastelica Bakić Tamara, Krstović Jelena, Ciccvarić Kostić Slavica, „Poslovna opravdanost društveno odgovornog poslovanja“, *Marketing*, br. 3/2012)
- Eden Sandra, Pabao Taboado Carlos, „General Report on the Taxation of Workers“, *Taxation of Workers in Europe* (ed. Joerg Manfred Moessner), EATLP International Tax Series, Vol. 6, 2010.
- Ивановић-Ђукић Маја, „Подстицање друштвено одговорног пословања предузећа у функцији придруживања Србије ЕУ“, *Економске теме*, бр. 1/2011. (Ivanović-Đukić Maja, „Podsticanje društveno odgovornog poslovanja preduzeća u funkciji pridruživanja Srbije EU“, *Ekonomске teme*, br. 1/2011)
- Илић-Попов Гордана, „Друга (додатна) примања запослених у пореској и пословној политици“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2013. (Ilić-Popov Gordana, „Druga (dodatna) primanja zaposlenih u poreskoj i poslovnoj politici“, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2013)
- Kristal Tali, Cohen Yinon, Mundlak Guy, „Fringe Benefits and Income Inequality“, *Research in Social Stratification and Mobility*, Nr. 4/2011.
- Lecturer Poonam, „Impact of Fringe Benefits in Current Competitive Scenario“, *International Research Journal of Commerce Arts and Science*, Nr. 6/2016.

- Leibowitz Arleen, „Fringe Benefits in Employee Compensation“, *The Measurement of Labor Cost* (ed. Jack E. Triplett), University of Chicago Press, Chicago, 1983.
- Matešić Mirjana, Pavlović Damir, Bartoluci Dino, *Društveno odgovorno poslovanje*, VPŠ Libertas, Zagreb, 2015.
- Миливојевић Јован, Кокић Арсић Александра, Грубор Соња, Савовић Иван, Алексић Александар, „Наука и технологија у функцији квалитета живота“, *Фестивал квалитета 2012: Национална конференција о квалитету живота (7–9. јун 2012)*, Асоцијација за квалитет и стандардизацију Србије, Крагујевац, 2012, доступно на адреси: <http://www.cqm.rs/2012/cd1/pdf/7/03.pdf>, 25. 3. 2022. (Milivojević Jovan, Kokić Arsić Aleksandra, Grubor Sonja, Savović Ivan, Aleksić Aleksandar, „Nauka i tehnologija u funkciji kvaliteta života“, *Festival kvaliteta 2012: Nacionalna konferencija o kvalitetu života (7–9. jun 2012)*, Asocijacija za kvalitet i standardizaciju Srbije, Kragujevac, 2012, dostupno na adresi: <http://www.cqm.rs/2012/cd1/pdf/7/03.pdf>, 25. 3. 2022)
- Nakamura Ryoji, „Fringe Benefits“, *Japan Labor Issues*, Nr. 21/2020.
- Рајновић Љиљана, „Друштвено одговорно пословање у функцији побољшања привредног амбијента у Републици Србији“, *Економски видци*, бр. 1/2016. (Rajnović Ljiljana, „Društveno odgovorno poslovanje u funkciji poboljšanja privrednog ambijenta u Republici Srbiji“, *Ekonomski vidici*, br. 1/2016)
- Родић Ивана Б., *Мeko право и управљање компанијама – кодекси корпоративног управљања и друштвене одговорности*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016. (Rodić Ivana B., *Meko pravo i upravljanje kompanijama – kodeksi korporativnog upravljanja i društvene odgovornosti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016)
- Стојановић Бобан, Вуков Тамара, *Живот младих у Србији: Утицај КОВИД-19 пандемике*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2020. (Stojanović Boban, Vukov Tamara, *Život mladih u Srbiji: Uticaj KOVID-19 pandemije*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2020)
- Scannell Mary, Scannell Edward E., *The Big Book of Team Motivating Games*, McGraw-Hill, New York, 2010.
- Ferguson Bradford L., „Income Tax Treatment of Employee Fringe Benefits“, *Proceedings of the Annual Conference on Taxation Held under the Auspices of the National Tax Association – Tax Institute of America*, Vol. 74, National Tax Association, 1981, доступно на адреси: <http://www.jstor.org/stable/42911838>, 23. 3. 2022.

Clemens Jeffrey, Kahn Lisa B., Meer Jonathan, „The Minimum Wage, Fringe Benefits, and Worker Welfare“, NBER Working Paper No. 24635, National Bureau of Economic Research, May 2018, доступно на адреси: <https://www.nber.org/papers/w24635>, 20. 3. 2022.

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD

Full professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, Serbia

SOCIAL RESPONSIBLE COMPANY’S PROACTIVE APPROACH TOWARDS EMPLOYEES AND TAX POLICY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The employer is obliged to respect employees’ rights guaranteed by the Constitution and the laws, whereas he can provide the employees with some benefits in addition to the salary which depends on his business strategy and financial capabilities. Poor communication among employees, low level of tolerance etc. create a bad working atmosphere, which adversely affects the company’s business. In the paper the author starts from the hypothesis that a socially responsible company could provide greater competitive advantages if it develops a proactive approach to the employees organizing, among others, joint sports and recreational activities that contribute to preserving their health, improving interpersonal relations and establishing closer ties between the employer and the employees. This is especially important under the situation when the two years’ pandemic caused by the COVID-19 virus has led to predominantly virtual contacts, isolation and alienation. Both compromise as a way to overcome different opinions and social cohesion increase the company’s profitability. The state has shown readiness to encourage by tax measures the companies to implement the activities of the internal social responsibility which are particularly aimed at the preventive protection of the employees’ health.

Key words: Corporate Social Responsibility. – Fringe Benefits. – Tax Allowance. – Salary Tax. – Joint Sports and Recreational Activities of Employees.

Датум пријема рада: 7. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 30. 5. 2022.

УДК: 346.546 ; 339.137.025 ; 334.75

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22203A

др **Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ**^{*}
редовни професор Универзитета у Београду – Факултета политичких наука, Србија

ВЕРТИКАЛНИ (РЕСТРИКТИВНИ) СПОРАЗУМИ: ЕФЕКТИВНОСТ УПРКОС РИЗИКУ ОД НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ^{**}

Сажетак

Рад има за циљ сагледавање различитих нивоа ризика од нарушавања конкуренције код вертикалног споразумевања и резултантне одлуке о правој последици, у распону од per se забране до квалификовања посла као рестриктивног, уз акцендовање значаја примене de minimis правила. Представљен је теоријски модел који, на основу квантитативно-квалитативних критеријума, препознаје различите основе за остваривање ефективности вертикалних договора, упркос ризику.

Закључује се да је ризик од нарушавања конкуренције који вертикални споразуми носе у случају неопстојања доминантног положаја тржишног учесника представљено низак, чему би било упутило даље угодобитно решења о заштити конкуренције у домаћем праву. Први

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

** Рад је подржан средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на основу Уговора о реализацији и финансирању научно-истраживачког рада НИО у 2022. години, број: 451-03-68/2022-14.

корак у том правцу би могао да буде проширење поља вертикалног споразумевања мањеј значаја, подизањем висине појединачних удела учесника на релевантним тржиштима.

Кључне речи: Вертикални споразум. – Ризик од нарушавања конкуренције. – Правило *de minimis*. – Изузимање од забране. – Нарушавање услова конкуренције.

I Правна природа

Рестриктивни споразум представља сагласну изјаву воља тржишних субјеката која за циљ или последицу има повреду конкуренције. Сложеност њихове правне природе проистиче из облигационо-правног полазишта и концепта аутономије воље и исходишта који претпоставља ризик од нарушавања конкуренције за трећа лица. У правном смислу, акценат је на договору о заједничком наступању, односно сарадњи, на који се надовезује економски *ratio* посла у домену искоришћавања предности економије обима и снижења трошкова. Оваква легитимна пословна концепција, међутим, у контексту тржишног амбијента за циљ или последицу може имати повреду интереса других субјеката и нарушавање услова конкуренције, сходно чему се квалификује као недозвољен.

Naturalia negotii рестриктивног споразумевања су: постојање договора у било којој форми, па и усаглашеног понашања између субјеката; циљ или последица се односе на ограничавање, нарушавање или спречавање слободног надметања на одређеном, релевантном тржишту; наметање сопствених услова пословања, по основу повлашћеног положаја; остваривање ванредне материјалне користи, посредне или у виду екстрапрофита; нарушавање интереса конкурената, потрошача и друштва у целини.¹

За квалификацију једног споразума као рестриктивног најважнији тест представља анализа критеријума циљног или последичног спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције.² Циљна ограничења се утврђују испитивањем субјективне воље, односно намера и мотива који су претходили одређеној радњи учесника споразума.³

1 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2012, 155.

2 Закон о заштити конкуренције – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 10 ст. 1. Претходно важећи Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, чл. 7 ст. 1 је противправност рестриктивног споразумевања рефлектовао шире, тако да су забрањени акти који имају, али и могу имати за циљ или последицу повреду конкуренције.

3 Ни намера без дела, нити дело без намере.

Теорија последице предвиђа постојање узрочног односа између вертикалног споразумевања и повреде конкуренције.⁴

Полазећи од биполарног модела класификације, који узима у обзир субјективни критеријум (не)конкурентског односа учесника посла или функционални критеријум нивоа производње, односно промета, рестриктивни споразуми се јављају као хоризонтални и вертикални. У случају договора конкурената, као тржишних учесника на истом нивоу ланца производње и промета, реч је о хоризонталном споразуму, док се вертикални правни посао закључује између субјеката који послују на различитим нивоима производње, односно промета роба или услуга, и стога му је иманентна позитивна претпоставка нижег степена рестриктивности. Мешовити су споразуми који садрже елементе обе категорије.

Учесници вертикалног споразума се не налазе у конкурентском односу, послују на различитим тржиштима и једна уговорна страна се јавља у својству продавца, а друга купца производа, односно услуга. Предмет уговора, односно договорне праксе је размена и уговарају се услови под којима стране могу куповати, продавати или препродавати робу или услуге. Економски мотив вертикалног споразумевања је везан за специјализацију засновану на подели рада, и резултантно снижење трошкова пословања, повећање пословне ефикасности и профита, освајање нових тржишта и ширење круга корисника производа или услуга.⁵

Правни формати који прате овај договор о подели рада и профилисању међусобних права и обавеза два правно самостална, али тржишно функционално повезана субјеката могу бити различити, а као најзначајнији у пословној пракси се јавља уговор о дистрибуцији, којим произвођач даје овлашћење дистрибутеру, као самосталном тржишном учеснику, да у своје име и за свој рачун даље пласира производ на одређеном географском простору.⁶ Иманентан му је принцип искључивости,⁷ и то како у домену слободе уговарања на облигацио-

4 Стеван Шогоров, „Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније“, *Правни и економски оквири укључивања јурословенских иривредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније* (ур. Радован Д. Вукадиновић), Крагујевац, 1994, 57.

5 Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, 312.

6 Душан Поповић, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2012, 210.

7 Квантитативна ограничења се исказују кроз селекцију дистрибутера, путем прописивања најмањег броја јединица производа које дистрибутер мора да купи да би правни посао био закључен, чиме се ризик пословања продавца значајно смањује, или прописивањем највећег броја јединица које дистрибутер може да купи, чиме се подстиче диверсификација дистрибутивне мреже.

но-правном терену, тако и права функционалне конкуренције, а рестриктивност клаузула се јавља у погледу ограничавања, па и укидања права дистрибутера да набавља робу од других лица,⁸ могућности дистрибуције друге робе која би била конкурентна, затим ограничења које се намеће снабдевачу да робу испоручује другим дистрибутерима, као и да је на односном тржишту дистрибуира самостално.⁹ Уважава се право произвођача као првог и најснажнијег у пословном ланцу да даљи промет, у смислу услова продаје робе спрам потрошача, буде организован на начин који сматра целисходним.¹⁰ Однос произвођача и продавца у одређеном сегменту може се квалификовати као агенцијски проблем који подразумева њихову различиту позицију спрам циљева и информација.¹¹ Уговори о дистрибуцији, превасходно због позитивних ефеката у домену унапређења организације пословања, подобни су да буду изузети од општег режима забране рестриктивних споразума.¹²

Рестриктивни вертикални споразуми се сходно супстанцијалном критеријуму могу јавити у три категорије, полазећи од природе ограничења која им је иманентна и односи се на ценовна, квантитативна или ограничења ексклузивности.¹³

Рад има троструки циљ. Указује се најпре на амбивалентност правне природе вертикалних споразума у погледу потенцијалног нарушавања конкуренције, а затим анализирају основаност и домен оборивости претпоставке да конкуренција вертикалним договором није значајно нарушена. Испитивањем оправданости примене *de minimis* и правила разума долази се до тростепеног модела ефективности вертикалних споразума, градацијски спрам претпостављеног ризика од нарушавања конкуренције. Најзад, предлаже се измена критеријума висине тржишног удела учесника споразума на тржиштима, узводном и низводном, на којима он производи дејство.

8 Christopher Stothers, *Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Portland, 2007, 210.

9 Миодраг Мићовић, „Јавно-правни и материјално-правни аспекти уговора о дистрибуцији“, *Правни живоић*, бр. 11/2013, 291.

10 Произвођач има разумљив интерес да задржи пословну везу са дистрибутером превасходно ради остваривања надзорне функције у циљу максимизације профита, како би што већи број јединица производа био продаг по највишој цени која је купцима прихватљива. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, Душан В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019, 69.

11 *Ibid.*, 70; Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005, 973.

12 Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране – Уредба, *Службени гласник РС*, бр. 11/2010, чл. 3 ст. 1 тач. 1–3.

13 Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 71.

II Правни режим

Полазна је правна претпоставка да се вертикални споразум који за циљ или резултат има повреду конкуренције сматра забрањеним и да за правну последицу има ништавост.¹⁴ Овакав правни посао омогућава повлашћени положај у односу на остале тржишне учеснике и наноси штету интересима крајњих потрошача и целокупног економског јавног поретка, следствено чему је основ недопуштености не само емпиријски (јер се један сегмент тржишта затвара), већ и етички, с обзиром на то да се њиме штета наноси не само конкурентима, већ и потрошачима и широј заједници.¹⁵

Забрана је ограничена на два начина: један се односи на знатност повреде, а други на могућност изузимања од забране. Примена квантитативног критеријума подразумева опортуни приступ у виду позитивне претпоставке да незнатност радње не резултира ефективном последицом, што отвара врата за присуство начела „*De minimis non curat lex*“¹⁶ у сфери рестриктивних споразума. Дакле, иако повреда постоји, споразум уз присуство свих других елементата неће бити квалификован као рестриктиван уколико она није знатна, и то у квантитативном смислу који се везује за висину тржишног удела. Са друге стране, применом квалитативног критеријума оставља се могућност изузетака, посебних и појединачних случајева, у односу на опште правило забране рестриктивног споразумевања – за договоре који неспорно јесу рестриктивни и то ограничење јесте значајно.

Вертикални споразуми, иако се закључују између пословних субјеката који се не налазе у односу међусобне конкуренције, носе потенцијални ризик рестриктивности, и то првенствено у домену нарушавања конкуренције између продаваца.¹⁷ Реч је о негативном ефекту који се претпоставља, и то аналогно правном режиму хоризонталних споразума. У другом кораку, међутим, обухват изузимања од режима забране биће у случају вертикалног споразумевања шири, првенствено због нижег степена штетних последица који му је као договору неконкурентата предиктивно иманентан. Коначан став о допуштености

14 Ништавост одредбе не повлачи нужно и ништавост уговора. 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. 105 у вези са чл. 14.

15 Александар Голдштајн, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/1961, 16.

16 Ситнице не штете праву.

17 Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 74.

вертикалног споразума претпоставља вишестепено преиспитивање полазне претпоставке о недопуштености, које се одвија у три фазе.

Најпре, споразум неће бити квалификован као рестриктиван и тиме забрањен уколико је могуће применити *de minimis* правило, у смислу испуњености два услова: реч је о висини која је мања од 15% удела за сваку од страна на односном (њеном) релевантном тржишту и није реч о споразуму о ценама или подели тржишта.¹⁸ Уколико се ради о рестриктивном вертикалном споразуму, који за циљ или последицу има значајно нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције, следећи битан елемент анализе се тиче поседовања доминантног положаја учесника споразума.¹⁹ У случају постојања вертикалних ограничења и непостојања доминантног положаја, закључак иде у правцу непостојања опасности по нарушавање услова конкуренције.²⁰

Следећи ниво оцене подразумева примену правила разума и свеобухватно сагледавање позитивних и негативних ефеката вертикалног споразума. Премда иницијално неспорно оцењен као рестриктиван, споразум се услед значаја позитивних ефеката може изузети из режима забране по два сценарија: посебног, када је реч о групном, односно категоријалном изузећу или у случају појединачног изузимања, када је заправо реч о ороченом ослобађању од забране као исхода поступка који, по захтеву учесника споразума, води надлежни орган.²¹

У трећој фази процене ризика од нарушавања конкуренције вертикалног споразума тежиште анализе се помера са објективне равни, која се односи на могућност примене *de minimis* и правила разума, на субјективни аспект, са активном улогом учесника споразума. Модел нагодбе подразумева да иако је утврђена основаност претпоставке о постојању повреде конкуренције и резултантно покренут поступак, могуће је да он на предлог странке буде прекинут, уколико се на основу договорених мера и обавеза предупреди претпостављена опасност или евентуална будућа повреда конкуренције.

Са друге стране, постоји могућност изузимања од санкција учесника споразума, чија се противправност, а тиме и неоснованост његове ефективности не доводи у питање применом института *leniency*, односно ослобађања или умањења обима новчане казне по основу мере заштите конкуренције. Отпочињање поступка или његово ефикасније окончање

18 Закон, чл. 14.

19 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, 486.

20 Ово су случајеви противуречног конкурентског ефекта, с обзиром на то да је његов ниво између продаваца снижен, док је на страни произвођача повећан. Вид. Б. Беговић, В. Павић, Д. Поповић, 76.

21 У домаћем праву – Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије.

остварује се у овом случају на основу достављања информација учесника о договору, за изузимање од санкција заузврат.

III Претпоставка ниског нивоа ризика

Квалификација рестриктивности споразума као битан елемент препознаје знатност повреде конкуренције. *De minimis* правило подразумева да ће споразум, иако ограничавајући по конкуренцију, бити допуштен уколико је реч о повреди која није значајна. Хоризонтални, вертикални и мешовити договори неће се сматрати у формално-правном смислу рестриктивним споразумом уколико у значајној мери не ограничавају тржишно такмичење,²² односно у ситуацији када је њихов стварни утицај на конкурентски амбијент од минорног значаја.

Процена основаности примене *de minimis* правила је двостепена. У првом, који је позитивно профилисан и квантитативне природе, примењују се показатељи о висини тржишног удела. Други степен анализе је негативно постављен и подразумева квалитативне показатеље у циљу провере да ли се ради о договору који је, директно или индиректно, циљно усмерен на *per se* неприхватљиво и штетно тржишно понашање.²³

Вертикалним споразумима имантентан је претпостављени нижи степен ризика од нарушавања конкуренције и стога је могућност примене правила шире профилисана у односу на хоризонталне уговоре. Процена конкурентско-правне допуштености испитује се у сваком појединачном случају, а ограничавање конкуренције ће пре бити последица, него циљ споразума.²⁴

У том смислу је значај примене *de minimis* правила велики и подразумева толеранцију према екстензивном кругу вертикалних споразума тржишних учесника којима се врши повреда принципа неометане конкуренције, услед околности да је последично нарушавање конкуренције мало до занемарљиво. Примена начела незнатног ограничења конкуренције посебан значај има у сфери кооперативних споразума између микро, малих и средњих привредних субјеката, који се

22 Обавештење о споразумима мале вредности који знатно не ограничавају тржишно надметање на основу чл. 101 ст. 1 Уговора о функционисању Европске уније (*Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union [De Minimis Notice]*, OJ L C 291/1, 30. 8. 2014; даље у фуснотама: Обавештење *de minimis*), тач. 2.

23 R. Whish, D. Bailey, 140.

24 Посебну категорију у том смислу чине вертикални споразуми који су за последицу, у корелацији са другим околностима, каткад и противно очекивањима, имали нарушавање конкуренције, која је и за учеснике била неочекивана, дакле и нежељена, а на коју се примењује теорија објективне повреде.

управо подстичу минимизирањем потенцијалне опасности од изрицања санкција услед квалификације таквог договора као рестриктивног. Као забрањени се перципирају само они правни послови који имају битан ефекат на тржишне услове и који у значајној мери врше утицај на тржишне односе.

Вертикални споразуми малог значаја са аспекта поседовања ограничавајућег потенцијала по нарушавање услова конкуренције у домаћем праву се квалификују након спроведене провере основаности примене двостепеног *de minimis* правила. Општи услов квантитативне природе подразумева договор тржишних учесника чији укупни удео на релевантном тржишту производа или услуга на територији Републике Србије није већи од 15%. У случају мешовитог споразума, као и ситуацији када је идентитет споразума тешко одредити, примењује се праг од 10% тржишног удела с обзиром на комбиновано присуство елемената вертикалног и хоризонталног договарања, који је предвиђен и за хоризонталне послове са вишим претпостављеним степеном ризика од нарушавања конкуренције.²⁵ Споразум који испуни наведени критеријум и не пређе праг тржишног удела, подвргава се квалитативној процени у погледу каузе. Неподобан да се на њега примени *de minimis* правило, односно рестриктиван јер носи значајну опасност по ограничавање конкуренције, јесте сваки вертикални споразум који, директно или индиректно, за циљ има регулацију ценовне политике или поделу тржишта. Смештен у шири облигационоправни контекст, споразум се посматра не само са аспекта на шта се страна обавезује, него и *cur debetur* – зашто, односно разлога конституисања уговорне обавезе. Сходно општем правилу о ништавости уговора чија је кауза недопуштена, као и у случају да правни основ не постоји, овакав посао не може бити квалификован као онај малог значаја.²⁶ Са друге стране, уколико су ова два ограничења последично, а не циљно утемељена, остаје могућност, *argumentum a contrario*, да споразум буде перципиран као дозвољен.²⁷

Двостепени тест примене *de minimis* правила предвиђа и право Европске уније, с тим да је за вертикалне споразуме у погледу квалитативног критеријума правило раније било уже и двоструко профилисано, у погледу права купца да слободно одређује продајну цену и подручја на ком купац може продавати робу, односно услуге, као и домен продаје одређеној групацији купца.²⁸ Постојеће решење простор

25 Закон, чл. 14 ст. 1 тач. 2 и 3.

26 Као недопуштен основ уговорне обавезе јавља се онај противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Вид. ЗОО, чл. 51 ст. 2, чл. 52.

27 Закон, чл. 14 ст. 2.

28 Обавештење о споразумима мале вредности који значајно не ограничавају тржишно надметање сходно члану 81 став 1 Уговора о оснивању Европске заједнице (*Com-*

„сигурне луке“ искључује за широк круг договора за које Комисија оцени да представљају циљно ограничење конкуренције.²⁹ Са друге стране, негативно стипулисан квантитативни критеријум не подразумева *per se* потврду знатности ограничавања конкуренције самим преласком прописаног прага тржишног удела учесника вертикалног споразума, који упркос томе може имати занемарљив резултантни утицај на тржишно надметање и неће имати за правну последицу забрану сходно чл. 101 ст. 1 Уговора о функционисању Европске уније.³⁰

Примена *de minimis* правила као првог од три нивоа оцене допуштености споразума који носи ризик од нарушавања конкуренције има значајно поље материјалноправног преклапања са следећим, који се односи на категоријално изузимање од забране. У унитарном праву, *de minimis* правило се не примењује на вертикалне споразуме са инкорпорираним ограничењем које као апсолутно забрањено препознаје постојећи или будући пропис о групном изузимању од забране, и за које Комисија процени да представљају циљно ограничење конкуренције.³¹

IV Позитивни ефекти и контролисани ризик

Уколико један правни посао не испуни критеријуме за квалификацију споразума мањег значаја, који као такав нема атрибут рестриктивног, у другој фази се његов неспорно значајан ризик од нарушавања конкуренције сагледава у ширем контексту свих других карактеристика и ефеката.

Полазна је претпоставка да је вертикални рестриктивни споразум неприхватљив и забрањен, с тим да се у сваком појединачном случају може доказивати супротно. Применом правила разума, договор може бити изузет из општег режима забране, употребом два правна модела.

Категоријално изузимање се односи на ситуацију када вертикални споразум због позитивних ефеката које има у погледу подстицања техничког или економског напретка, односно унапређења тржишних односа у домену производње и промета, са једне стране, и неекстремне, прихватљиве природе ризика од нарушавања конкуренције, са друге стране, бива унапред и по основу околности припадања одређеној

mission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community [de minimis], ОЈ С 368, 22. 12. 2001), тач. 11(2).

29 Обавештење *de minimis*, тач. 2.

30 Обавештење *de minimis*, тач. 2 и 3.

31 Обавештење *de minimis*, тач. 13.

групацији (и из тога изведених одлика које се односе на садржину и дужину трајања договора) – издвојен као допуштен.³²

Други сукцесивни модел, односно степеник у правцу остваривања ефективности вертикалног рестриктивног споразума претпоставља вођење посебног поступка на захтев учесника као заинтересоване стране зарад добијања појединачног изузећа од забране. Позитивни ефекти споразума нису очигледни као у случају подвођења под одређену категорију и не постоји претпоставка њиховог постојања, већ је потребно поступање надлежног органа за заштиту конкуренције, како би се оценила њихова заступљеност и значај, као и испуњеност других елемената, односно непостојање сметњи да би се донела одлука о основаности захтева да се један рестриктивни посао ослободи од забране.

Примена правила разума у домену изузимања вертикалних рестриктивних договора од забране, категоријалног или појединачног, подразумева у домаћем праву испуњење четири услова,³³ од којих су два позитивно и два негативно формулисана као нужна, али не и довољна да би споразум био третиран као допуштен, а којима се захтева да он: доприноси унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског развоја; потрошачима омогућава правичан део користи, у смислу учешћа у оствареном профиту по основу односног правног посла у правичној сразмери; не намеће ограничења која са аспекта постизања циља споразума нису неопходна и не искључује конкуренцију на релевантном тржишту, односно њеном битном делу.³⁴

Правило разума имплицира становиште о оправданости правног дејства вертикалног споразума са друштвено пожељним, или бар прихватљивим ефектом и у ситуацији када неспорно носи значајне последице по нарушавање конкуренције на релевантном тржишту. Потребно је препознати и упоредити категорије позитивних и негативних особина и последица споразума, под претпоставком испуњења наведених општих услова, и заузети став о оправданости изузимања од забране.

32 Посебан друштвени значај имају вертикални споразуми којима се обезбеђује стабилност у домену енергетског снабдевања. Вид. Kim Talus, *Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2011, 235.

33 Закон, чл. 11.

34 Критеријум позитивног ефекта је у домаћем праву, у односу на унитарно, постављен нешто ниже и *in favorem contractus*, с обзиром на то да се испуњеност условљава чињењем подстицаја, а не давањем доприноса унапређењу техничког или економског развоја.

1. Категоријално изузеће – претпостављени позитивни ефекти

Да би један споразум био изузет по општем, категоријалном основу, потребно је да кумулативно буду испуњена два услова: да потпада под једну од групација која је утврђена као подобна за изузимање од општег режима забране и да испуњава прописане критеријуме за изузимање: опште,³⁵ али и евентуалне посебне услове који се односе на врсту, садржину и време трајања споразума, којима се утврђује претежност позитивних ефеката.

Концепт категоријалног изузимања подобан је за вертикалне споразуме који припадају врсти за коју је, сходно њеним општим и структурним карактеристикама, основано претпоставити да, уз пред-претпоставку непосредовања тржишног удела учесника споразума који је значајан (у домаћем праву – већи од 25%, а унитарном од 30%),³⁶ ефекти који се односе на нарушавање конкуренције нису битни, односно претежни.

Подобни да буду категоријално изузети су вертикални споразуми о продаји, куповини или дистрибуцији робе и услуга³⁷ закључени између учесника који су позиционирани на различитим нивоима производње или дистрибуције.³⁸ Надаље, потребно је да такав споразум испуњава четири кумулативно постављена услова, од којих су три квалитативне, а један квантитативне природе.

У домаћем праву квантитативни услов претпоставља да тржишни удео на релевантном тржишту³⁹ сваког од учесника у споразуму није већи од 25%, укључујући и висину тржишних удела повезаних учесника на тржишту. У групацији квалитативних услова, један је општи, и

35 Закон, чл. 11.

36 Уредба о примени чл. 101 ст. 3 Уговора о функционисању Европске уније на категорије вертикалних споразума и усклађених деловања (*Commission Regulation (EU) No 330/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 102/1, 23. 4. 2010), чл. 3 ст. 1. Вид. Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у индустријације и право Европске уније*, Београд, 2020, 303.

37 Модел групних изузетака који се не односе само на робу (која може бити у било којој фази дистрибуције и продаје), него и на услуге у европско право увела је претходно важећа Уредба о примени чл. 81 ст. 3 Уговора на категорије вертикалних споразума и усклађених деловања (*Commission Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 336, 29. 12. 1999), чл. 2.

38 Уредба, чл. 1.

39 Тржишни удео се израчунава на основу оствареног прихода од продаје, односно вредности набавке или обима производње релевантног производа у календарској години која претходи закључењу споразума. Уредба, чл. 4 ст. 2.

позитивно формулисан, а два су посебна, негативно профилисана. Општи услов се односи на постојање и превалентност позитивних одлика споразума.⁴⁰ Посебни услови се тичу ограничења у погледу садржине споразума⁴¹ и клаузуле о забрани конкурисања.

Вертикални рестриктивни споразум који испуњава наведени услови четвороугао се *ipso iure* сматра допуштеним, без потребе за спровођењем поступка за изузимање од забране и производи правно дејство у пуном садржинском капацитету, неумањеном услед антиконкурентског дејства које неспорно поседује, и без временског ограничења.

Област ценовне политике и поделе тржишта се налазе изван примене *de minimis* правила, док могућност категоријалног изузимања, уско профилисана, постоји.⁴² Уколико је реч о циљном ограничавању територије, ништавост као директна последица неће се нужно јавити у одређеним случајевима спрам купаца односно чланова селективног дистрибутивног система. У погледу цене,⁴³ продавац има овлашћење да одреди максималну или препоручену продајну цену, док забрана постоји у погледу фиксних и минималних цена.⁴⁴

2. Појединачно изузеће – доказани позитивни ефекти

Вертикални рестриктивни споразум који није био подобан за изузимање од забране у првом степену и директном применом материјалноправних правила, претпостављено је забрањен и има за правну последицу ништавост. Ова претпоставка је оборива, јер постоји могућност вођења поступка, на захтев учесника посла, којим би могло бити дозвољено његово правно дејство у другом степену. Оставља се правни простор да се за договор који није категоријално био подобан да буде изузет од забране покаже да поседује специфичан појединачни капацитет за то, уз терет доказивања на страни учесника споразума,⁴⁵ и следствено буде ефективан на основу појединачне одлуке надлежног

40 Закон, чл. 11.

41 Споразум за циљ не сме имати утврђивање цена или ограничавање територије, обима производње, продаје и снабдевања. Уредба, чл. 5 ст. 1 и 2.

42 Уредба, чл. 5 ст. 1 тач. 1 и ст. 2.

43 У најстаријем правном систему заштите конкуренције – Сједињеним Америчким Државама, до пресуде у случају *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007) био је заступљен став о апсолутној забрани вертикалних споразума који за предмет имају ограничавање цене производа или услуга (*resale price maintenance*).

44 Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013, 326.

45 Уредба о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране, *Службени гласник РС*, бр. 107/2009, чл. 2.

органа. Сагледавају се и вреднују сви *pro et contra* ефекти, а затим се процењује оправданост евентуалне допуштености правног дејства таквог споразума у одређеном тржишном амбијенту, упркос његовим антиконкурентским одликама.

За разлику од дедуктивно постављеног система изузећа када се полази од категорија вертикалних споразума за које се претпоставља да су допуштене јер њихова друштвена корист значајно превазилази ефекат нарушавања конкуренције који производе, код ослобађања од забране иде се путем индуктивног резоновања и специфичности сваког појединачног случаја,⁴⁶ у којима се тражи евентуални основ за допуштеност. Док дедуктивни принцип иде путем креирања изузетака од општег принципа забране рестриктивних договора, индуктивни модел заправо подразумева одобравање споразума који се појединачном одлуком ослобађа од примене принципа генералне забране.⁴⁷

Случај допуштености вертикалног рестриктивног споразума која се утврђује у другом степену има ужи капацитет дејства у односу на првостепени. Реч је о ослобађању од забране, на основу спроведеног поступка и одлуке надлежног органа, уз претпоставку да је претходно, између материјалноправног непрепознавања и окончања поступка постојао међупростор са пуним рестриктивним капацитетом. Споразум се, на основу оцене испуњености општих и посебних критеријума, условно допушта, уз могућност да добијено одобрење изгуби правно дејство и правни посао уђе у режим опште забране. Са друге стране, ефективност споразума је временски ограничена и опредељује се за одређени период након закључења уговора (не дужи од осам година у домаћем праву).⁴⁸

У поступку оцене допуштености вертикалног споразума се у ширем смислу, осим правила из домена права конкуренције, узимају у обзир и облигационоправни критеријуми, који се пре свега односе на: предмет и каузу споразума, прецизно тумачење заједничке уговорне воље странака, озбиљност правне повреде и штетне последице, постојање намере код недозвољеног понашања, која циљна група се штити односном нормом и да ли је могућа алтернативна последица, уместо ништавости спо-

46 У обзир се узимају различити чиниоци везани за понашање субјектата споразума, као што су специфична обележја предмета и каузе посла, финансијски показатељи ефикасности пре и после закључења споразума или информације о претходним случајевима рестриктивног поступања.

47 Дедуктивни приступ полази од правне сигурности и иницијалне заштите јавног интереса, док индуктивни претпоставља примену начела правичности, као правде сваког појединачног случаја.

48 Закон, чл. 12 ст. 3.

разума.⁴⁹ Унитарно право конкуренције показује тенденцију померања са стеновишта екстензивног тумачења рестриктивности вертикалног споразумевања ка класичној концепцији сагласности воља.⁵⁰

3. Додатне мере ради отклањања потенцијалних повреда

Околност да је поступак испитивања повреде конкуренције у току говори у прилог претпоставци знатног ризика од нарушавања конкуренције у односном случају вертикалног рестриктивног споразумевања. Ипак, упркос основаној презумпцији нарушавања или ограничавања конкуренције на релевантном тржишту, правни посао може сачувати правно дејство по основу прекида поступка услед остварене нагодбе. Странка даје понуду да предузме одређене мере у циљу минимизирања ризика од нарушавања конкуренције у виду прецизног, образложеног и временски ороченог процесног предлога за прекид поступка. Уколико предлог буде оцењен подобним да анулира разумну опасност по нарушавање услова конкуренције, он води ка креирању договора и условне нагодбе. Није реч о поравнању јер остаје могућност да поступак буде настављен уколико не буду испуњене договорене мере, односно наступи битна промена околности на којима је одлука о прекиду поступка заснована.⁵¹

Као најважнији сегмент евентуалног прекида поступка јављају се мере, које морају бити оцењене као адекватне и довољне да буде анулирана претпостављена опасност по нарушавање конкуренције услед понашања тржишног учесника, односно предлагача, а да након њихове примене буду неутралисани основи оправдане, разумне сумње у повреду конкуренције.

Примена процесне нагодбе у случају вертикалног рестриктивног споразумевања има двоструки позитиван ефекат: повољније услове конкуренције у односу на претпостављену тржишну ситуацију без спровођења односних мера⁵² и позитивне последице наступају знатно раније него да се сачекало окончање поступка.

49 Начела европског уговорног права (*The Principles of European Contract Law*), чл. 15.101.

50 Д. Поповић, 215.

51 Закон, чл. 58 ст. 7.

52 За отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка истоветне или сличне штетне последице, по правилу се договара обавеза примене мера понашања, док се у ситуацији када је она објективно знатно отежана, изузетно одређују структурне мере. Вид. Закон, чл. 59 ст. 4.

Прекид поступка услед нагодбе има најшири домен примене код вертикалног споразумевања, у односу на случајеве злоупотребе доминантног положаја, а затим и хоризонталних споразума, уз претпостављено искључивање оних картелске природе. Примена овог института није оправдана у случајевима најтежих, а само изузетно код тежих облика повреде конкуренције.⁵³ С обзиром на то да позитиван исход нагодбе подразумева подобност предлога мера да анулира разумну опасност по нарушавање услова конкуренције, то готово праволинијски искључује ситуације када је предмет вертикалног споразума везан за утврђивање цене или поделу тржишта.

V Уместо закључка

Процена вертикалног ризика од нарушавања конкуренције је сложена и вишедимензионална, у распону од општег полазишта слободе уговорног повезивања пословних субјеката, преко легитимне каузе која се везује за максимизацију профита до претпостављене опасности по нарушавање услова конкуренције и ништавости споразума. Иако је реч о понашању субјеката који нису конкуренти, остаје отворено питање потенцијалног нарушавања конкуренције, у распону од претпостављеног ниског степена штетности, до потенцијално значајних последица које имају и други видови повреда по економски јавни поредак. Примењује се стога модел вишеслојне процене ризика од нарушавања конкуренције и оцене допуштености договора. Полази се из облигационоправне сфере сагласности страна о предмету, и нарочито каузи уговора, да би се кроз призму примене правила конкуренције анализирали циљно-последични ефекти по нарушавање конкуренције и нарочито њихова знатност, док паралелни ниво пословноправних правила и резона омогућава да коначан став о допуштености вертикалног споразума буде резултат целовите и детаљне процене свих његових, позитивних и негативних ефеката. Изазов је пронаћи „фину меру ствари“ негде између разумљивог пословног интереса који је уобличен облигационо-правним послом, са једне, и рестриктивне природе споразума, са друге стране, а све зарад омогућавања ефективности споразума са превалентним позитивним елементима, односно ефектима над оним ограничавајуће природе, у ситуацији неспорног постојања обе категорије.

53 Вид. Комисија за заштиту конкуренције РС, Смернице за примену Уредбе о критеријумима одређивања висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, 2011, доступно на адреси: <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/NOVE-SMERNICE-MAJ-2011.pdf>, 25. 3. 2022, 2.

Изазов је двострук: најпре одредити да постоји циљно или последично утемељена знатност повреде конкуренције и да ли је уопште реч о квалификацији рестриктивности, а уколико јесте – да ли се кумулативно јавља и околност доминантног положаја (неког) учесника споразума. У врло високом проценту случајева наведене кумулације неће бити, па је основано претпоставити низак ризик од нарушавања конкуренције и допустити ефективност таквих споразума, уз додатну контролу евентуалног постојања искључујућих елемената.

Тежишна тачка регулативе вертикалних рестриктивних споразума се помера са позиције претпостављене забране ка екстензивнијој примени правила *de minimis* и разумне процене посла у његовој целокупности и вишедимензионалности. Адекватна решења савременог права конкуренције као нужан услов претпостављају уважавање економске природе рестриктивног споразумевања. Право Сједињених Америчких Држава је у том правцу отишло најдаље, право Европске уније се креће нешто спорије, док се у домаћој пракси ризик од нарушавања конкуренције код вертикалних споразума каткад перципира као виши од картелних спорума. Закључак овога рада иде у правцу основаности афирмативнијег става у домаћем праву спрам њихове допуштености. Први корак би могао да буде измена квантитативног услова за квалификацију споразума мањег значаја – повећање са 15% на 20% тржишног удела учесника на тржиштима на којима се испољавају ефекти посла.

Вертикални споразум садржи по конкуренцију ограничавајући ефекат, али у ситуацији када он није знатан неће бити реч о рестриктивном договору. На следећем нивоу ризика од нарушавања конкуренције су послови који имају карактер рестриктивности, али се пре подвођења под општи режим забране процењује значај и евентуална превалентност њихових позитивних ефеката над негативним одликама. У таквом случају, могућ је двострук сценарио: да се споразум по основу категоријалне припадности изузима од забране и производи правно дејство без временског или садржинског ограничења или да се за споразум, који нема оваква обележја, у посебном поступку затражи сагласност да он буде ослобођен од забране. Најзад, у ситуацији када је постојање високог степена ризика услед вертикалног споразумевања претпостављено и покренут је поступак испитивања повреде конкуренције, могуће је да он буде прекинут, а правни посао спроведен, под условом испуњења установљених мера за анулирање претпостављене, односно потенцијалне опасности по нарушавања конкуренције.

Процена ризика представља тежишну тачку наведеног трипартитног модела – да ли се у односном случају јавља као непремостив,

претежан, знатан, прихватљив или отклоњив. У сфери процене допуштености вертикалних споразума правичан став се налази, као што то по правилу бива, негде између легитимности пословног интереса и облигационоправно изказане сагласности воља и наспрам њих заштите конкуренције и интереса других субјеката у тржишном амбијенту, а пројектовани резултат примене модела стога јесте – *in favorem contractus* у амбијенту очуваних услова конкуренције.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић Душан В., *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019. (Begović Boris, Pavić Vladimir, Popović Dušan V., *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, Београд, 2001. (Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo*, Beograd, 2001)
- Голдштајн Александар, „Правни режим конкуренције, монопола и олигопола“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/1961. (Goldštajn Aleksandar, „Pravni režim konkurencije, monopola i oligopola“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/1961)
- Карлоу Луис, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013.
- Мићковић Миодраг, „Јавно-правни и материјално-правни аспекти уговора о дистрибуцији“, *Правни живот*, бр. 11/2013. (Mićović Miodrag, „Javno-pravni i materijalno-pravni aspekti ugovora o distribuciji“, *Pravni život*, br. 11/2013)
- Niels Gunnar, Jenkins Helen, Kavanagh James, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011.
- Поповић Душан, *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2012. (Popović Dušan, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012)
- Stothers Christopher, *Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Portland, 2007.
- Talus Kim, *Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2011.
- Hovenkamp Herbert, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005.
- Шогоров Стеван, „Средства ограничења конкуренције у картелном праву Европске уније“, *Правни и економски оквири укључивања јуџословенских привредних субјеката у унутрашње тржиште Европске уније* (ур. Радован Д. Вукадиновић), Крагујевац, 1994. (Šogorov

Stevan, „Sredstva ograničenja konkurencije u kartelnom pravu Evropske unije“, *Pravni i ekonomski okviri uključivanja jugoslovenskih privrednih subjekata u unutrašnje tržište Evropske unije* (ur. Radovan D. Vukadinović), Kragujevac, 1994)

Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, Oxford, 2012.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Political Sciences,
Serbia

VERTICAL (RESTRICTIVE) AGREEMENTS: EFFECTIVITY DESPITE THE RISK

Summary

The aim of this Paper is recognition of different levels of anticompetitive risk of a vertical agreement and resultant decision about a legal consequence, from per se prohibition to qualification of a deal as a restrictive one, along with stressing the significance of application of a de minimis rule. Here in it is a three-segment model, which, on the basis of quantitative-qualitative criteria, recognizes different bases for realization of effectivity of a vertical agreements in contrast of a risk.

It is to come to a conclusion that an anticompetitive risk by a vertical agreements in a case of non-existence of dominant market position of participants is supposed to be low one, where it would be recommendable further adoption of solutions of protection of competition in a domestic law, and the first step in that direction could be widening of an area of application of vertical agreements of a smaller significance by lifting up a quantitative level of a distinctive participants relevant market shares.

Key words: Vertical Agreement. – Anticompetitive Risk. – De Minimis Rule. – Exception to the Prohibition. – Distortion of Competition Conditions.

Датум пријема рада: 15. 4. 2022.

Датум исправке рада: 1. 6. 2022.

Датум прихватања рада: 21. 6. 2022.

УДК: 346.545/.546(4-672EU) ; 347.447.5

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22204A

др Стефан ШОКИЊОВ*
редовни професор Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета,
Србија

„Која душа згријеши – она ће погинути,
син неће носити безакоња очина,
нити ће отац носити безакоња синовљева;
на праведнику ће бити правда његова,
а на безбожнику ће бити безбожност његова.“
(Јез. 18:20)

ОДГОВОРНОСТ ЗАВИСНОГ ДРУШТВА ЗА ШТЕТУ КОЈУ ПРОУЗРОКУЈЕ КОНТРОЛНО ДРУШТВО У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Сажетак

Предмет истраживања је одговорности зависног привредног друштва за штету коју нарушавањем конкуренције проузрокује контролно привредно друштво. Да ли за штету коју проузрокује контролно друштво може одговорити зависно друштво расправљено је пред Судом

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

** Рад је написан у оквиру научног пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“.

йравде Евройске уније у йресуди донейој 6. октйобра 2021. йодине у случају *Simal* (C-882/19). Према овој йресуди, ошйећени може йоднейи йужбу за накнаду шйейе – како йройив конйролној друшйва које је у одлуци Комисије санкционисано збој нарушавања конкиуренције, йако и йрошйив зависној друшйва које није обухваћено йом одлуком, йод условом да йужено зависно друшйво са санкционисаним конйролним друшйвом чини јединсйвену економску целину.

Кључне речи: Право конкуренције. – Евройска унија. – Повезана йри-вредна друшйва. – Одйорносй за шйейу.

I Увод

Привредна друштва се као зависна помињу у контексту повезаних друштава. Повезана друштва представљају скуп правно самосталних друштава која су повезана у економско јединство и подвргнута јединственом управљању.¹ Јединствено управљање се најчешће постиже коришћењем гласачких права у органима зависног друштва, а по основу и сразмерно учешћу контролног друштва у капиталу зависног, мада се централизација управљања може постићи и уговорним путем. Како год да је остварено, последица јединственог управљања је доминација контролног друштва над зависним. Степен те доминације, односно контроле, није у свим повезаним друштвима исти. У случају високог степена доминације контролног друштва над зависним, што се у праву конкуренције означава термином *одлучујући уйицај*, ова привредна друштва у конкуренцијскоправном смислу формирају јединствену економску целину. У оквиру јединствене економске целине, зависно друштво се у контексту права конкуренције не сматра предузећем.

Одлучујући утицај међу повезаним друштвима постоји када, посебно имајући у виду економске, организационе и правне везе које међу њима постоје,² зависно друштво не одлучује аутономно о свом тржишном понашању, него извршава, у свим материјалним аспектима, инструкције контролног друштва.³ У праву конкуренције Европске уније установљена је оборива правна претпоставка да контролно

1 Татјана Јевремовић Петровић, „Потреба регулесања повезаних друштава у праву ЕУ“, *Усклађивање йсловној йрава Србије са йравом Евройске уније* (2012) (ур. Вук Радовић), Београд, 2012, 97.

2 C-444/11 P *Team Relocations and Others v. Commission*, not published, ECLI:EU:C:2013:464, тач. 157.

3 C-286/98 P *Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Commission of the European Communities* [2000] ECR I-9925, тач. 26.

друштво ефективно врши одлучујући утицај у случајевима када контролно друштво поседује 100% или скоро 100% капитала зависног друштва,⁴ односно када, без обзира на удео у капиталу, контролише сва гласачка права у органима зависног друштва.⁵ У овој ситуацији терет доказивања супротног је на контролном друштву.

После пресуде Суда правде Европске уније (ECJ) у случају *Dow Chemical*,⁶ концепт јединствене економске целине проширен је на заједничке подухвате (*joint ventures*) и њихове осниваче. Класичан концепт повезаних друштава подразумева једно контролно и једно или више непосредно или посредно зависних привредних друштава. Након пресуде ECJ у случају *Dow Chemical*, јединствена економска целина може постојати не само у условима индивидуалне, него и заједничке контроле.

Кључно питање које се поставља у случају када повезана друштва формирају јединствену економску целину јесте ко се у таквој ситуацији сматра предузећем. Имајући у виду да према формулацији текста у тачки 59 пресуде ECJ у случају *Akzo Nobel* контролно и зависно друштво „формирају јединствену економску целину и стога јединствено предузеће“,⁷ закључујемо да се у овој ситуацији предузећем сматра јединствена економска целина (*single economic entity*), односно пословна групација, концерн, холдинг.⁸

Постоје четири основне конкуренцијскоправне последице одређења повезаних друштава као јединствене економске целине. Прва је да споразуми између контролног и зависног друштва не потпадају под картелну забрану. Да би се уговор сматрао рестриктивним, обе уговорне странке морају бити предузећа. Како то у околностима постојања јединствене економске целине није случај, уговор између контролног и зависног друштва сматра се интерном алокацијом задатака унутар пословне групе.⁹

4 C-516/15 P *Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2017:314, тач. 54.

5 C-595/18 P *Goldman Sachs Group Inc.*, ECLI:EU:C:2021:73, тач. 35. У овом случају удео контролног друштва у капиталу зависног друштва је прво био 91%, да би се касније спустио на 84%. Иако Комисија није сматрала да тај проценат капитала значи да контролно друштво држи готово цео капитал зависног друштва (тач. 34), ипак је утврдила да контролно друштво врши одлучујући утицај на зависно друштво имајући у виду његова гласачка права.

6 C-179/12 P *The Dow Chemical Company v. European Commission*, ECLI:EU:C:2013:605.

7 C-97/08 P *Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2009:536.

8 Исто тако: Дијана Марковић Бајаловић, „Повезана друштва у праву привредних друштава и праву конкуренције“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012, 524 и 529; Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, *EU Competition Law*, Maribor – Belgrade, 2008, 47.

9 C-15/74 *Centrafarm BV and Adnaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.*, [1974] ECR 1183, тач. 41. Заправо, сматра се да повезана друштва једна другима нису конкуренти

Друга правна последица постојања јединствене економске целине је да за рестриктивне споразуме и усклађено деловање зависног друштва и трећих предузећа (изван пословне групе) одговара контролно друштво. Другим речима, одговорност зависног друштва за рестриктивно пословно деловање изван јединствене економске целине приписује се контролном друштву.

Трећа правна последица постојања јединствене економске целине је да се на повезана привредна друштва примењује институт колективне доминације. То значи да се приликом утврђивања постојања доминантног тржишног положаја збрајају тржишни удели свих друштава унутар групе, а не само контролно.

И четврта правна последица постојања јединствене економске целине, после пресуде *ECJ* у случају *Sumal*,¹⁰ јесте да је зависно друштво пасивно легитимисано у парници за накнаду штете коју нарушавањем конкуренције проузрокује контролно друштво.

II Случај *Sumal*

Европска комисија је одлуком од 19. јула 2016. године¹¹ санкционисала *Daimler* новчаном казном од преко милијарду евра због тога што је у периоду од 1997. до 2011. године деловао у оквиру у тзв. „Камионског картела“.¹² *Sumal* је шпанско предузеће које је у периоду између 1997. и 1999. године посредством *Stern Motor SL* купило два камиона од *Mercedes Benz Trucks España (MBTE)*. *MBTE* је чланица *Daimler* пословне групе. Проценивши да је због рестриктивне пословне праксе коју је у оквиру камионског картела предузимао *Daimler* претрпео штету, *Sumal* је Трговачком суду у Барселони поднео тужбу захтевајући исплату 22.204,35 евра. Међутим, тужбу није поднео против *Daimler-a*, него против *Daimler*-овог зависног предузећа са седиштем у Шпанији – *MBTE*. Пресудом од 23. јануара 2019. године тужба је одбачена с образложењем да *MBTE* није пасивно легитимисан јер није био учесник камионског картела. *Sumal* је против ове одлуке поднео жалбу Регионалном суду у Барселони који је са поступком застао и Суду правде Европске уније

(Case 170/83 *Hydrotherm Geratebau GmbH v. Compact del Dott Ing Mario Andreoli&C Sas* [1984] ECR 2999, тач. 11).

10 C-882/19 *Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, ECLI:EU:C:2021:800.

11 C(2016) 4673 final.

12 European Commission, Antitrust: Commission fines truck producers € 2,93 billion for participation in a cartel, 19. 7. 2016, доступно на адреси: <https://www.truckcartellegalaction.com/news/antitrust-commission-fines-truck-producers-2.93-billion-for-participating-in-a-cartel>, 3. 3. 2022.

(ЕЦЈ) поднео предлог за одлучивање о претходном питању. Предлог је садржао четири питања, и то:

1. Да ли се на основу доктрине јединствене економске целине, развијене у судској пракси ЕЦЈ, одговорност контролног друштва за нарушавање конкуренције може проширити на зависно друштво или се поменута доктрина исцрпљује у приписивању одговорности зависног друштва контролном друштву?
2. Да ли се појам јединствене економске целине у контексту односа унутар пословне групе базира само на чињеници контроле или се у обзир узимају и други критеријуми, као што је нпр. да ли зависно друштво остварује економску корист од рестриктивног пословног деловања контролног друштва?
3. Ако се призна могућност проширења одговорности контролног друштва за нарушавање конкуренције на зависно друштво, под којим условима би се тако нешто дозвољавало?
4. Ако се одговорима на претходна питања подржава теза да зависно друштво одговара за нарушавање конкуренције учињено од стране контролног друштва, да ли је у складу са судском праксом ЕЦЈ одредба националног конкуренцијског права на основу које се одговорност за нарушавање конкуренције може приписати једино контролном друштву?

Приликом одлучивања ЕЦЈ је прво констатовао да би пуна ефектност примене права конкуренције била озбиљно угрожена ако се не би обезбедило да сваки правни субјект који је претрпео штету због нарушавања конкуренције може поднети тужбу за накнаду штете,¹³ и том приликом се позвао на пресуду у случају *Skanska*.¹⁴ Затим је у тачки 40 наведено да се штетником сматра предузеће, да би у следећој тачки

13 C-882/19 *Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, ECLI:EU:C:2021:800, тач. 31 (даље у фуснотама: Пресуда).

14 C-724/17 *Skanska Industrial Solutions and Others*, EU:C:2019:204. Пресуда донета у случају *Skanska* има значај прецедента јер се њоме установило да престанак правног субјективитета не може бити основ за престанак одговорности за нарушавање конкуренције, те да у случају престанка предузећа одговорног за повреду конкуренције за штету одговарају правни, односно економски следбеници (нпр. у случају ликвидације привредног друштва купац имовине који купљеном опремом наставља да обавља исту привредну делатност одговараће за нарушавање конкуренције извршено од стране предузећа које је престало да постоји). Поред тога, овом пресудом је утврђено да се пасивна легитимација за накнаду штете због повреде права конкуренције ЕУ одређује искључиво на основу унитарног права конкуренције, те да по питању ширине појма предузећа одговорног за нарушавање конкуренције не постоји разлика између административног и имовинског права. Искључива примена права конкуренције ЕУ и једнака ширина појма предузећа без обзира на то да ли се ради о изрицању административних санкција или досуђењу

било констатовано да је појам предузећа у праву конкуренције ЕУ аутономан, тј. специфичан, особен за право конкуренције Европске уније и да се под предузећем у унитарном праву конкуренције подразумева сваки субјект који обавља привредну делатности без обзира на правни статус и начин финансирања. С обзиром на предметни случај пред шпанским судом, додато је да се предузећем сматра сваки привредни субјект, укључујући ту и оне привредне субјекте који се састоје од више правних или физичких лица. И онда следи кључни став ове пресуде у којем се дословно наводи да ако се предузеће састоји од више правних или физичких лица, довољно је да је барем једно од њих нарушило конкуренцију да би се одговорним за нарушавање конкуренције сматрало било које физичко или правно лице које припада том предузећу.¹⁵ При том се *ECJ* позива на пресуду донету у случају *Akzo Nobel*,¹⁶ тач. 49¹⁷ и 60.¹⁸ Потом у тачки 43 пресуде *ECJ* прво закључује да из судске праксе јасно произлази да се одговорност за тржишно понашање зависног друштва може приписати контролном друштву ако представљају делове истог привредног субјекта и тиме формирају исто предузеће одговорно за тржишно понашање које представља повреду права конкуренције, а онда, *без њозивања на њрећходну судску њраксу*, додаје да у таквој ситуацији за повреду конкуренције може одговорати било који правни субјект¹⁹ који сачињава предметно предузеће.²⁰

Даље се у *Sumal* пресуди наводи да за нарушавање конкуренције учињено од стране контролног друштва неће одговорати баш свако зависно друштво у оквиру дате пословне групе.²¹ Осим што оштећени мора доказати да је тужени зависно друштво штетника, оштећени мора

накнаде штете због нарушавања конкуренције потврђени су и у пресуди донетој у случају *Sumal* у тач. 34 и 38.

15 Пресуда, тач. 42.

16 C-516/15 P *Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2017:314.

17 Када такав привредни субјект (у претходној, 48. тачки, наводи се да се привредни субјект сматра предузећем и онда када се састоји од више правних и физичких лица, па се претпоставља да се овде мисли на такав [сложени] привредни субјект, поготово имајући у виду да се у случају *Akzo Nobel* такође ради о пословној групи) изврши повреду права конкуренције, онда је дужан и да за то одговара.

18 Да би правно или физичко лице унутар предузећа било одговорно за повреду конкуренције, нарушавање конкуренције мора починити барем једно правно или физичко лице које сачињава то предузеће, при чему је ирелевантно то што други формалноправно самостални чланови предузећа (на овом месту се изричито помиње зависно друштво – *њрим. ауњ.*) нису деловали противзаконито.

19 Конкретно се на том месту у *Sumal* пресуди користи реч компанија – *њрим. ауњ.*

20 Односно да сви они за нарушавање конкуренције одговарају солидарно (Пресуда, тач. 44).

21 *Ibid.*, тач. 46.

доказати постојање посебне повезаности ових предузећа, односно да се недопуштени споразум због којег је контролно друштво санкционирано односи на исти производ који у промет ставља тужено зависно предузеће.²² Коначно, тужено зависно предузеће се може ослободити одговорности ако докаже да оно и санкционисано привредно друштво не припадају истом предузећу и,²³ ако се тужба подноси, а да претходно Комисија није донела одлуку у конкретном случају, зависно предузеће може оспоравати и да је извршено нарушавање конкуренције.²⁴

Имајући све ово у виду, *ECJ* одговара Регионалном суду у Барселони да у конкретној парници тужилац може да бира да ли ће тужити *Daimler* или *MBTE*,²⁵ при чему и у једном и у другом случају, а имајући у виду правила о месној надлежности у случају деликтне одговорности, тужбу може поднети пред шпанским судом.²⁶ Тако је у односу на прва три питања заузет став да се члан 101(1) ТФЕУ мора тумачити тако да лице које је оштећено нарушавањем конкуренције може поднети тужбу за накнаду штете било против контролног привредног друштва које је кажњено одлуком Комисије, било против зависног привредног друштва које се у предметној одлуци Комисије не помиње, под условом да та два привредна друштва чине јединствену економску целину.²⁷

III Критичка разматрања о појму предузећа у праву конкуренције ЕУ и одговорности зависног друштва за штету коју проузрокује контролно привредно друштво

Исправност одлуке коју је *ECJ* донео у случају *Sumal* може се подвести под знак питања из два основна разлога. Први разлог се односи на признање својства предузећа јединственој економској целини.²⁸ Други разлог се тиче тога да се зависно друштво унутар јединствене еко-

22 *Ibid.*, тач. 52.

23 *Ibid.*, тач. 53.

24 *Ibid.*, тач. 60.

25 *Ibid.*, тач. 64.

26 *Ibid.*, тач. 66.

27 На четврто питање *ECJ* је одговорио да је противно чл. 101(1) ТФЕУ уколико се у националном праву конкуренције приписивање одговорности ограничава на приписивање одговорности контролном друштву за нарушавање конкуренције које изврши зависно друштво.

28 Ово је изузетно битно јер је одређење који се субјект сматра предузећем одлучујући фактор за питање одговорности за штету. Christian Kersting, „Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3355816, 16. 3. 2022, 1.

номске целине не сматра предузећем, па самим тим није субјект права конкуренције ни у административном, ни у имовинскоправном смислу, те да приписивање одговорности за накнаду штете проузроковане од стране контролног друштва било којем зависном друштву, па чак и оном које у предметном нарушавању конкуренције није учествовало, а понекад ни знало за њега, представља вид колективне одговорности.

Пре него што пређемо на детаљнију анализу разлога о одлучним чињеницама у овој судској ствари, указали бисмо на то да је судска пракса која је по овом питању претходила пресуди *ECJ* у случају *Sumal*, не само у Шпанији, него у целој Европи, била врло неуједначена и то у смислу да су судови по овом правном питању заузимали дијаметрално супротне ставове. На пример, у Шпанији трговачки судови у Мурсији и Валенсији дозвољавали су подношење тужбе за накнаду штете против зависног друштва, док су трговачки судови у Мадриду и Коруњи такве тужбе одбацивали. Што се других држава чланица Европске уније тиче, апелациони суд у Арнему (*Gerechthof Arnhem-Leeuwarden*), енглески апелациони суд и немачки суд у Дортмунду дозвољавали су проширење одговорности контролног друштва за накнаду штете на зависно друштво као део предузећа, док енглески виши суд и немачки судови у Манхајму, Минхену и Штутгарту то нису дозвољавали.²⁹ Према томе, далеко од тога да је правна струка о овом питању чак и приближно јединствена. Па, да видимо да ли се у оквиру правне теорије може допринети адекватном сагледавању дате правне ситуације.

Појам јединствене економске целине (*single economic entity*) је у праву конкуренције карактеристичан за случај повезаних привредних друштава. Не сматра се свака пословна групација јединственом економском целином. Јединствена економска целина постоји само у случају одлучујућег утицаја контролног друштва на зависно друштво, при чему је небитно да ли је контролно друштво матично привредно друштво или зависно друштво (тзв. предузеће сестра) које остварује контролу над другим зависним друштвом. Углавном, у околностима у којима се

29 Benedikt Freund, „Reshaping liability – the concept of undertaking applied to private enforcement of EU Competition law“, *GRUR International*, Nr. 8/2021, 733. Немачки судови су одбацивали тужбе против зависних предузећа само онда када зависна предузећа нису учествовала у картелима, што је у складу са теоријским приступом према којем се пасивна легитимација зависног друштва заснива на субјективној одговорности, при чему кривица постоји не само онда када је зависно друштво учествовало у картелу, него и онда кад је знало или морало знати за постојање картела, те када је, иако изван картела, у својој пословној пракси имплементирало рестриктивне споразуме. Caroline Kaufman, *Beyond Skanska*, „The Court of Appeal of Arnhem Leeuwarden’s latest decision in TenneT“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3512364, 16. 3. 2022, интернет извор без броја стране.

пословна група привредних друштава може сматрати јединственом економском целином, споразуми међу повезаним привредним друштвима не сматрају се рестриктивним јер нису закључени између предузећа,³⁰ а одговорност за повреду права конкуренције причињену од стране зависног друштва приписује се контролном друштву. И све ово до сад наведено сматра се општепознатим и неспорним у пракси и теорији права конкуренције. Проблем настаје онда када се судски став да се предузеће у праву конкуренције одређује у функционалном смислу као привредни субјект, без обзира на правну форму, а при чему се предузеће може састојати од више физичких и правних лица протумачи у смислу да је јединствена економска целина повезаних привредних друштава – предузеће. То је управо учињено у тачки 59 пресуде у случају *Akzo Nobel* где је написано да у таквој ситуацији (када зависно друштво не одлучује независно о свом тржишном понашању) контролно и зависно друштво формирају јединствену економску целину и стога јединствено предузеће.³¹ Оваква формулација се може двојако протумачити. Јединствено предузеће по једном тумачењу може да буде контролно друштво чијим се интегралним делом сматра зависно друштво. И то тумачење сматрамо исправним. По другом тумачењу, прихваћеном од стране *ЕСЈ*, предузећем се сматра пословна група. Схватању према којем се пословна група као таква сматра јединственим предузећем може се приговорити и са фактичког и са правног становишта. Фактички гледано, „економска зависност зависног према матичном предузећу не спречава не само различито тржишно понашање, него ни различитост интереса ових двеју компанија.“³² Ово сматрамо битним јер јединствено предузеће би требало да се карактерише јединством интереса, што у пословној групи повезаних друштава не мора увек бити случај, при чему зависно предузеће нема могућности да утиче на тржишно понашање контролног друштва. С правног становишта сматрамо да је овде од нарочитог значаја то што пословна група нема својство правног лица,³³

30 Овде није сасвим јасно шта значи да рестриктивни споразум закључен између матичног и зависног друштва није рестриктивни споразум јер није закључен између предузећа. Могућа су два тумачења, и то: прво, да ни зависно ни матично друштво нису предузећа; и друго, да зависно друштво није предузеће. По нашем мишљењу, исправније би било прихватити друго тумачење.

31 *C-97/08 P Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2009:536.

32 *Case 32/78 BMW Belgium and Others v. Commission*, тач. 24, наведено према: Мишљење општег правобраниоца у случају *C-286/98 Stora Kopparbergs Bergslags v. Commission*, тач. 15. Другим речима, матично предузеће из разноразних разлога може на тржишту предузимати активности које су противне интересима зависног предузећа.

33 Мишљење општег правобраниоца у случају *Sumal* од 15. априла 2021. године, тач. 46.

а према тачки 57 пресуде у случају *Akzo Nobel* „повреда комунитарног права конкуренције мора се недвосмислено приписати *јравном лицу* (нагласио аутор) којем се казна може изрећи и (зато – прим. аут.) оптужни предлог мора гласити на то лице.“³⁴ Предузеће у контексту права конкуренције не мора бити основано као привредно друштво, нити бити регистровано за обављање привредне делатности, али мора бити субјект права.³⁵ Пословна група није субјект права и самим тим нема способност да буде носилац права и обавеза.³⁶ И управо у вези са тим на овом месту можемо увидети контрадикторност у *Akzo Nobel* пресуди између малопре цитиране тачке 57 и тачке 56 (када се тумачи у вези са малопре наведеном тачком 59), према којој јединствена економска целина одговара за повреду конкуренције. Како за повреду конкуренције може одговарати јединствена економска целина кад јединствена економска целина нема својство правног лица, а за повреду конкуренције мора (*must*) одговарати правно лице?

Као што можемо видети, правна конструкција према којој би се у праву конкуренције предузећем сматрао ентитет који нема правни субјективитет није незамислива, али је непотребна и представља не само безразложно компликовање, него и проширење концепта предузећа у мери која превазилази циљеве због којих се предузеће у праву конкуренције дефинише у функционалном смислу.³⁷ Наиме, иако

34 Другим речима, ефективна примена права могућа је само у односу на ентитет који поседује правну способност (*Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty [IV/31.149 – Polypropylene]*, тач. 101). У том смислу је управо недостатак правне способности пословне групе био разлог за одбијајућу пресуду француског Касационог суда у случају *JCB. Bernardo Cortese*, „Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability“, *EU Competition Law between Public and Private Enforcement* (ed. Bernardo Cortese), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, 91.

35 „Предузеће, наравно, мора бити тело способно да буде носилац права и обавеза.“ (Daniel Goyder, *EC Competition Law*, Oxford, 2003, 60). И у домаћој правној теорији уочили смо тврдњу да се предузећем сматра правно или физичко лице способно да буде носилац права и обавеза. Вид. Владимир Међак, „Забрана рестриктивних споразума у праву Европске уније – члан 81. Уговора о Европској заједници“, *Водич кроз јураво Евројске уније* (ур. Благоје Бабић), Београд, 2009, 264.

36 „С обзиром на то да група компанија не ужива правни субјективитет и не може да буде носилац права и обавеза, то група као таква не може бити обавезана да надокнади штету.“ В. Cortese, 91.

37 Alison Jones, „The boundaries of an undertaking in EU Competition Law“, *European Competition Journal*, Nr. 2/2012, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131740, 15. 3. 2022, интернет извор без броја стране. Другим речима, када се једном створи правна конструкција којом се, као у случају појма предузећа у праву конкуренције, надилази правна форма привредног субјекта, тада је тешко одредити оптималне границе тог конструкта, односно наћи „*stopping point*“. Piter Van Cleynenbreugel, „Single entity test in U.S. antitrust and EU competition

из судске праксе *ЕСЈ* произлази да се у случају јединствене економске целине пословна група/ија повезаних друштава сматра предузећем, странка у поступку пред Комисијом (као ни пред судовима) није пословна група, него контролно друштво; административне санкције се изричу контролном друштву и контролном друштву се приписује одговорност за повреду конкуренције причињену од стране зависног друштва. Према томе, и логика и процесно право и основна правна начела упућују на то да би се у случају када повезана друштва формирају јединствену економску целину предузећем требало сматрати контролно друштво, а не група повезаних привредних друштава која у праву није препозната као правни субјект. Просто речено, сматрамо оправданим инсистирање на минимуму правничких захтева, а правни субјективитет свакако представља тај нужни минимум. Последица тога би била да се одговорност не би могла приписати зависном друштву само зато што је контролно друштво извршило нарушавање конкуренције или зато што је нарушавање конкуренције извршило друго зависно друштво које се у оквиру дате пословне групе налази под одлучујућим утицајем истог контролног друштва.³⁸

Зависно друштво не може одговарати за повреду права конкуренције, и то без обзира на то ко је учинилац предметне повреде права конкуренције: зависно друштво или његово контролно друштво. Ово из простог разлога што се у условима јединствене економске целине, односно постојања одлучујућег утицаја на пословање зависног друштва, зависно друштво, без обзира на то што има својство правног лица, не сматра предузећем. Да би се привредно друштво генерално у праву конкуренције сматрало предузећем – мора бити аутономно.³⁹ Аутономним се сматра оно привредно друштво које независно одлучује о својој пословној стратегији⁴⁰ и тржишним активностима.⁴¹ Зависно друштво

law“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1889232, 16. 3. 2022, 12.

38 В. Freund, 738. У фусноти бр. 86 поменути аутор додаје да се према мишљењу *Catarine Viera Peres*, (датум у: „Not far from tree, The problem of inverted liability: imputation of unlawful conduct to the subsidiary for the parent company’s wrongdoing“, доступно на адреси <https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Catarina%20de%20Fraipont.pdf>, 15. 3. 2022), приписивање одговорности за чињење другог субјекта једино може извршити када субјект којем се приписује одговорност контролише субјекта који је предузео противправну радњу. То *argumentum a contrario* значи да не може за другог бити одговоран онај који није овлашћен да тог другог контролише.

39 Victoria Louri, „Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules“, *Legal Issues of Economic Integration*, Nr. 2/2002, 148.

40 В. Cortese, 76.

41 Тј. „in determining its course of action“. Raimundas Moisejevas, Danielius Urbonas, „Problems related to determining of a single economic entity under Competition law“,

(и уопште било које привредно друштво, друго правно или физичко лице) које у пословном смислу није економски аутономно не сматра се предузећем и не може одговорати за повреду права конкуренције. Зато је став да оштећени може да бира кога ће тужити за накнаду штете у супротности са једним од основних начела права конкуренције да за повреду права конкуренције може одговорати само предузеће.⁴² Заправо, зависно друштво које није економски аутономно требало би се, попут огранка, у праву конкуренције третирати као интегрални део контролног друштва. Често и нема суштинске разлике, а поготово онда када је разлог оснивања зависног привредног друштва уместо издвојеног организационог дела формалноправне природе (нпр. у другој земљи би пословање у форми огранка било ограничено или немогуће). Пошто огранак није пасивно легитимисан, то ни зависно друштво не би било пасивно легитимисано по тужби за накнаду штете (мада седиште огранка може бити од значаја за одређење месно надлежног суда).

У том духу би требало расправити и питање солидарне одговорности зависног и контролног привредног друштва. Према чл. 11 Директиве о одређеним правилима којима се уређују поступци за накнаду штете према националном праву за кршење правила тржишног такмичења држава чланица и Европске уније солидарна одговорност постоји само ако је штета проузрокована заједничким поступцима два или више предузећа.⁴³ С обзиром на то да је превасходна проблематика овог рада приписивање одговорности када контролно друштво деликт учини унилатерално, а уз све то сматра се да повезана друштва као јединствена економска целина представљају једно предузеће, то у оваквим случајевима, насупрот става *ECJ* заузетог у тачки 44 пресуде донете у случају *Sumal*, мишљења смо да зависно друштво не би са контролним друштвом требало солидарно да одговара за штету коју контролно друштво проузрокује нарушавањем конкуренције.

Ипак, иако зависно друштво не врши повреду права конкуренције, оно од нарушавања конкуренције коју чини контролно друштво може имати користи. Другим речима, иако зависно друштво не договара фиксне цене, већ то чини контролно друштво, продајом по фиксним ценама

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2017, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3159996, 15. 3. 2022, 109.

42 Мишљење општег правобраниоца у случају *Sumal*, тач. 66.

43 Директива о одређеним правилима којима се уређују поступци за накнаду штете према националном праву за кршење правила тржишног такмичења држава чланица и Европске уније (*Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance*, OJ L 349, 5. 12. 2014).

зависно друштво остварује екстрапрофит. То значи да утицај рестриктивне пословне праксе контролног предузећа на пословање зависних предузећа може бити, и јесте различит. Читав је распон у питању. Тако, у неким случајевима може потпуно изостати, док у другим случајевима учешће контролног друштва у картелу битно утиче на пословање зависног друштва. Несумњиво је да је зависно друштво продајом по фиксним ценама поступало противно бројним начелима облигационог права, а нарочито начелима једнаке вредности узајамних давања, савесности и поштења, па и забране искоришћавања монополског положаја.⁴⁴ Без обзира на то, одлучна чињеница за разрешење и ове правне ситуације је: да ли је зависно друштво предузеће или не. Ако није предузеће, и ако унутар пословне групе не ужива економску аутономију, а ради постизања конзистентне примене права конкуренције, зависно друштво не би требало бити пасивно легитимисано по тужби за исплату разлике између тржишне и фиксне цене. По истим правилима би требало решити и питање одговорности зависног друштва ако је знало или морало знати за учешће контролног друштва у картелу. Свесни смо да се овај приступ може сматрати стриктно формалноправним (да не кажемо формалистичким).⁴⁵ Но, то је у великој мери последица тзв. „групне привилегије“, односно схватања да споразум привредних друштава унутар пословне групе није споразум између предузећа, а та доктрина „има две оштрице“.⁴⁶

IV Закључна разматрања

Пресудом *ECJ* донетом у случају *Sumal* потврђена је и продубљена *Akzo Nobel* неконзистентност у обликовању и тумачењу појма предузећа у условима повезаних привредних друштава, а све зарад повећања ефикасности у примени права.

Пресуда у случају *Sumal* односи се на зависна друштва и њихову одговорност за накнаду штете за рестриктивну пословну праксу контролних друштава. Пресудом је одлучено да су зависна друштва одговорна за штету проузроковану рестриктивном пословном праксом контролних друштава, чиме је превагнуло тумачење према којем је

44 Картел на тржишту ствара ситуацију једнаку монополу. Разлика је у томе што у случају картела монополски екстра профит не остварује и не задржава само једно предузеће.

45 Marcos Araujo Boyd, „Should children pay for their parent’s sins? The Sumal preliminary reference“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688438, 16. 3. 2022, интернет извор без броја стране.

46 P. Van Cleynenbreugel, 2.

у праву конкуренције економски субјективитет битнији од правног. Наиме, почев од случаја *Centrafarm v. Sterling Drug* из 1974. године, недопуштено договарање између зависног и контролног друштва сматра се уређењем међусобних односа повезаних друштава (унутар једног истог предузећа), а не нарушавањем конкуренције, јер се споразуми могу закључивати искључиво између предузећа. Ако и кад зависно друштво не може самостално одређивати пословну стратегију – оно се не сматра предузећем. Из истог разлога када такво зависно друштво закључи рестриктивни споразум са предузећем изван концерна, холдинга, односно групације повезаних друштава којој припада, одговорност за нарушавање конкуренције приписује се контролном друштву, чак и онда када контролно друштво није предузимало акте рестриктивне пословне праксе. Приписивање одговорности контролном друштву за рестриктивну пословну праксу зависног друштва базира се на одлучујућем утицају контролног над зависним друштвом. Када се таква одлучујући утицај ефективно остварује онда контролно и зависно друштво формирају тзв. јединствену економску целину. Јединствена економска целина је, према томе, *услов* приписивања одговорности контролном друштву за рестриктивну пословну праксу зависног друштва. Контролно друштво је као правни субјект носилац права, обавеза и одговорности и у случају повезаних друштава која формирају јединствену економску целину требало би се рачунати као предузеће. И следствено том ставу, онда када са контролним друштвом формира јединствену економску целину, зависно друштво не би требало да одговара за накнаду штете због нарушавања конкуренције проузроковану било сопственим радњама, било рестриктивном пословном праксом контролног друштва. Ово из разлога што у условима јединствене економске целине зависно друштво није предузеће, а субјект права конкуренције може да буде једино предузеће. Пренебрегавајући ову алтернативу у тумачењу, Европски суд правде у случају *Akzo Nobel* поистовећује: а) услов приписивања одговорности матичном друштву за штетне радње зависног друштва и б) конкуренцијскоправни субјективитет, па у складу са тим, у случају *Sumal*, одлучује да за штету проузроковану радњама контролног друштва оштећени може да тужи зависно друштво, чиме се тужиоцу омогућује да штету наплати из имовине туженог привредног друштва, и то без обзира на то што зависно друштво није ни поменуто у одлуци Комисије, а све како би се повећала ефикасност (односно постигла *full effectiveness*) конкуренцијског права и појачали ефекти примене тог права на очување функционалне конкуренције на релевантном тржишту.

„... јер сам ја Господ Бог твој,
Бог ревнитељ, који на синовима
походим безакоња отаца њихових
до трећег и до четвртог кољена.“⁴⁷

Коришћена литература

- Van Cleynenbreugel Piter, „Single entity test in U.S. antitrust and EU competition law“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1889232, 16. 3. 2022.
- Viera Peres Catarine, „Not far from tree, The problem of inverted liability: imputation of unlawful conduct to the subsidiary for the parent company’s wrongdoing“, доступно на адреси <https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Catarina%20de%20Fraipont.pdf>, 15. 3. 2022.
- Goyder Daniel, *EC Competition Law*, Oxford, 2003.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Потреба регулација повезаних друштва у праву ЕУ“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2012)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2012. (Јевремовић Петровић Татјана, „Потреба регулација повезаних друштва у праву ЕУ“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2012)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2012)
- Jones Alison, „The boundaries of an undertaking in EU Competition Law“, *European Competition Journal*, Nr. 2/2012, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131740, 15. 3. 2022.
- Kersting Christian, „Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law“, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3355816, 16. 3. 2022.

47 5. Мојс. 5:9. Без намере да анализирам овај стих у теолошком смислу, само бисмо хтели да укажемо на интересантну паралелу која се по питању одговорности за дела предака, односно тзв. родитељских предузећа може уочити између случаја *Sumal* и Светог писма. Имајући у виду да је одређење у петој књизи Мојсијевој, као део друге Божје заповести, правило, док је отклањање последица које због недела предака оптерећују живот потомака, а наведено у цитату на почетној страни чланка, могуће само ако и кад „син показује правду и праведност, држи се мојих одредаба и извршава их“. Тако је и у праву конкуренције одговорност зависног друштва за рестриктивну пословну праксу контролног друштва, а након случаја *Sumal*, установљена као правило од којег се може одступити уколико зависно друштво докаже постојање околности које су поменутом пресудом одређене као ослобађајуће.

- Louri Victoria, „‘Undertaking’ as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules“, *Legal Issues of Economic Integration*, Nr. 2/2002.
- Марковић Бајаловић Дијана, „Повезана друштва у праву привредних друштава и праву конкуренције“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012. (Marković Bajalović Dijana, „Povezana društva u pravu privrednih društava i pravu konkurencije“, *Pravna riječ*, br. 32/2012)
- Marcos Araujo Boyd, „Should children pay for their parent’s sins? The Sumal preliminary reference“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688438, 16. 3. 2022.
- Међак Владимир, „Забрана рестриктивних споразума у праву Европске уније – члан 81. Уговора о Европској заједници“, *Водич кроз њраво Европске уније* (ур. Благоје Бабић), Београд, 2009. (Međak Vladimir, „Zabrana restriktivnih sporazuma u pravu Evropske unije – član 81. Ugovora o Evropskoj zajednici“, *Vodič kroz pravo Evropske unije* (ur. Blagoje Babić), Beograd, 2009)
- Moisejevas Raimundas, Urbonas Danielius, „Problems related to determining of a single economic entity under Competition law“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2017, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3159996, 15. 3. 2022.
- Tratnik Matjaž, Ferčič Aleš, *EU Competition Law*, Maribor – Belgrade, 2008.
- Freund Benedikt, „Reshaping liability – the concept of undertaking applied to private enforcement of EU Competition law“, *GRUR International*, Nr. 8/2021.
- Caufman Caroline, Skanska Beyond, „The Court of Appeal of Arnhem Leeuwarden’s latest decision in TenneT“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3512364, 16. 3. 2022.
- Cortese Bernardo, „Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability“, *EU Competition Law between Public and Private Enforcement* (ed. Bernardo Cortese), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.

Stefan ŠOKINJOV, PhD

Full Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

THE LIABILITY OF A SUBSIDIARY FOR DAMAGE CAUSED BY THE PARENT COMPANY

Summary

CJEU in Sumal judgment (C-882/19, para 51) adjudicated that in circumstances where the existence of an infringement of Article 101(1) TFEU has been established as regards the parent company, it is possible to invoke the civil liability of a subsidiary rather than of the parent company.

The author of the paper questioned Sumal judgment on the ground that single economic unity is not a single undertaking encompassing subsidiaries and their parent company, but condition for imputability of liability for EU Competition law infringement done by subsidiary to the parent company. It is also contended that subsidiary within a single economic unit does not consider as an undertaking and as such can not be liable for infringement of Competition Law.

Key words: *Competition Law. – European Union. – Related Undertakings.
– Single Economic Unit. – Liability of Subsidiaries.*

Датум пријема рада: 7. 4. 2022.

Датум исправке рада: 5. 5. 2022.

Датум прихватања рада: 31. 5. 2022.

УДК: 366.542/.543(497.11)

CERIF: S 130, S 137, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22205A

др *Наташа* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ*
редовна професорка Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

**ВАНСУДСКО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА
ИЗ ОСИГУРАЊА У РЕЖИМУ ЗАКОНА
О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА**
– привилегија изузећа или дискриминације
осигурања?! –**

Сажетак

Једна од најзначајнијих новина Закона о заштити потрошача из 2021. године је увођење обавезне медијације за тврдоце. Али, домаћај наведене измене може се ценити тек када се има у виду да постоје области у којима се одељак који уређује вансудско решавање спорова не примењује. Једна од њих је област финансијских услуга. Народна банка Србије донела је подзаконски акт којим је ближе уредила вансудске процедуре у области осигурања. Ауторка се бави питањем оправданости изузимања сектора осигурања од обавезне медијације на предлој потрошача. Да ли ће такво решење допринети унапређењу заштите потрошача

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

** Овај рад је допринос пројекту „Савремени проблеми правног система Србије. – Подтема: Претходна и накнадна анализа прописа.“ Правног факултета Универзитета у Београду (2022).

услуга осигурања у посредничку медијације? Или ће сектор осигурања и даље чамити у мраку? Да ли је осигурање заиста толико „посебно“ да заслужује привилегију изузећа? Или се у ствари ради о дискриминацији осигурања, која на дуже стазе појаћа кориснике услуга?

Кључне речи: Закон о заштити потрошача. – Посредовање. – Осигурање. – Народна банка Србије.

I Уводна разматрања

У образложењу новог Закона о заштити потрошача¹ истакнуто је да је један од циљева његовог усвајања унапређење степена заштите потрошача, између осталог и креирањем ефикасног система вансудског решавања потрошачких спорова. Од бројних новина те процедуре издвајамо обавезивање трговаца да учествују у поступку ADR (*Alternative Dispute Resolution* – алтернативно решавање спорова) на предлог потрошача, као и то да је рад тела бесплатан. На први поглед, значајне новине, које би из угла тржишта осигурања могле отворити врата новим опцијама правне заштите по правилу слабије уговорне стране. Међутим, исти закон је *expressis verbis* казао да се вансудско решавање потрошачких спорова у смислу овог закона не примењује, између осталог, у потрошачким споровима који су предмет овог закона, ако је вансудско решавање спорова уређено посебним законом, а нарочито у области пружања електронских комуникационих услуга, поштанских услуга, финансијских услуга (осим финансијских погодби), услуга путовања.² Да је законодавац овом формулацијом желео да обухвати и услуге осигурања сведочи чл. 5, у коме је објашњено значење употребљених израза. Такође, у тач. 45 ст. 1 чл. 5 изричито је речено да се услуге осигурања сматрају финансијским услугама. Иако је то ноторна, за наше тумачење је ипак корисна напомена.

Дакле, из ЗЗП изричито произлази да се он не примењује *rationae materiae* у областима у којима је посебним законом (прописом) уређен АДР. *Exempli causa* су поменуте финансијске услуге. Ствар је у томе да овакав приступ почива на недовољно усаглашеној концепцији, и у великој мери нарушава уставни принцип да је правни поредак јединствен.³ Наиме, конкретно у области осигурања вансудско решавање спорова није уређено законом, већ подзаконским прописом.

1 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021.

2 ЗЗП, чл. 149 ст. 4 тач. 4.

3 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 4 ст. 1.

У питању је Одлука Народне банке Србије о поступку поводом приговора корисника услуге осигурања, којом су створене претпоставке за успостављање одговарајућег система растерећења судског апарата у домену спорова из осигурања.⁴ Али, тај систем је превасходно превентивног, а не јудикативног карактера. Самим тим, тешко је говорити о његовом алтернативном карактеру у односу на судски поступак.

II Шта се сматра посебним прописом? Да ли само закон или и подзаконски акти НБС?

Полазећи од чл. 15 Закона о осигурању,⁵ НБС је на детаљан начин уредила процедуру упућивања приговора потрошача услуга осигурања даваоцима услуга, њихово поступање по приговорима, као и поступак поводом приговора упућеног НБС.⁶ Уз то, уређена је и медијација пред НБС. Већ из првог читања, јасно је да је акценат на приговору, а да се регулатор нада да ће, уз то, неки спорови бити превенирани и под окриљем секторски вођене медијације. Да ли је то било довољно да се закључи да је у области осигурања већ *посебним законом* (подвукла Н. П. Т.) уређено вансудско решавање спорова?! Спорно је неколико принципа: однос општег и посебног; однос ранијег и каснијег прописа, и однос законског и подзаконског. По нашем мишљењу, ЗЗП је упутио на посебне законе и изузеће од примене његових одредаба односи се заиста на оне АДР поступке који су уређени посебним прописом. Циљно тумачење ЗЗП налаже овакав закључак. По нашем мишљењу, спорно је да ли закон може да упути на пропис нижег ранга. Да ли је ово својеврсно спуштање нивоа регулативе уставно?! Једино оправдање које нам пада на памет је да је *in concreto* пропис донео регулатор, тј. НБС, те је у питању снижавање нивоа регулативе који може бити прихватљив с обзиром на особеност самог сектора и надзорно/регулаторну функцију НБС.

Све и да занемаримо теоријске дилеме, основно питање остаје да ли је подзаконским актом НБС заиста креиран валидан систем АДР у осигурању? Које су његове карактеристике? Да ли је одступање од

4 Одлука о поступку поводом приговора корисника услуге – Одлука о приговору, *Службени гласник РС*, бр. 87/2021.

5 Закон о осигурању – ЗО, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014 и 44/2021.

6 У области осигурања, *lex specialis* само начелно регулише АДР, али оставља овлашћење НБС да то уреди подзаконским актима, што је она учинила, и то двофазно. Најпре је донела Одлуку о начину заштите корисника услуга осигурања – Одлука (*Службени гласник РС*, бр. 55/2015), а недавно је унапредила регулаторни оквир и Одлуком о приговору.

примене ЗЗП у области осигурања у складу са Директивом о алтернативном решавању спорова са потрошачима?⁷ Да ли је овим изузећем нанета штета индустрији осигурања? Или су напосто уважене њене специфичности?!

Ако бисмо на основу анализе регулаторног оквира осигурања по питању АДР дошли до закључка да је подзаконским актом НБС створен финансиран систем који је у интересу потрошача услуга осигурања, не би требало истицати у први план подзаконски ниво регулативе. Међутим, до таквог закључка није могуће доћи. Ово зато што је регулатор само наставио са својом политиком ограничавања метода АДР у осигурању, коју (не)успешно води већ скоро две деценије. Да је направљен искорак – што би једино било оправдано и очекивано (!) – могло се прећи на следећу фазу у развоју АДР у осигурању. Србија тренутно задржава *status quo*, противно АДР Директиви. Како другачије интерпретирати одредбе Одлуке којима се регулишу два приговора и посредовање које спроводе запослени у НБС, без примене одговарајућих квалитативних стандарда на које АДР Директива обавезује? Колико је реално очекивати повећање степена учинковитости медијације на коју се иначе не примењују одредбе ЗОПРС.⁸ Да ли то значи да ће од маштовитости запослених у НБС зависити концепт самог поступка, ако већ уживају слободу од примене процесног дела ЗОПРС?

Како можемо да очекујемо већи степен упознатости потрошача са регулаторним оквиром/могућностима у погледу АДР, ако се не примењује одељак ЗЗП који уређује вансудско решавање потрошачких спорова? ЗО, а исти је случај и са Одлуком, не помињу изричито право на судско решавање спорова, док ЗЗП то чини! Никако не можемо закључити да потрошачи услуга осигурања немају то право. Оно је дефинитивно у духу ЗО и подзаконске регулативе НБС, али би зарад брже промоције АДР требало и у прописима који уређују осигурање – небитно да ли ће то бити законски или подзаконски ниво регулативе – изричито навести право на вансудско решавање спорова. Некомплетност регулаторног оквира у том делу чини раку рану система АДР у осигурању.

Даље, да ли непримена ЗЗП значи да осигуравач није дужан да на продајном месту видно и јасно истакне обавештење да је по закону дужан да учествује у поступку вансудског решавања спорова?⁹ Без тог

7 Директива о алтернативном решавању потрошачких спорова (*Directive 2013/11 on alternative dispute resolution for consumer disputes*, OJ L 165, 18. 6. 2013; даље у тексту и фуснотама: АДР Директива).

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

9 ЗЗП, чл. 151 ст. 3.

обавештења шансе да се просечан потрошач упозна са опцијом вансудске заштите права из осигурања знатно су мање. У Одлуци о приговору стоји да је друштво за осигурање дужно да у пословним просторијама у којима корисницима нуди услуге, на видном месту, истакне обавештење о начину подношења приговора, свом поступању по поднетом приговору, као и могућности и начину подношења предлога за посредовање и приговора НБС.¹⁰

Праву потрошача на АДР корелативна је обавеза трговаца да их упознају са тим правом, као и начином његове реализације. Јер, ко је од трговца позванији да потрошачу укаже на то да суд није једини пут заштите повређених права и интереса; да постоји и вансудска траса, која је за осигураваче обавезна ако је потрошач предложи!

III Поглед на одлуку о поступку по приговору корисника услуге осигурања

Након доношења ЗО, којим је први пут у нашем праву уређена дужност професионалаца осигурања да пружају предуговорне информације, НБС је донела најпре Одлуку о начину заштите права и интереса корисника услуга осигурања, која је престала да важи усвајањем Одлуке о приговору. Основ за усвајање поменутих одлука налази се у чл. 15 ЗО, који носи наслов *заштита њива и интереса корисника услуга осигурања*. Док је ЗО одређено које су то информације које треба саопштити уговарачу осигурања пре закључења уговора, за време важења уговора, као и садржај и начин обавештења; Одлуком о приговору је уређена заштита потрошача услуга осигурања у погледу: информисања, посредовања у решавању одштетних захтева, подношења приговора корисника услуга осигурања и поступања то том приговору.

У складу са решењима из директива које се односе на област осигурања, једна од информација којом треба снабдети потрошача услуга осигурања је „о начину решавања спорова уговорних страна“;¹¹ односно у случају посредника и заступника осигурања „називу, седишту и адреси органа надлежног за надзор над пословањем тог лица, као и начину заштите његових права и интереса код тог органа“.¹² Дакле, иако је право на информисање потрошача услуга осигурања дефинитивно инаугурисано одредбама новог ЗО, један значајан сегмент тог права је остао изван законске оптике. У питању је конкретно *право на информисање о вансудском решавању спорова из осигурања, које expressis verbis њомиње*

10 Одлука о приговору, тач. 6.

11 ЗО, чл. 82 ст. 1 тач. 9.

12 ЗО, чл. 111 ст. 1 тач. 7.

нови ЗЗП.¹³ Иако осигуравача ништа не спречава да осигуранику предочи могућност вансудског одлучивања о потенцијалном спору, пожељно је и у складу са европским директивама директно помињање алтернативног решавања спорова.¹⁴ У овом тренутку је легитимно говорити о *праву потрошача на АДР*, односно обавези осигуравача да их упозна са тим правом и начином реализације тог права. На то се надовезује успостављање мреже вансудског решавања спорова из осигурања.

Сматрамо да цитирана одредба ЗО представља велики недостатак регулаторног оквира осигурања уопште. У више наврата смо се бавили различитим методама вансудског решавања спорова из осигурања, истакавши њихове предности.¹⁵ На овом месту наглашавамо да је у ЗО морало да стоји да даваоци услуга осигурања пружају информације и о вансудском решавању спорова. Ово зато што и у оквиру ЕУ постоји необавештеност потрошача о овом значајном делу заштите потрошача финансијских услуга, а утолико више код нас. Овај недостатак је донекле отклоњен подзаконским актом НБС, којим је прецизирано да је друштво за осигурање дужно да у писменој информацији коју даје уговарачу осигурања пре закључења уговора, као и на својој интернет презентацији, наведе податке о начину *одношења пријављеног случаја за осигурање, обавезном садржају тог пријављеног случаја и року за достављање одговора на наводе из тог пријављеног случаја*. Овим је издвојено информисање о праву на приговор као *de facto* најзначајнији део обавезе информисања. Такође, саставни део одлуке коју доноси друштво за осигурање поводом захтева из осигурања који је поднео потрошач услуга осигурања је поука о праву на приговор. Приговор је, дакле, конципиран као *главни (вансудски) инструмент заштите потрошача услуга осигурања*. Осим приговора друштву, уређен је и приговор надзорном телу и посредовање у осигурању.¹⁶ То су, дакле, вансудски начини решавања спорова из свих врста осигурања.

13 ЗЗП, чл. 151, наслов члана гласи: „Право на вансудско решавање спорова“. У Одлуци о приговору стоји да су даваоци услуга осигурања дужни да обезбеде право на информисаност и заштиту права и интереса корисника, у складу са ЗО (Одлука о приговору, тач. 2 *in fine*). Проблем је у томе што ЗО ни у једној одредби не говори о данас већ етаблираном праву на АДР. *In ultima linea*, све ће зависити од добре праксе осигуравача.

14 Заправо, логичан ток ствари је следећи: осигуравачи, најпре, пружају информације потрошачима о њиховом праву да спорове решавају и вансудским телима, а затим конституишу та тела. Оба елемента су подједнако значајна за повећање степена заштите потрошача услуга осигурања.

15 Издвајамо: Наташа Петровић Томић, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014, 86–114; Nataša Petrović Tomić, „Medijacija u osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, бр. 1/2020, 475–493.

16 Детаљније о овом систему Наташа Петровић Томић, „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма – Одлука Народне банке Србије о заштити

1. Да ли је Одлуком НБС о поступку по приговору корисника услуге осигурања регулисан целовит поступак вансудске заштите права корисника осигурања?

Кључно ограничење и разлог зашто не можемо бити задовољни методама решавања спорова које прописује Одлука о приговору је што не представљају *истинску алтернативу судском решавању спорова*. Када одлучују о приговору, ни осигуравачи ни НБС немају надлежност за решавање предмета спора и доношење одлуке којом се одлучује о праву или интересу потрошача.¹⁷ О алтернативном или вансудском механизму решавања спорова из осигурања може бити говора само ако неко од тела вансудског решавања има моћ доношења обавезујућих одлука! Дакле, ЗО није предвидео вансудско решавање спорова у правом смислу речи, већ је обавезао друштва за осигурање и друге пружаоце услуга осигурања да решавајући о приговорима покушају да спрече да спор/питање дође до суда. Исто важи и за посредовање пред НБС, која нема овлашћење да решава о имовинскоправном захтеву осигураника, већ је евентуално разрешење спора у рукама заинтересованих страна. У циљу заштите потрошача услуга осигурања, требало је прописати обавезу друштва за осигурање да успоставе поступак вансудског решавања спорова из осигурања; и аналогну обавезу да у општим условима осигурања – који су саставни део уговора о осигурању – буде садржано обавештење о поступку вансудског решавања спорова из осигурања. Тачније, у услове осигурања треба унети не само обавештење, већ јасно формулисану *клаузулу о мирном решавању спорова по принципима истинитости*, што подразумева да се подношење приговора даваоцу услуга осигурања постави као сметња за покретање било ког вансудског поступка.

2. Одступање режима посредовања у осигурању од општег режима посредовања по ЗОПРС

Анализом и системским проучавањем Одлуке о приговору долазимо до два значајна запажања. Поступак посредовања који је њоме инаугурисан разликује се не само од режима из ЗЗП, већ и од општег режима посредовања у решавању спорова. Да ли је сектор осигурања заиста толико „изузетан“? Или су оваквим двоструким одступањем

права и интереса корисника услуга осигурања“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016, 555–576.

17 Поређења ради, у хрватском праву је предвиђено вансудско решавање спорова од стране Хрватског уреда за осигурање путем арбитраже, медијације и правобранитељства за осигурање.

заправо дискриминисани потрошачи услуга осигурања? Када је реч о посредовању, Одлука садржи неколико контроверзних решења.

а) Медијација није обавезна за осигураваче?!

Прво, асиметрија процесних овлашћења у корист потрошача – која је једна од тековина АДР Директиве – није усвојена у Одлуци о приговору. Одлука каже да се поступак посредовања покреће на предлог једне стране у спору, који је прихватила друга страна. Потрошачи услуга осигурања нису, дакле, фаворизовани у том смислу да се једино њима даје овлашћење да упуте предлог за покретање поступка посредовања, који осигуравач мора да прихвати. Овакав закључак би произлазио из примене ЗЗП. Које решење је боље из угла корисника услуга осигурања?

Да пођемо од решења које усваја потрошачки *lex specialis*. Једна од најзначајнијих новина ЗЗП је обавезност медијације за трговце. ЗЗП је, наиме, отишао корак даље у односу на ЗОПРС одступивши од споразума трговца и потрошача као једног од услова за покретање поступка медијације. Процесни акт којим се покреће медијација у потрошачким споровима није споразум о посредовању, већ предлог за покретање медијације који потрошач подноси у складу са чл. 159 ЗЗП. Када се теоријски расправља о аргументима за или против обавезне медијације, као претходно отвара се питање да ли се медијација намеће потрошачу или трговцу. Наш је утисак да – иако постоје аргументи и у прилог наметања медијације потрошачима¹⁸ – она много губи у очима просечног потрошача ако се одступи од добровољног карактера. Сви бенефити које би евентуално могло донети прописивање медијације као обавезне у одређеној врсти *потрошачких* спорова (нпр. из осигурања) могли би се довести у питање због „урођеног“ отпора осигураника према врсти недржавне правде, која им је наметнута. У светлу актуелне законске интервенције у нашем праву, питање обавезности медијације треба посматрати у контексту два фактора. Први је садржина обавезне медијације, тј. до ког дела поступка би потрошач био обавезан да учествује.¹⁹ Друго, да ли је обавезна медијација компатибилна са правом на приступ судској заштити? Тако, позиција потрошача не би била у великој мери тангирана ако се обавеже да приступи медијацији као

18 Аргументи у прилог обавезне медијације су бројни: упознавање просечног потрошача са овом варијантом АДР; упознавање са свим погодностима медијације кроз контакт са њом; кристалисање стандарда медијације прилагођених управо одређеној материји, итд.

19 Fernando Esteban de la Rosa, „La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo“, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nr. 25/2017, 24–25.

фази која претходи судском поступку, у форми обавезујућег информативног састанка, који је бесплатан и након кога се може одустати. Ово зато што смо у савременом праву сведоци револуције у алтернативном решавању спорова. Док се почетком XXI века водила расправа око оправданости АДР, сада је фокус на охрабривању или чак форсирању странака да спорове решавају медијацијом.²⁰ Могло би се рећи да прича о успеху медијације и уопште заокрет ка већем коришћењу ове форме АДР има свој корен у прилагођавању конкретне форме решавања спорова предмету спора, као и више него очигледној способности да пошаље једноставне поруке корисницима услуга правне заштите.²¹ Савсим је другачија ситуација ако би потрошач био приморан да води поступак медијације све до његовог окончања против своје воље.²²

Што се тиче наметања медијације трговцима, у упоредном праву постоји увелико развијена пракса обавезивања трговаца да приступањем привредној асоцијацији прихвате и предлоге потрошача о решавању спорова медијацијом.²³ Одступање од принципа добровољности медијације се, дакле, лакше прихвата ако је медијација наметнута јачој уговорној страни. Уосталом, АДР Директива не даје било какве назнаке за разрешење ове дилеме, већ оставља могућност државама чланицама да механизам вансудског решавања спорова учине обавезним за трговца, под условом да странама у спору није ускраћено право на приступ суду.²⁴

Предлогом из ЗЗП српско потрошачко право инклинира ка вертикалној реформи када је реч о обавезном учешћу трговаца у вансудском решавања потрошачких спорова. Нема дилеме да је механизам вансудског решавања спорова у Србији веома неразвијен и да је

20 У савременом друштву води се расправа у чијем фокусу је питање зашто људи више не користе медијацију, односно ради се на промоцији медијације као вредности правног система и друштва у целини. Вид. Hazel Genn, „What is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice“, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Nr. 1/2012, 410.

21 *Ibid.*, 410.

22 Helena Díez García, „Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/EU de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo“, *Resolución Alternativa de litigios de Consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) No. 524/2013)* (dir. Silvia Díaz Alabart, Christina Fuenteseca Degeneffe), Madrid, 2017, 187–188.

23 Уосталом, такву праксу уважава и АДР Директива, која у Рециталу 49 Преамбуле каже: „...ова директива не би требало да доводи у питање национална правила према којима је учешће трговаца у таквим поступцима обавезно или подложно иницијативама или казнама или према којима је њихов исход обавезујући за трговце...“.

24 АДР Директива, чл. 1.

реформа неопходна, али оправдано се поставља питање да ли би било мудрије да се крене са хоризонталном реформом да би се постепено дошло до вертикалне реформе. Наиме, упоредноправна анализа наводи на закључак да постоје бројна балансирана решења, која би могла довести до постепеног и прогресивног повећавања стопе учешћа трговаца у АДР. Подсећања ради, у нашем праву у неким областима (финансијске услуге, туристичке услуге, телекомуникационе услуге) већ функционишу субјекти за решавање спорова (при Народној банци Србије, Националној асоцијацији туристичких агенција и Регулаторној агенцији за електронске комуникације и поштанске услуге – РАТЕЛ).²⁵ Став је законодавца да је потрошачки сектор права адреса за обавезну медијацију, осим оних делова потрошачког сектора у којима већ функционише систем АДР.

О томе колико је „тврд“ став нашег законодавца сведочи одредба по којој потрошач може одустати од даљег учешћа у вансудском решавању потрошачког спора до окончања поступка.²⁶ *A contrario*, трговац нема то право ако потрошач иницира поступак медијације, иако сасвим другачије произлази из ЗОРСП. Дакле, секторски законодавац је одступио од начела добровољности не само у погледу услова за покретање медијације, већ и у погледу њеног тока. Трговцу је наметнуто да учествује у овом поступку, све до оног тренутка док потрошач не одустане.

Сматрамо да је решење ЗЗП којим се, између осталог, сектор осигурања изузима од обавезне медијације на страни трговаца правно-политички неприхватљиво и да се њиме наноси штета не само потрошачима услуга осигурања, већ и целокупној индустрији. Ако је већ Одлуком о приговору усвојен принцип да је поступак посредовања бесплатан, требало је имплементирати и комплементарну одредбу о томе да предлог слабије стране у вези са покретањем поступка посредовања осигуравачи не могу да одбију. Иако је реално очекивати да ће се савесни осигуравачи *de facto* управо тако понашати, на потрошаче би подстицајно деловало сазнање да подзаконски акт (или закон!) ексклузивно њима даје процесну моћ покретања овог вансудског поступка. Комбинација процесног овлашћења и одсуства било каквог финансијског оптерећења може бити добитна и за сектор осигурања. Ако је већ сектор осигурања један од оних за који се везује притисак на државни правосудни апарат, требало је признати осигураницима процесно овлашћење покретања поступка медијације, без могућности осигуравача да се томе супротста-

25 Стратегија заштите потрошача за период 2019–2024. године, *Службени гласник РС*, бр. 26/2019, 51–52.

26 ЗЗП, чл. 151 ст. 6.

ве. НБС је својим подзаконским актом створила само делимичне услове за развој АДР у осигурању.

б) На медијацију у осигурању се не примењује ЗОПРС

Друго, на посредовање у осигурању се не примењује ЗЗП (што произлази из његовог језичког тумачења). То, донекле, и можемо да схватимо, посебно имајући у виду да је ЗЗП усвојен након усвајања Одлуке о приговору. Али, већи фактор изненађења везује се за податак да се на посредовање у осигурању не примењују ни одредбе закона којим се уређује посредовање у решавању спорова.²⁷ А то је *sedes materiae* за сва питања посредовања у решавању спорова. С правом се поставља питање према правилима које процедуре ће бити вођен поступак посредовања у осигурању. Својеврсни вакуум у погледу процедуралних питања није *in favorem* потрошача, којима су потребне гаранције независности и непристрасности, као и фер посредовања. Додуше, Одлуком о приговору помињу се начело хитности и поверљивости, искључује извођење доказа саслушањем странака, вештачење, итд. Али, све то није довољно да би се могло закључити да постоје неопходне процесне гаранције ЗОПРС, а још мање из АДР Директиве.

Која начела обележавају поступак посредовања по ЗОПРС? Осим начела добровољности (од кога се у осигурању не одступа!), то су: начело равноправности; начело личног учешћа у поступку; начело искључења јавности; начело поверљивости; начело неутралности; начело хитности; начело прихватљивости доказа.

Принцип равноправности странака јесте једно од најбитнијих начела сваке процедуре, од кога се по природи ствари не сме правити изузетак ни у поступку медијације. У поступку посредовања стране су равноправне.²⁸ Посредник је дужан да, уважавајући све околности случаја, странкама обезбеди равноправан положај.²⁹ Равноправност странака примарно подразумева равноправност у коришћењу правних средстава (енг. *equality of arms*). Ово је, иначе, један од елемената права на правично суђење (енг. *fair trial*) из чл. 6 ЕКЉП.³⁰ По угледу на парничну процедуру, странкама које су се одлучиле за медијацију треба пружити разумну могућност да се користе прилагођеним процесним средствима. Пошто је медијација *norm free* поступак, поента је да се у свакој фази не створе услови који би *de facto* водили дискриминацији једне стране.

27 Одлука, тач. 21 ст. 2.

28 ЗОПРС, чл. 10 ст. 1.

29 ЗОПРС, чл. 10 ст. 2.

30 Европска конвенција о људским правима (*European Convention on Human Rights*).

Медијатор има одговорност да обезбеди да свака страна презентује под равноправним условима чињеничну страну „приче“, као и да предочи аргументе који јој иду у прилог. Кључно је да ни у једног фази поступка не дође до тога да је једна од страна у повољнијој процесноправној позицији: да је њој, примера ради, омогућено да о једном питању изнесе неки доказ, а другој страни није. Флексибилност самог поступка медијације утиче и на флексибилност принципа равноправности.

Принцип личної учешћа у йосійуйку подразумева да у поступку посредовања стране као физичка лица учествују лично.³¹ Пуномоћник физичког лица, као стране у поступку посредовања, може учествовати у поступку посредовања уз страну коју заступа. У складу са АДР Директивом, физичко лице може бити учесник у поступку посредовања и без ангажовања пуномоћника. У принципу, требало би форсирати спровођење медијације без адвоката на страни осигураника, коме би тек тада овај поступак заиста био опипљиво економичнији од судског поступка. Све и да су адвокати едуковани о посредовању и спремни да подрже странку у намери да се поравна са другом страном, интерактивном карактеру медијације смета њихово мешање у овај интересима странака прилагођени АДР поступак.

Начело искључења јавности из поступка медијације јесте повезано са пријатељским карактером овог поступка. Искључење јавности не утиче на могућност да се странке договоре да овом поступку присуствују трећа лица која оне одреде.³² Присуство трећих лица не треба мешати са учешћем у поступку. Ако се трећим лицима допусти да присуствују поступку медијације, то најчешће неће значити могућност да се мешају у само мирење. Осим тога, и та лица су обухваћена клаузулом поверљивости.

Принцип йоверљивосійи rationae materiae односи се на питање који подаци су обухваћени овим принципом. Према закону, сви подаци, предлози и изјаве из поступка посредовања или у вези са поступком посредовања су поверљиви, осим ако се стране нису другачије споразумеле. У складу са упоредним тенденцијама принцип поверљивости обезбеђује атрактивност поступку посредовања, те је инаугурисан у свим законодавствима. Странке имају легитимни интерес да одреде опсег примене овог принципа. Изузетак је прописан само у ситуацијама када се ти подаци морају саопштити на основу закона, ради заштите јавног поретка, као и у случају када је то потребно ради спровођења

31 И овај принцип је дериват права на правично суђење. Вид. Александар Јакшић, *Евројска конвенција о људским йравима*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 193.

32 ЗОПРС, чл. 12 у вези са чл. 11 ст. 4.

споразума странака.³³ Што се тиче лица на која се *rationae personae* односи клаузула поверљивости, то су: странке, њихови законски заступници и пуномоћници, посредник, трећа лица која присуствују поступку посредовања, као и лица која обављају административне послове за потребе посредовања. Поменута лица су дужна да све податке, предлоге и изјаве у вези са поступком посредовања чувају као тајну и одговарају за штету насталу кршењем ове обавезе.³⁴

Принцип неутралности каже да посредник у поступку посредовања поступа неутрално. Ово је крајње апстрактна формулација, коју треба тумачити у контексту равноправног и фер третмана странака. ЗОПРС није изричито поменуо да посредник треба да испуњава стандарде независности и непристрасности у делу који уређује принципе. Да ли се може резоновати да су они обухваћени принципом неутралности? Ми мислимо да би изричито помињање независности и непристрасности допринело већем кредибилитету медијатора у очима страна. Закон је то и учинио у делу који уређује поступак посредовања. Наиме, постоје посебне одредбе о изузећу посредника, по којима се посредник изузима из поступка посредовања у коме има лични интерес или ако из других разлога није у могућности да поступа непристрасно.³⁵

Принцип хијносии каже да се поступак посредовања спроводи без одлагања, у најкраћем могућем времену. Временски оквир медијације по ЗОПРС износи 60 дана, осим уколико се стране не споразумеју другачије. Ако се, пак, испостави да за потребе одређеног спора то није довољан распон, закон допушта странама да се договоре о пролонгирању рока за окончање медијације. То решење је *in favorem* медијације. С друге стране, ЗЗП је следећи логику АДР Директиве прописао рок од 90 дана за окончање поступка медијације. Овај рок се рачуна од подношења предлога за покретање поступка медијације, с тим да се у сложеним предметима може продужити за још 90 дана. Дакле, рок за окончање овог поступка не би требало да буде дужи од 90 дана, и то само у сложенијим потрошачким предметима. Када је реч о мање сложеним предметима, треба форсирати окончање у краћем року. Будући да Одлука о приговору не дефинише рок у коме треба окончати поступак медијације директно, а како се на поступак посредовања у осигурању не примењују ни ЗЗП, ни ЗОПРС, остаје отворено питање који је препоручени временски лимит овог поступка? Да ли се о томе може посредно закључити циљним тумачењем одредаба Одлуке о приговору о односу поступка посредовања и приговора упућеног НБС?

33 ЗОПРС, чл. 13 ст. 1.

34 ЗОПРС, чл. 13 ст. 2.

35 ЗОПРС, чл. 22 ст. 1.

Принцип њиховог поверљивости доказа у другим поступцима надовезује се на принцип поверљивости.³⁶ Предлози изнети током посредовања који су дати искључиво ради закључења споразума не могу се користити у судском, арбитражном или другом поступку, нити саопштити на други начин. Странке, њихови законски заступници и пуномоћници, посредници, трећа лица која присуствују поступку посредовања, као и лица која обављају административне послове за потребе посредовања, не могу се у било ком судском или другом поступку позивати на околности, сведочити или предлагати као доказ: чињеницу да је једна страна предложила спровођење поступка посредовања или изразила вољу да у њему учествује; мишљења и ставове које је страна у поступку посредовања изразила или предлоге које је у том поступку изнела искључиво у циљу постизања споразума; могуће начине решавања спорног односа које је током поступка посредовања изнео посредник и чињеницу да је страна у поступку показала спремност да прихвати предложени начин решавања спорног односа; исправу која је припремљена искључиво за потребе поступка посредовања. Суд или други орган који води поступак неће прихватити поменуте предлоге. Ако се у поступку посредовања страна позвала на неки доказ који би у другом поступку могла да ускрати, коришћење таквог доказа у поступку посредовања не значи пристанак на његово коришћење у другом поступку.

в) Нејасноћање процедуралних гаранција

Треће, поступак спроводи посредник, који је запослени у НБС и који поседује *одговарајућа* знања и вештине (подвукла Н. П. Т.). Посредник не мора бити уписан у одговарајући регистар посредника у смислу закона којим се уређује посредовање у решавању спорова. Ако већ поседује одговарајућа знања и вештине, зар не би било логично да је посредник – запослени у НБС уписан у одговарајући регистар посредника? Да ли то значи да се, када је реч о посредовању у осигурању, не примењују процесне гаранције из АДР Директиве? Тиме се срозава степен очекиване заштите слабије стране. Штавише, одступа се од минималних стандарда који иначе важе у професији медијатора. За овакав приступ не постоји ваљано оправдање.

Имајући у виду значај адекватног и временски рационалног процесуирања притужби потрошача, не чуди што је АДР Директивом направљен уступак давањем могућности државама да таквим телима признају статус тела за АДР, под условом да гарантују уважавање процесних гаранција из АДР Директиве, посебно независности и непри-

36 ЗОПРС, чл. 16.

страсности. То што се по АДР Директиви приговор начелно не сматра формом АДР, не значи да тела за решавање притужби у оквиру трговаца нису корисна. Она врше итекао корисну улогу у поступку правилног усмеравања ка расположивим опцијама АДР. Треба дати ветар у леђа свим формама које форсирају дијалог и разрешење спора непосредним преговорима заинтересованих страна. Тиме ће се предупредити превелико оптерећење субјеката за АДР, што би могло проузроковати сличне проблем као у вези са судовима. Из угла нашег права посматрано, бар у домену осигурања, пошто нису доследно спроведени захтеви независности и непристрасности, није за очекивати да се приговору да статус АДР метода у осигурању. Приговор евентуално остаје неакредитовани метод АДР.

Из чл. 6 АДР Директиве произлази да се стручно знање лица која су овлашћена за решавање спорова своди на „знање и вештине на пољу алтернативног или судског решавања потрошачких спорова, као и опште разумевање права“. Подвлачимо формулацију опште разумевање права (енг. *general understanding of law*), која имплицира да лица инволвирана у АДР поступке не морају бити правници.³⁷ На овом месту ваља указати на разлику у погледу примене процедуралних стандарда између тела која имају неадјудикативни карактер (попут посредника) и тела која имају овлашћење да наметну решење спора. Само у погледу других важе квалитативни стандарди о којима ће бити речи у наставку. Посматрано из визуре АДР директиве, одсуство процедуралних гаранција не мора бити проблематично када је реч о телима која немају мандат да наметну решење спора (посредници). Ствари се посматрају из другачијег угла када је реч о телима која имају адјудикативну функцију. Ово је једна од најслабијих тачака система вансудског решавања спорова, будући да када се примењују АДР методи – нема регулативе која би нагласила значај правних квалификација носилаца АДР правде.³⁸ То не би запало у очи да не постоји чл. 11 (1) који захтева од држава чланица да у поступцима АДР којима је циљ решавање спора наметањем решења потрошачу обезбеде да потрошач не буде лишен заштите коју пружају мандаторне одредбе меродавног права.

Да ли из ове формулације можемо да закључимо да у таквим поступцима мора да се обезбеди присуство бар једног правника, будући да „опште разумевање права“ није довољна гаранција да ће бити уваже-

37 Слично Jonas Kotzur, „Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – Fortschritt oder Rückschritt“, *Verbraucher und Recht*, Nr. 7/2015, 245–247.

38 Jagna Mucha, „Alternative dispute resolution for consumer disputes in the European Union: challenges and opportunities“, 2015, доступно на адреси: <https://www.qmul.ac.uk/law/media/law/docs/undergrad/04-Mucha.pdf>, 5. 3. 2022, 33.

но меродавно право заштите потрошача?³⁹ Ово утолико пре ако је реч о прекограничном спору, где би тело за АДР хипотетички могло бити у ситуацији да примењује мандаторне одредбе не своје, већ неке друге државе.⁴⁰ Чак и да је иоле упознато са мандаторним одредбама права државе уобичајеног боравишта потрошача (а питање је да ли ће бити тако?), упознатост није исто што и познавање садржине тог права и не гарантује да ће оно бити адекватно примењено. Како можемо бити сигурни да ће лице које води поступак, а од кога се тражи само генерално разумевање права, бити кадро да обезбеди вођење фер поступка, у коме принцип равноправности странака добија на тежини управо због тога што правни поредак зна да је једна странка у типичној потрошачкој позицији?⁴¹ Ми смо мишљења да и субјекти за АДР увек, а не само у домену потрошачких спорова, треба да примењују базичне процедуралне стандарде који иначе важе и у судској процедури.⁴² Плашимо се да ли ће у споровима пред националним субјектима за АДР превагнути принцип ефикасности и брзине у односу на принцип заштите потрошача.⁴³

і) Окончање њосійуйка сїоразумом

Што се тиче начина окончања поступка посредовања, Одлука о приговору помиње три начина: обустављање поступка, одустанак једне од страна, и најбитније – споразум страна. Прецизирано је да се споразум сачињава у писменој форми и да ће имати снагу извршне исправе ако садржи изјаву дужника да пристаје да поверилац на основу тог споразума, након доспелости потраживања, може покренути поступак принудног извршења (клаузула извршности), као и потписе страна и посредника, које су оверили суд или јавни бележник. Садржину споразума о решавању спора посредовањем одређују стране. Из ЗОПРС произлази да се споразум сачињава у писаној форми и потписује од стране страна, посредника и пуномоћника који присуствују посредовању.

Да ли овакву одредбу треба разумети као једини допуштени модалитет споразума страна у поступку посредовања у осигурању? – Нипо-

39 F. Esteban de la Rosa, 25.

40 Marco B. M. Loso, „Consumer ADR after implementation of the ADR Directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law“, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 2015–42, Amsterdam, 2015, доступно на адреси: <https://dare.uva.nl/search?identifier=ae37b82d-9dec-4ab8-84a1-d774e22b1423>, 5. 3. 2022, 8.

41 Gerhard Wagner, „Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?“, *Common Market Law Review*, Nr. 1/2014, 183.

42 J. Mucha, 35.

43 Marco Loos, „Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law“, *European Review of Private Law*, Nr. 1/2016, 61.

што. То би било противно интересима потрошача. Из ове ситуације јасно произлази да је одредба Одлуке о приговору којом се искључује примена ЗОПРС врло погрешна и штетна по интерес медијације у осигурању. То је можда највећи недостатак регулаторног оквира осигурања створеног овим подзаконским актом. Ако бисмо ограничили исход поступка само на споразуме који испуњавају услове да се назову извршном исправом, проценат успеха медијације би вероватно био мањи него у било којој другој бранши. А заправо је факат да неће сви поступци медијације бити окончани споразумом страна који испуњава услове за квалификацију као извршне исправе. Велики број спорова биће окончан поравнањем, које се односи на превазилажење конфликта бар око чињеничних питања.

Управо то произлази из ЗОПРС, који наглашава да ако стране не постигну споразум због несагласности о правним питањима, могу постићи писану сагласност о чињеничним питањима. Чињенична питања обухваћена сагласношћу воља страна у поступку посредовања сматраће се неспорним у судском или другом поступку. Из онога што у закону пише испада да споразум о решавању спора посредовањем не мора да доведе до разрешења свих спорних питања. Законодавац сматра да ће успех бити постигнут и ако се странке договоре бар о неким, тј. чињеничним питањима, која ће се у било ком другом поступку убудуће сматрати неспорним. У томе се огледа флексибилност посредовања.

Када је реч о споразуму који се односи само на чињенична питања,⁴⁴ нема сметњи да се квалификује као вансудско поравнање?⁴⁵ Сама садржина договора може бити различита: од договора који се тиче само разрешења спорног питања до договора којима се не само разрешава спорно питање, већ и прилично модификује важећи уговорни однос.⁴⁶

44 Овакав споразум уноси елемент извесности у односима између страна. Будући да представља сагласност страна о садржини материјалноправног односа, евентуални поновни спор о истом би се могао бавити само садржином самог споразума, а не и чињеницама које су претходиле његовом закључењу. Јасно је да је оваква ситуација мање повољна од оне у којој постоји споразум о правним питањима, али ни она није пример „губљења времена“, јер странама омогућава да се позову на чињенице утврђене споразумом и да избегну поновно расправљање о њима. ЗОПРС изричито каже да ће се чињенична питања обухваћена сагласношћу воља страна сматрати неспорним у судском или другом поступку (чл. 26 ст. 5).

45 Детаљније вид. Наташа Петровић Томић, „Медијација по нацрту Закона о заштити потрошача“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2020)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 476–498.

46 Детаљније вид. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбиљража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 219–221.

IV Закључна запажања

Поређењем одступања регулаторног оквира осигурања успостављеног Одлуком о приговору од режима посредовања по ЗОПРС и ЗЗП намеће се закључак да су се писци Одлуке о приговору послужили чистим *cherry picking* приступом. Иако им је намера била да створе специјалан систем АДР у осигурању (инспирисан АДР Директивом), о оригиналности не може бити говора. Пре ће бити да су писци подзаконског акта преписивали мало ЗОПРС, мало тадашњи нацрт ЗЗП, све у уверењу да је то довољно за делимичну имплементацију АДР Директиве. Шта смо добили као финални резултат? Недовршен и незаокружен полусистем, који се не може назвати алтернативом судском апарату. Будући да ЗЗП забрањује примену одељка посвећеног АДР на сектор осигурања, то нема говора о попуњавању празнине оснивањем потрошачке арбитраже.

Основни недостатак постојећег система АДР у осигурању је изостанак адјудикативних метода вансудског решавања спорова. Спорови из осигурања, стога, не могу бити решени изван мреже судског апарата, већ могу бити само превенирани. То знатно умањује капацитете АДР у овом делу финансијског тржишта. Ствар је утолико непријатнија ако знамо да се ни одредба ЗЗП о потрошачкој арбитражи не може применити у домену осигурања.

Осим ове начелне примедбе, да ли је остварен напредак у односу на стање пре усвајања Одлуке из 2021. године? Не значајан. Уочљив је одређени помак у погледу процесне позиције потрошача услуга осигурања, али то је још увек далеко од европских стандарда. Потрошачу није пружена могућност да кад год пожели иницира поступак посредовања, под условом да је претходно искористио приговор. Будући да се грађани приликом куповине робе или услуга налазе у потрошачкој позицији, биће им чудно да, примера ради, могу да покрену медијацију у вези са купљеном техничком робом, док у погледу осигурања их у томе (бар формалноправно) може осујетити осигуравач! За разлику од колега који послују у потрошачком сектору, осигуравачима није наметнута медијација. Да ли је резон НБС био да ће освешћени осигуравачи и без наметања форсирати решавање спорова посредовањем?! Врло вероватно. Утолико пре што се поменути поступак одвија пред телом које истовремено врши и надзорну функцију на тржишту осигурања. И да ће добровољно испуњавати обавезе преузете на основу споразума о решавању спорова посредовањем!? Свакако, ако ни због чега другог, онда због институционалног притиска који врши НБС.

Посебно је питање шта ће бити са Одлуком ако се усвоје измене ЗОПРС, о којима се све гласније говори, а којима би се медијација учинила обавезујућом за све трговце, без обзира на сектор из кога долазе?! Да ли би и по том сценарију осигурање било изузето из режима ЗОПРС, и колико је то перспективан приступ?

Велики недостатак режима установљеног Одлуком о приговору представља непримена ЗОПРС, тачније његове одредбе о начелима поступка посредовања, као и процесна правила уопште. Како можемо бити сигурни да ће се посредовање у осигурању заиста одвијати према општеприхваћеним начелима медијације ако је Одлуком о приговору процедура само овлаш уређена?! Да ли нам поверење улива запослени у НБС који поседује одговарајућа знања и вештине, а који нема обавезу да их верификује уписом у регистар тела за посредовање?

Непознаница у вези са поступком медијације, која се може негативно одразити на права потрошача, а још више на њихов дојам о медијацији, је непостојање концизне одредбе о року у коме се поступак има окончати. Одлуком о приговору ни оквирно није речено у ком року треба завршити поступак медијације у осигурању. Будући да у позитивном праву тренутно постоје два рока, из закона од којих се ни један не примењује на посредовање у осигурању (*sic!*), питање је ком ће се „јату“ приклонити НБС својом политиком одлучивања?! Посредно се може закључити да НБС сматра да би рок од 6 месеци био оптималан. Ово закључујемо на основу циљног тумачења одредбе која прописује да се поступак по приговору НБС може завршити споразумом о решавању спора посредовањем.⁴⁷ Будући да НБС одлучује о приговору у року од 3 месеца од дана пријема приговора, односно у року од 6 месеца у сложенијим предметима, то произлази да би и посредовање требало окончати најкасније у том року. Тиме би се рок за посредовање у осигурању уподобио року за решавање потрошачких спорова из АДР Директиве.

Дакле, ЗО није предвидео вансудско решавање спорова у правом смислу речи, већ је обавезао друштва за осигурање и друге пружаоце услуга осигурања да решавајући о приговорима покушају да спрече да спор/питање дође до суда. Исто важи и за посредовање пред НБС, која нема овлашћење да решава о имовинскоправном захтеву осигураника, већ је евентуално разрешење спора у рукама заинтересованих страна. У циљу заштите потрошача услуга осигурања, требало је прописати обавезу друштва за осигурање да успоставе поступак вансудског решавања спорова из осигурања, и аналогну обавезу да у општим условима осигурања – који су саставни део уговора о осигурању – буде

47 Одлука о приговору, тач. 36.

садржано обавештење о поступку вансудског решавања спорова из осигурања. Тачније, у услове осигурања треба унети клаузулу о мирном решавању спорова по принципу постепености, што подразумева да се подношење приговора даваоцу услуга осигурања постави као сметња за покретање било ког вансудског поступка.

Да закључимо: бројна питања остају отворена што се тиче посредовања у осигурању које је уређено подзаконским актом НБС. Када се упореде одступања од режима посредовања по *lex specialis* пропису са одступањима од потрошачке медијације, долазимо до закључка да је медијација у осигурању на раскршћу. Све мањкавости о којима је било речи најефикасније могу бити отклоњене усвајањем посебног Закона о вансудском решавању потрошачких спорова, из чијег поља примене *rationae materiae* не би било искључено осигурање.

Коришћена литература

- Díez García Helena, „Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/EU de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo“, *Resolución Alternativa de litigios de Consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) No. 524/2013)* (dir. Silvia Díez Alabart, Christina Fuenteseca Degeneffe), Madrid, 2017.
- Esteban de la Rosa Fernando, „La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo“, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nr. 25/2017.
- Genn Hazel, „What is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice“, *Yale Journal of Law and the Humanities*, Nr. 1/2012.
- Јакшић Александар, *Европска конвенција о људским њравима*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006. (Jakšić Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006)
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009. (Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraž a i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009)
- Kotzur Jonas, „Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – Fortschritt oder Rückschritt“, *Verbraucher und Recht*, Nr. 7/2015.
- Loos Marco, „Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law“, *European Review of Private Law*, Nr. 1/2016.

- Loso Marco B. M., „Consumer ADR after implementation of the ADR Directive: enforcing European consumer rights at the detriment of European consumer law“, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 2015–42, Amsterdam, 2015, доступно на адреси: <https://dare.uva.nl/search?identifier=ae37b82d-9dec-4ab8-84a1-d774e22b1423>, 5. 3. 2022.
- Mucha Jagna, „Alternative dispute resolution for consumer disputes in the European Union: challenges and opportunities“, 2015, доступно на адреси: <https://www.qmul.ac.uk/law/media/law/docs/undergrad/04-Mucha.pdf>, 5. 3. 2022.
- Петровић Томић Наташа, „Решавање потрошачких спорова пред арбитражом“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2014. (Petrović Tomić Nataša, „Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2014)
- Петровић Томић Наташа, „Заштита потрошача услуга осигурања и информациона парадигма – Одлука Народне банке Србије о заштити права и интереса корисника услуга осигурања“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016. (Petrović Tomić Nataša, „Zaštita potrošača usluga osiguranja i informaciona paradigma – Odluka Narodne banke Srbije o zaštiti prava i interesa korisnika usluga osiguranja“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2016)
- Петровић Томић Наташа, „Медијација по нацрту Закона о заштити потрошача“, *Усклађивање пословној праву Србије са правом Европске уније (2020)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Petrović Tomić Nataša, „Medijacija po nacrtu Zakona o zaštiti potrošača“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2020)* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)
- Petrović Tomić Nataša, „Medijacija u osiguranju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 1/2020.
- Wagner Gerhard, „Private Law Enforcement Through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?“, *Common Market Law Review*, Nr. 1/2014.

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION OF
INSURANCE DISPUTES ACCORDING TO LAW
ON CONSUMER PROTECTION
– The Privilege of Exemption or Discrimination of
Insurance –**

Summary

Introduction of mandatory mediation for professionals is one of the most important legal novelties of Law on consumer protection (2021). But the range of above-mentioned change could be assessed only when it is borne in mind that there are areas in which the sector governing alternative dispute resolution does not apply. Financial services are one of them. Central bank of Serbia passed a bylaw which regulated it in more details alternative dispute resolution procedures in the field of insurance. The author is dealing with the issue of justification of exemption of insurance sector from mandatory mediation. Whether such a solution will contribute to the improvement of consumer protection in the mediation process? Or the insurance sector will continue to languish in the dark? Whether insurance is really so “special” that it deserves the privilege of exemption? Or it is in fact discrimination of insurance, which in the long run affects consumers of insurance services.

Key words: *Law on Consumer Protection. – Mediation. – Insurance. – Central Bank of Serbia.*

Датум пријема рада: 25. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 30. 5. 2022.

УДК: 347.626(497.11)

CERIF: S 130

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22206A

*Катари́на ДОЛОВИЋ БОЈИЋ**

Ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРАВНИ РЕЖИМ НЕПОКРЕТНОСТИ СТЕЧЕНИХ СРЕДСТВИМА ИЗ УГОВОРА О КРЕДИТУ ЗАКЉУЧЕНОГ ПРЕ ИЛИ У ТОКУ ТРАЈАЊА БРАКА**

Сажетак

У времену у којем се кувовина неокрећносћи – пре свећа сћанова – у значајној мери финансира средсћвима из кредитћа, а у којем сћаитћи-сћиика бележи повећан број развода бракова, постојаје актуелно ипћћање иправној режима неокрећносћи сћечених средсћвима из ућвора о кредитћу.

Неоћходно је разћраничитћи две ируће случајева: ирво, случајева када је један сућружник пре брака закључио ућвор о кредитћу и ићим средсћвима финансирао кувовину неокрећносћи, ири чему је кредитћ насћавио да оћћилаћује у браку; и друћо, случајева у којима је неокрећносћ финансирана средсћвима из кредитћа кувљена у браку, да би након ирестћанка брака један сућружник насћавио да оћћилаћује кредитћ.

* Електронска адреса аутора: k.dolovic@ius.bg.ac.rs.

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Правног факултету под називом „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2022. годину.

Аутор зајача да осетљивости појединих ситуација некада наводи судове да уместио уишем стириктине примене пројиса крену уишем начела правичности. Иако је свако удаљавање од слова закона ојасно, несјорно је да је положеј судова често незавидан када је реч о имовинским односима сујружника, будући да се одлуком уииче и на животи чланова једне породице.

Кључне речи: *Брак. – Искључива својина. – Режим заједничке својине. – Режим сусвојине. – Облиационојравни захтев.*

I Увод

Статистике показују да се све већи број станова финансира средствима добијеним закључењем уговора о кредиту.¹ Уговори о стамбеним кредитима се обично закључују на период од 10, 15, 20 или чак 30 година. Како је неспорно реч о дугом временском периоду, могуће је да након закључења уговора о кредиту са намером куповине непокретности купац закључи брак или да, пак, током отплате кредита узетог у браку дође до престанка брачне заједнице,² најчешће разводом или смрћу једног од супружника.³ Када су у питању разводи бракова,⁴

1 Куповина станова се у далекој већој мери финансира средствима из кредита у односу на куповину земљишта. Тако је у првој половини 2021. године чак 37% станова купљено на кредит. У односу на 2018, 2019, и 2020. годину очигледан је благи пораст броја купљених станова на кредит у односу на станове чија је цена исплаћена у готовини. Тако је у првој половини 2018. године 26% станова купљено средствима из кредита, у другој половини 2018. године 27%, у првој половини 2019. године 28%, док је у другој половини 2019. године овај проценат износио 29. Током 2020. године долази до благог скока процента станова купљених на кредит у оквиру укупног броја купљених станова, па тако он долази до 32–33%. Извор: Републички геодетски завод. Ови подаци се односе на Србију. Вид. Euronews, Само 16 одсто некретнина плаћено из кредита: шта стоји иза куповине станова за кеш, доступно на адреси: <https://www.euronews.rs/biznis/nekretnine/16718/samo-16-odsto-nekretnina-placeno-iz-kredita-sta-stoji-iza-kupovine-stanova-za-kes/vest>, 10. 3. 2022.

2 По чл. 30 ст. 1 Породичног закона, осим смрћу једног брачног друга и разводом, брак може престати и поништењем. Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005 и 6/2015.

3 У случају смрти једног брачног друга, приликом утврђивања састава заоставштине долази до издвајања по различитим основима, између осталог и издвајања за супружника оставиоца по основу брачне тековине. Оливер Антић, *Наследно право*, Београд, 2007, 52.

4 Међутим, занимљиво питање може бити и да ли закључење уговора о стамбеном кредиту, посебно оног са дужим – вишегодишњим роком отплате, може бити фактор „учвршћења“ брака. Ово посебно у ситуацији када је уговор о кредиту

очигледан је тренд пораста броја развода у односу на број закључених бракова.⁵

Све то рађа питање правног режима непокретности стечених средствима из кредита за време трајање брачне заједнице сада бивших супружника, али и непокретности коју је један супружник купио пре брака, а у највећој мери отплатио у браку.⁶

закључен у току брака и са идејом да буде отплаћиван заједнички од стране оба супружника. То питање би ипак остало изван теме овог рада.

- 5 Тако је, на пример, у 2020. години у Србији закључено 23.599 бракова, док је разведено 8.687. Вид. Републички завод за статистику, Закључени и разведени бракови, доступно на адреси: <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/stanovnistvo/zakljuceni-i-razvedeni-brakovi/>, 10. 3. 2022.

Што се тиче, пак, 2021. године, посматрано по месецима (од јануара до новембра), и то на броју од 1.000 закључених бракова, најмање развода у Србији је било у месецу августу – 101, док је највећи број развода забележен у новембру – 500,8. Републички завод за статистику, *Месечни статистички билтен*, доступно на адреси: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2022/Pdf/G20223002.pdf>, 10. 3. 2022.

У 2020. години је у Београду закључен 6.031 брак, док је разведено чак 2.438 бракова. Статистички посматрано, то би значило да се на 1.000 закључених бракова разведе 404,2 брака. Занимљиво је тако да је највећи број развода бракова током 2020. године забележен на општини Савски венац, а најмањи на Новом Београду. Посматрано на нивоу Београда, број разведених бракова има тренд раста. Тако је у 2016. години број разведених на 1000 закључених бракова износио 265,9, 2017. године тај број је био 261,8, 2018. године – 299,9, док је 2019. године на 1.000 закључених бракова број разведених износио 308,2. Завод за информатику и статистику, Саопштење 47/2021, доступно на адреси: <https://zis.beograd.gov.rs>, 10. 3. 2022, интернет извор без броја стране.

- 6 Занимљиво питање је и да ли је пандемија вируса Covid-19 утицала, и ако јесте, на који начин је утицала на број закључених и разведених бракова, као и на промет непокретности. Наиме, како је пандемија погодила читав свет, те утицала на све сфере друштва, поставља се питање да ли је двогодишња борба против вируса праћена мерама изолације, карантина, полицијског часа, забране окупљања утицала и на човека као појединца – на његову породицу, те на који начин је овај нови начин живота утицао на одлуке у погледу закључења брака, односно његовог престанка разводом. С друге стране, поставља се питање да ли је светска криза праћена пандемијом утицала на тржиште некретнина.

Што се тиче броја закључених бракова, уколико посматрамо Београд, очигледан је тренд смањења броја закључених брака. Тако је током 2016, 2017, 2018. и 2019. године број закључених бракова у Београду прелазио бројку од 9.000, да би током 2020. године, као што смо већ написали, износио нешто преко 6.000. То је и логично имајући у виду различите мере које су постојале од тренутка настанка пандемије, а у погледу забране окупљања. Завод за информатику и статистику, Саопштење 47/2021, интернет извор без броја стране. За стање у САД-у вид. Brandon G. Wagner, Kate H. Choi, Philip N. Cohen, „Decline in Marriage Associated with the COVID-19 Pandemic in the United States“, *SOCIUS*, Vol. 6, 2020, доступно на адреси: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2378023120980328>, 10. 3. 2022.

У погледу броја развода, а посматрано на нивоу Београда, уочљиво је значајно повећање броја разведених бракова, посматрано процентуално у односу на број од

Приликом одлучивања пред судовима се отварају бројна питања: утврђивање тренутка закључења уговора о кредиту; утврђивање тренутка стицања права својине на непокретности купљеној средствима из кредита; утврђивање тренутка закључења брака; утврђивање тренутка престанка брачне заједнице (уколико је до истог дошло);⁷ питање начина отплате кредита након прекида брачне заједнице – да ли су супружници наставили да отплаћују кредит заједно, или је пак то наставио да чини само један од супружника?

Сва та питања могу се поставити и за ванбрачне партнере, односно питање режима непокретности стечених средствима из кредита може се поставити и онда када су непокретности стечене или бар отплаћиване у току трајања заједнице живота ванбрачних партнера. Овде сада неминовно улазимо и у питање појма ванбрачне заједнице које је далеко деликатније. Наиме, тренутак закључења и престанка брака је увек неспоран, будући да је реч о подацима који се уписују у матичне књиге. Код брачне заједнице евентуално може бити споран тренутак престанка фактичке брачне заједнице као заједнице живота, уколико је исти претходно, те се из тог разлога не поклапа са тренутком формалног престанка брака, на пример са тренутком правноснажности пресуде о разводу брака.

Постављени проблем је неопходно посматрати из два потпуно различита угла. Наиме, могућа су два сценарија: први, када је непокретност финансирана средствима из кредита купљена пре брака од стране

1.000 закључених бракова. Тако је током 2016. године на 1.000 закључених бракова број развода износио 265,9; 2017. године овај број је био 261,8; 2018. – 299,9; док је током 2019. године на 1.000 закључених бракова број разведених износио 308,2. Као што смо већ написали у претходним редовима, током 2020. године у Београду смо на 1.000 закључених бракова имали 404,2 развода. Завод за информатику и статистику, Саопштење 47/2021, интернет извор без броја стране.

Што се тиче тржишта некретнина, било је за очекивати да промет буде смањен. Међутим, десило се супротно – цене станова су порасле, а промет упркос томе порастао. По речима стручњака објашњење за ову само наизглед нелогичну појаву јесте у томе да је пандемија изазвала код људи страх и панику, те су се одлучивали за инвестирање у непокретност као сигурну инвестицију. Вид. BBC News на српском, Корона вирус и некретнине: зашто је продаја станова у Србији процветала усред пандемије, доступно на адреси: <https://www.bbc.com/serbian/lat/srbija-59180361>, 10. 3. 2022.

- 7 Уколико брак престаје поништењем или разводом релевантан је тренутак правноснажности пресуде о поништењу или разводу брака. Вид. чл. 30 ст. 2 Породичног закона. То би био тренутак када је брак и формално окончан. Друго је питање фактичког престанка заједнице живота супружника који често претходни пресуди, посебно у случају развода брака. Поред тога, брак може престати и смрћу једног од супружника. Тада се може отворити питање да ли су супружници све до тренутка смрти једног од њих остваривали заједницу живота.

једног од будућих супружника и други, када је уговор о кредиту, као и уговор о продаји стана закључен у току трајања брака. У првом случају, проблем настаје онда када је кредит који је пре брака подигао један од будућих супружника отплаћиван касније у току брака од стране оба супружника. У другом случају, до спора може доћи уколико након прекида брачне заједнице само један супружник настави да извршава обавезе из уговора о кредиту.

У решавању спорних случајева видећемо да пракса лута из, могло би се рећи, разумљивих разлога. Наиме, применимо ли општа правила стварног права – правила о стицању права својине, правила о режиму заједничке својине, у небројано много случајева у пракси дошли бисмо до неправичних решења. Пођемо ли, с друге стране, путем начела правичности, страхујемо да би могло доћи до повреде фундаменталних правила својинскоправних односа те одредаба Закона о основама својинскоправних односа,⁸ али и одредаба ПЗ који регулише имовинске односе супружника. Ипак, начело правичности често добија у судским одлукама (и то чак одлукама највишег суда) предност или бар „ранг“ материјалног права. Тако је у једној одлуци Врховни суд Србије заузео став да „осим по принципу ‘према њиховом доприносу’ деоба имовине супружника може се вршити и према принципу ‘правичности’.“⁹ Колико год овај став суда у неким ситуацијама може бити коректив очигледно неправичних решења до којих доводи примена позитивног права, исти став је и те како опасан јер отвара врата широкој дискреционој моћи суда која даље постаје погодна тло за стварање неуједначене судске праксе. Начело правичности би могло наћи своје место примене, али никако онда када у конкретном случају нема правне празнине. Отуда је неопходно ићи путем примене правила позитивног права те само у тим оквирима пронаћи решење које ће бити и законито, а с друге стране и правично у мери у којој то прописи дозвољавају. Крене ли се само путем примене начела правичности, створиће се једна неуједначеност и разноликост у одлучивању, а правна сигурност ће бити озбиљно пољуљана. Ипак, не би требало бити ни престрог. Некада је и те како лакше узети научни став по одређеном правном питању него пресудити у спору чији ће исход утицати на имовинске односе, а самим тим и животе (бивших) супружника и њихове деце.

8 Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

9 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 791/05. Гордана Станковић (ред.), *Збирка сен-џенци из грађанској права и грађанској процесној права, књига прва*, Београд, 2018, 159.

II Стицање заједничке својине

Нужно је разликовати појам заједничке имовине супружника од појма заједничке својине супружника.¹⁰ Наиме, док је право својине само једно субјективно грађанско право, под имовином се подразумева скуп имовинских права и обавеза – поред права својине, дакле, у појам имовине улазе и друга стварна и уопште апсолутна права, облигациона права, али и обавезе.¹¹ Ипак, нас у овом раду занима заједничка својина супружника, као појам ужи од појма заједничке имовине супружника, односно још уже – право својине на непокретности стеченој средствима из уговора о кредиту.

Закон о основама својинскоправних односа, у чл. 18 ст. 1 и 2, прописује да право заједничке својине може постојати у случајевима и под условима одређеним законом, те да је реч о својини више лица на неподељеној ствари када су њихови удели одредиви, али нису унапред одређени. Институт заједничке својине регулисан је и Законом о поступку уписа у катастар непокретности и водова.¹² Тако законодавац прописује да се право својине може уписати у јавни регистар као својина, сусвојина и као заједничка својина,¹³ те да се заједничка својина на непокретности уписује на име свих заједничара.¹⁴

Заједничка својина настаје искључиво на основу закона. То би значило да се режим заједничке својине на ствари не може установити правним послом.¹⁵ Даље, судска одлука овде не би имала конститутивно дејство, што значи да суд својом одлуком не би могао да ствара режим заједничке својине, већ само да у евентуалном спору констатује да је одређена ствар у режиму заједничке својине.¹⁶ Отуда, како каже и сам законодавац, заједничка својина настаје у случајевима и под условима

10 О различитим имовинским режимима у браку у упоредном праву вид. World Bank Group, *World Development Report 2012: Gender Equality and Development*, доступно на адреси: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/4391>, 5. 3. 2022, 162; Barbara Stark, *International Family Law: An introduction*, Aldershot – Burlington, 2005, 117–118.

11 Вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999, 162.

12 Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова – ЗПУКНВ, *Службени гласник РС*, бр. 41/2018 и 95/2018, чл. 3 ст. 1 тач. 4.

13 ЗПУКНВ, чл. 7 ст. 1.

14 ЗПУКНВ, чл. 7 ст. 4.

15 Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo, Svezak prvi*, Zagreb, 2007, 726.

16 Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1825/16 од 1. 11. 2017. Доступно у бази *Ing Pro*.

одређеним законом.¹⁷ Имајући у виду предмет овог рада, нас занима заједничка својина супружника, односно по речима законодавца онај „случај“ када заједничка својина настаје у браку а стичу је супружници.

Појам тзв. брачне тековине одређен је чл. 171 ст. 1 ПЗ. Реч је о имовини коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку. Дакле, услови о којима законодавац говори у чл. 18 ЗОСО јесу услови неопходни за настанак режима заједничке својине, а у случају брачне тековине прописани су чл. 171 ст. 1 Породичног закона – рад и заједница живота супружника.¹⁸

Уколико је реч о стицању права својине на непокретности на основу пуноважно закљученог уговора о продаји (будући да је предмет нашег интересовања у овом раду стицање непокретности куповином средствима из уговора о кредиту), да би та непокретност била у режиму заједничке својине супружника неопходно је да је упис у катастар непокретности¹⁹ извршен на основу пуноважног уговора у току трајања брака. Само би на тај начин били испуњени услови прописани законом за настанак режима заједничке својине на непокретној ствари.

Међутим, поставља се питање тренутка стицања уколико би било речи о тзв. ванкњижној својини, будући да тада не би могао да се као релевантан узима тренутак уписа јер уписа не би ни било.²⁰ У судској пракси се искристалисао став да би се, у случају да је из одређеног разлога немогуће извршити упис у катастар непокретности,²¹ а реч је о случајевима када упис по правилу има конститутивно дејство, право својине стицало на основу пуноважног правног основа и стечене државине ствари.²²

17 ЗОСО, чл. 18 ст. 1.

18 „Заједница живота у браку, осим емотивне, родитељске, партнерске и других облика заједнице, подразумева и економску заједницу, у којој оба партнера имају одређене улоге и на свој начин доприносе функционисању и добробити исте.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 6879/19 од 20. 12. 2019. године, доступно у бази *Intermex судска пракса*.

19 Чл. 33 ЗОСО прописано је да се право својине на непокретности на основу правног посла стиче уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом.

20 Више о појму ванкњижне својине вид. Катарина Доловић Бојић, „Савесност као услов стицања права својине“, *Правни животић*, бр. 10/2017, 562–563.

21 Само један од случајева који улазе у појам ванкњижне својине јесте ситуација када, из одређеног разлога, није могуће извршити упис права својине у јавни регистар.

22 Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2721/2011 од 22. 2. 2012. године. Реч је о стицању својине на непокретности која није уписана у катастар. У делу пресуде који је доступан у бази судске праксе *Paragraf Lex* наведено је само да је у конкретном случају реч о непокретности која није уписана у катастар, те да се

Дакле, статус заједничара на одређеној непокретности стиче се тренутком уписа власништва у јавни регистар. Када се поступак за поделу брачне тековине окончава судском одлуком – суд установљава које ствари се налазе у режиму заједничке својине и приступа њеној деоби тако што утврђује уделе оба супружника, чиме се из режима заједничке својине прелази у режим сусвојине.²³ Самом судском одлуком се дакле не стиче статус заједничара, односно заједничка својина на конкретној ствари. Заједничар се, дакле, постаје тренутком стицање права својине – код књижне својине уписом у регистар, а код ванкњижне стицањем државине на основу пуноважног уговора.

Чињеница што су средства за куповину непокретности обезбеђена на основу уговора о кредиту није од значаја за стицање права својине те режим у којем ће се купљена непокретност налазити. Ово из разлога што ни исплата цене није услов за стицање права својине. Па тако, чињеница што ће се новац којим је исплаћена цена непокретности враћати банци годинама кроз отплату кредита нема утицај на већ стечено право својине, као ни на режим у којем се непокретност налази. Прекид брачне заједнице сам по себи такође не утиче на режим непокретности стечених у браку – реч је о већ стеченом праву.²⁴ На промену режима не утиче ни чињеница што након престанка брачне заједнице отплату кредита можда преузме само један од супружника, иако је чл. 187 ст. 1 ПЗ прописано да за заједничке обавезе супружници одговарају солидарно. Како је заједничка својина, по слову закона, својина више лица на неподељеној ствари – на којој су, дакле, удели одредиви, али нису унапред одређени, то се све до деобе не може говорити ни о как-

због тога ради о ванкњижној својини. Ми полазимо од претпоставке да упис непокретности није био могућ јер је једино тада исправно говорити о ванкњижној својини.

- 23 У једној својој одлуци Апелациони суд у Београду тако сликовито објашњава да суд у споровима за поделу брачне тековине поступа по фазама – у првој фази утврђује укупну имовинску масу, односно када је у питању својина установљава се врста, количина и вредност стечених материјалних добара (покретних и непокретних ствари); у другој фази се врши издвајање ствари које су у режиму посебне имовине; у трећој фази се утврђује радни допринос сваког члана заједнице и у четвртој, суд коначно приступа одлучивању о величини удела сваког брачног друга у заједничкој имовини. Вид. Решење Апелационог суда у Београду, Гж. 1263/2012 од 6. 12. 2012. године. Доступно у бази *Paragraf Lex*.
- 24 Право својине је најшире у границама закона право држања, употребе и располагања стварју. Гаранције неповредивости права својине прописане су не само националним законодавствима, већ и међународним актима. Право својине може бити ограничено и одузето само у јавном интересу и на основу закона. Право својине је апсолутно, искључиво и трајно. François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris, 2014, 147–156.

вим уделима супружника, већ је стечена непокретност заједничка.²⁵ Дакле, до поделе брачне тековине може доћи у току или након престанка брачне заједнице, и тек тада престаје да постоји режим заједничке својине.²⁶

III Уговор о кредиту закључен пре брака

Закључењу брака може претходити куповина стана једног од будућих супружника средствима из кредита. Како је најчешће реч о уговорима са вишегодишњим роком отплате кредита, то је могуће да након што купац стана на кредит исплати одређени број рата кредита, закључи брак те настави да кредит отплаћује у браку. Ствар постаје деликатнија уколико већи део кредита буде отплаћен у току трајања брачне заједнице. Стога се поставља питање: у којем је правном режиму стечена непокретност?

На ово питање је могуће одговорити на различите начине. С једне стране, пођемо ли од тога на који начин је стечена својина на купљеној непокретности, долазимо до одговора да је право својине на непокретности стечено у тренутку уписа права својине у катастар непокретности, на основу пуноважно закљученог уговора о продаји, а средствима из кредита. Како је уговор о продаји закључио један од бивших супружника у својству купца, то је једино он и могао бити уписан у катастар као власник купљене непокретности, будући да у том тренутку и није био у браку.²⁷ Следствено томе, стечена непокретност би била у режиму одвојене својине једног супружника.

25 Право да захтевају деобу заједничке имовине имају, по чл. 181 ПЗ, супружници, наследници умрлог супружника и повериоци оног супружника из чије се посебне имовине нису могла намирити њихова потраживања.

26 „Удели супружника се, иначе, приликом поделе брачне тековине утврђују у истој сразмери за сва права и обавезе у тренутку престанка заједнице живота у браку. Евентуално се већи удео једног супружника у стицању појединог права из заједничке имовине може утврдити само ако је то право економски самостално у односу на остала права из заједничке имовине, а супружник је у стицању тог права учествовао и приходима из своје посебне имовине.“ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 539/17 од 21. 9. 2017. године. Гордана Станковић (ред.), *Збирка сенџеници из грађанској права и грађанској процесној права, књиџа група*, Београд, 2019, 110.

27 У том смислу се изјашњава и Апелациони суд у Београду у једној својој одлуци те наводи да „када је стан купљен годину дана пре закључења брака са туженим-противуужиоцем делом сопственим средствима, а делом од кредита који је почела да отплаћује још пре него што је купила предметни стан, који је отплаћиван током трајања брака и од средстава остварених издавањем тог стана, па није стечен радом у току трајања заједнице живота у браку, не представља заједничку имовину“.

С друге стране, ставимо ли начело правичности испред правила о својинскоправним односима, односно норми о стицању права својине на непокретности долазимо до потпуно другачијег закључка. Наиме, правичност би нас водила путем утврђивања величине удела супружника у предметној непокретности. Наиме, предметна непокретност би се на тај начин сматрала брачном тековином, те би била у режиму заједничке својине супружника. Током судског поступка поделе брачне тековине поставило би се питање доприноса сваког супружника понаособ у стицању брачне тековине, па у оквиру тога и доприноса у отплати кредита. Ту би се даље отварало питање и у којој мери је супружник који је и закључио уговор о кредиту и уговор о продаји непокретности отплатио кредит пре брака, те да ли је одређени износ новца дао на име учешћа. Идући путем правичности судови, дакле, могу закључити да је непокретност купљена пре брака ипак у режиму заједничке својине, будући да је највећи део цене исплаћен у браку.²⁸

Колико год овај други начин изгледао правично, он би довео до тоталне правне збрке. Наиме, поставило би се питање како нешто што је до једног тренутка било искључива својина једног супружника одједном постаје заједничка својина оба супружника. Као друго битно питање јавило би се да ли је то неки нови начин стицања својине посматрано из угла другог супружника, те колико је то други супружник у браку требало да учествује у отплати/помоћи приликом отплате кредита да би стекао својство заједничара у нечему што је пре брака била искључива својина његовог брачног друга. Дакле, кренемо ли путем примене начела правичности, доводимо у питање правила о стицању права својине.

Питамо се да ли би било могуће задовољити оба захтева – и захтев за поштовањем основних правила о стицању права својине и начело правичности. Чини нам се да је то ипак могуће. И више од тога – да је то једино правно коректно решење. Кренимо, наравно, прво од правила о стицању права својине на непокретности. Неспорно је да се право својине на купљеној непокретности стиче у тренутку уписа у катастар непокретности.²⁹ Како је тренутак уписа у катастар претходио тренутку закључења брака то је као власник једино могао бити уписан супружник који је и закључио уговор о продаји стана. Такође, из чињенице

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 6964/2013 од 17. 12. 2014. године. Доступно у бази *Paragraf Lex*.

28 Пресуда Округног суда у Ваљеву, Гж. 1531/97 од 10. 11. 1997. године, доступно у бази *Ing Pro*. У овом спору непокретност није купљена средствима из кредита, али је цена исплаћивана у ратама. Како је непокретност купљена непосредно пре закључења брака, а три рате исплаћене у првој години брака, суд је сматрао да је спорна непокретност у режиму заједничке својине супружника.

29 Осим у случају ванкњижне својине, о чему је већ било речи.

да су закључење уговора и сам упис претходили закључењу брака произлази да се на овом месту не може применити ни фикција из ПЗ у погледу тога да иако је уписан само један – сматраће се да су уписана оба супружника.³⁰ Стога, непокретност је у искључивој својини једног брачног друга. Ипак, чињеница да је кредит у одређеној мери отплаћиван у току трајања брачне заједнице мора бити узета у обзир, али понављамо, не у смислу основа некаквог необјашњивог преласка непокретности из режима посебне у режим заједничке својине, нити у светлу критеријума за утврђивање удела приликом поделе лажне брачне тековине. Сматрамо да се та „неправда“ према другом супружнику може отклонити само путем облигационоправног (а не стварноправног) захтева који би други супружник поднео против супружника – власника непокретности. Висина облигационоправног захтева одговарала би учешћу супружника-невласника у отплати кредита/помоћи супружнику-власнику у отплати кредита. Дакле, то што је супружник-невласник у току трајања брака учествовао у отплати кредита посматраће се „као свако друго помагање у враћању позајмљеног новца“ – овде није реч о улагању у повећање вредности ствари, већ о помоћи у враћању дуга – тзв. стицање без основа посматрано из угла супружника-власника.³¹

Када је реч о ситуацији у којој су уговор о кредиту и уговор о продаји стана закључени пре брака, не би требало заборавити да је некада могуће да су супружници пре брака били ванбрачни партнери, те да су живели у ванбрачној заједници. У том случају би онда у заједничку имовину супружника улазила и имовина стечена за време трајања ванбрачне заједнице.³²

Како је живот непредвидив могуће је да је супружник у једном браку закључио уговор о кредиту, који је касније наставио да отплаћује у другом браку, заједно са другим супружником. Овде би се поставило питање, с једне стране, правног режима купљене непокретности, а с друге стране права супружника из другог брака који је помогао свом супружнику у отплати стана који је овај купио у првом браку. Непокретност би неспорно била у режиму заједничке својине, и то супружника који је узео кредит и његовог бившег супружника из првог брака – у случају да је извршена деоба, прешло би се на режим сусвојине, док би супружник из другог брака имао само право на облигационоправни

30 Ово, наравно, важи само за случајеве стицања заједничке својине пре почетка важења ЗПУКНВ.

31 Tomislav Aralica, *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi*, Zagreb, 2017, 52.

32 Вид. одлуку Врховног суда Србије, Гж. 4443/72. *Збирка судских одлука из области грађанској права 1973–1986*, Београд, 1986, 216.

захтев према свом супружнику будући да му је помагао у отплати кредита – извршавању заједничке обавезе супружника из првог брака.

IV Уговор о кредиту закључен у току трајања брака

Уколико је непокретност купљена у браку средствима из кредита, поставља се питање да ли ће чињеница што је након престанка брака само један супружник наставио да отплаћује кредит бити од утицаја на режим непокретности, односно да ли ће тај супружник стећи право на већи удео у заједничкој својини спорне непокретности?

Наиме, уговором о стамбеном кредиту уговорен је и рок отплате на обично дужи низ година. У том временском периоду може доћи до престанка постојања брачне заједнице – смрћу, поништењем или разводом брака. Престанком брака отвара се питање поделе брачне тековине. Уколико супружници не постигну споразум, приступа се судској деоби брачне тековине те утврђивању доприноса супружника у њеном стицању. На тај начин се из режима заједничке својине прелази на режим сусвојине. Уколико другачије не буде утврђено током поступка – уколико један супружник не докаже да је у већој мери доприносио стварању брачне тековине, удели супружника у стицању су једнаки.

Проблем може настати онда када кредит „надживи“ брак, што се неретко и дешава, и то из најмање три очигледна разлога: прво, дугог рока отплате кредита; друго, све већег броја ситуација у којима се куповина непокретности финансира из кредита; и треће, тренда повећања броја развода бракова.³³

Уколико је током трајања брака кредит отплаћиван заједничким напорима оба супружника, те исто тако и настављено након прекида брачне заједнице, ствар је неспорна.

33 Иначе, у бракоразводној парници покренутој тужбом једног супружника за развод брака не може се одлучивати о деоби брачне тековине, осим уколико не постоји споразум о деоби, када је могуће истовремено одлучивање и о разводу брака, и о деоби заједничке имовине. Уколико се, пак, странке у поступку за споразумни развод брака сагласе да немају заједничку имовину, па се таква констатација унесе у изреку пресуде о разводу, тиме није преклудирано право брачних другова да након тога у посебној парници утврђују својину на имовини стеченој у браку. Ако се уз предлог за споразумни развод брака доставља и споразум о деоби заједничке имовине (што није нужно), он мора бити у форми јавнобележнички потврђене исправе. Вид. Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2 бр. 161/12 од 29. 2. 2012. године, Правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења Апелационог суда у Крагујевцу одржаној 27. 12. 2010. године и Правни закључак Грађанских одељења са заједничког састанка грађанских одељења, одељења за радне спорове и одељења судске праксе Апелационих судова Републике Србије са судијама Врховног касационог суда одржаног 25. 9. 2015. у Крагујевцу. Г. Станковић (2018), 458–460.

Комплекснија ситуација би била она у којој би након престанка брачне заједнице само један од супружника наставио да извршава обавезе из уговора о кредиту. Поставља се питање да ли ће та околност утицати на промену режима непокретности или висине утврђених сувласничких удела супружника након поделе брачне тековине, будући да се у тренутку поделе брачне тековине те утврђивања висине удела није могло унапред знати како ће се супружници након престанка брака понашати у погледу обавезе исплате кредита којим је финансирана куповина заједничке непокретности.³⁴

Чињеница да непокретност купљена у току трајања брака није до краја отплаћена не утиче на стечено право својине, односно режим у којем се предметна непокретност налази. Дакле, уколико је непокретност стечена у току трајања брака, односно уколико је извршен упис у катастар на име једног³⁵ или оба супружника,³⁶ а на основу пуноважно

34 Хрватска судска пракса је неуједначена по том питању. Наиме, судска пракса из седамдесетих година стајала је на становишту да су кредитни анuitети само заједнички дугови бивших супружника и да чињеница да је само један супружник након престанка брака наставио да отплаћује кредит није од значаја за утврђивање висине сувласничких удела. Касније, осамдесетих година, судска пракса доживљава заокрет, те се сматра да онај супружник који је наставио да отплаћује кредит сам након престанка брака има право на већи удео у стицању. Данас постоји неуједначена судска пракса по том питању. Више о стању у Хрватској вид. код: Т. Aralica, 51.

35 Чланом 176 ст. 2 ПЗ уводи фикцију прописујући да се сматра да је упис извршен на име оба супружника и онда када је извршен на име само једног, осим ако након уписа није закључен писмени споразум супружника о деоби заједничке имовине, односно брачни уговор, или је о правима супружника на непокретности одлучивао суд.

36 ЗПУКНВ у чл. 7 ст. 4 прописује правило да се заједничка својина уписује на име свих заједничара. Став 5 (као и ст. 6, 7 и 8) цитираног члана законодавац посвећује заједничкој својини брачних другова, те прописује да се у катастар уписује заједничка својина на непокретности увек када се утврди да је стицалац у тренутку настанка исправе за упис био у браку. Изузетак од правила да се непокретност стечена у браку ставља у режим заједничке својине постојаће само у оним ситуацијама када оба супружника изјаве да конкретна непокретност није у режиму заједничке својине, већ да је у питању посебна својина једног од њих, као и у оним неспорним случајевима када се супружници упишу као сувласници, те деле брачну тековину иако су у браку.

Доношењем ЗПУКНВ нису стављене ван снаге одредбе ПЗ које регулишу институт заједничке својине брачних и ванбрачних другова. Оне су и данас релевантне приликом предузимања правног посла којим преносилац располаже стварју у режиму брачне тековине јер се у односу на његов упис и даље примењује фикција да је извршен на име оба (ван)брачна друга. Осим тога, њихова релевантност се огледа и у томе што се пред судовима и даље воде поступци започети из времена пре доношења ЗПУКНВ. Следствено томе, одредбе ПЗ ће престати да буду актуелне тек у неком тренутку у далекој будућности, када код јавних бележника буду

закљученог уговора ствар је у заједничкој својини супружника. Приликом поделе брачне тековине утврђени су удели у њеном стицању, јединствено за све ствари које улазе у састав тековине, па тако и за предметну непокретност. Чињеница да кредит којим је стан финансиран није отплаћен у браку такође није од утицаја на утврђене уделе.³⁷ Даље, чињеница да је након престанка брака само један од супружника наставио да извршава обавезе из уговора о кредиту не може довести до поновне прерасподеле већ утврђених удела.³⁸ Ово стога што би у супротном отплата рата кредита постала начин стицања права својине – основ за промену својинског режима ствари или основ за повећање удела оног супружника који је наставио да отплаћује кредит – а тако нешто се чини недопустивим јер представља озбиљну претњу по правну сигурност.

Ипак, не би било праведно остати нем на чињеницу да након престанка брака само један супружник наставља да отплаћује кре-

долазили само преносиоци који располажу непокретностима стеченим након ступања на снагу ЗПУКНВ, или пак они који су се на основу чл. 7 ст. 5 ЗПУКНВ уписали као заједничари на непокретности стеченој у браку на којој је најпре био уписан само један супружник као власник. Више о располагању једног брачног друга непокретношћу у режиму заједничке својине вид. код Снежана Дабић, Катарина Доловић Бојић, „Располагање једног (ван)брачног друга непокретношћу у заједничкој својини“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019, 409–411.

37 „Заједничку имовину брачних другова представља и имовина која је стечена за време трајања брака средствима до којих су брачни другови дошли путем кредита. У случају раскида брачне заједнице пре исплате кредита, остаје њихово право и обавеза да отплаћују кредит сразмерно свом уделу у стеченој заједничкој имовини.“ *Врховни суд Србије*, Гж. 1330/82. *Збирка судских одлука из области грађанског права 1973–1986*, 214. Овакав став суда не само да је у складу са материјалним правом, већ би свако супротно становиште створило могућност за несавесну страну да онемогућавањем другог бившег супружника у учествовању у отплати кредита стекне или непокретност у искључивој својини или макар већи удео у истој.

38 Тако резонује и Окружни суд у Нишу у својој пресуди Гж. 2085/94, те наводи да „отплата анuitета из подигнутог кредита само од једног брачног друга након раскида брачне заједнице, није од утицаја за оцену величине доприноса другог брачног друга у стицању стана, осим ако брачни друг који није учествовао у отплати кредита другом брачном другу призна већи удео у стану сразмерно извршеним улагањима.“ Суд у образложењу полази од тога да је законска претпоставка да је имовину коју су брачни другови стекли радом у току брачне заједнице њихова заједничка имовина, те да ако један од брачних другова после престанка брачне заједнице из посебне имовине увећа вредност заједничке имовине, или ако плати купљену ствар на кредит, он има право да му други брачни друг накнади део издатака сразмерно свом уделу у тој ствари. Други брачни друг ће се евентуално, по становишту суда, ослободити те обавезе ако му призна већи удео у ствари сразмерно извршеним улагањима. Суд у даљем тексту закључује да само зато што је тужила отплатила већи део кредита није стекла право својине на целом стану, јер ниједним законским прописом није предвиђено да се на овај начин стиче својина на непокретности. Доступно у бази *Ing Pro*.

дит. Наиме, чл. 187 ст. 1 ПЗ прописано је да „за обавезе преузете ради подмирења заједничког живота у браку, као и за обавезе које по закону терете оба супружника, одговарају супружници солидарно својом заједничком и посебном имовином.“³⁹ Ставом другим истог члана законодавац предвиђа да уколико је супружник из своје посебне имовине подмирио заједничку обавезу има право на накнаду од другог супружника сразмерно његовом уделу у заједничкој имовини.

Стога бисмо могли извести закључак да би супружнику који је наставио да плаћа рате кредита након престанка брака и након поделе брачне тековине требало признати облигационоправни захтев према другом супружнику који би одговарао износу који је први супружник уплаћивао на име отплате кредита уместо другог супружника који је престао учествовати у отплати након престанка брака.⁴⁰ Који део је супружник уплаћивао на име отплате кредита уместо другог супружника, односно који део рате је дужан да отплаћује други супружник, зависи од његовог удела у заједничкој имовини утврђеног током поделе брачне тековине. Разлог за такав закључак лежи у томе што у случају престанка брачне заједнице пре исплате кредита бивши супружници имају и право и обавезу да отплаћују кредит сразмерно свом уделу у стеченој заједничкој имовини.

Ипак, вођени начелом правичности, наши судови ће некада доћи до погрешног одговора, а наиме, да је непокретност, иако купљена на кредит у току трајања брака, ипак у режиму посебне својине оног супружника који је закључио уговор о кредиту из разлога што је убрзо након куповине стана дошло до престанка заједнице живота. Тако је Врховни касациони суд у једној својој пресуди⁴¹ закључио да „стан који је један брачни друг купио средствима из кредита, а чији је незнатни

39 У том смислу вид. пресуду Окружног суда у Краљеву Пж. 1069/95 од 29. 2. 1996. године: „Када је у питању зајам, стоји солидарна обавеза оба брачна друга према зајмодавцу, јер је обавеза преузета ради подмирења потреба брачне заједнице. У том смислу, брачни друг који је отплаћивао кредит стиче само тражбено право према другом брачном другу и може захтевати да му други брачни друг накнади тако исплаћени остатак кредита, односно дуг исплаћен по основу зајма сразмерно његовом делу.“ Доступно у бази *Ing Pro*.

40 Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 640/82: „Када су странке подизањем кредита у току трајања брака купиле стан, онда он представља њихову заједничку имовину. Отплата остатка кредита, извршена од стране једног брачног друга после престанка брачне заједнице, не може се узети као посебан допринос тог брачног друга, који би водио повећању његовог својинског удела, већ он само стиче тражбено право према другом брачном другу и може захтевати да му други брачни друг накнади тако исплаћени остатак кредита, сразмерно његовом уделу.“ *Збирка судских одлука из области грађанској права 1973–1986*, 214–215.

41 Врховни касациони суд Рев. 376/10 од 21. 4. 2010. године. Доступно у бази *Ing Pro*.

део (половину прве рате) отплатио током трајања брачне заједнице не представља заједничку имовину бивших супружника ... већ његову посебну имовину.“

Пред судовима се отварало и питање да ли је релевантно ко је од супружника закључио уговор о кредиту. Пракса је, с правом, заузела став да је приликом одлучивања потпуно ирелевантно то што је уговор о кредиту закључио један од супружника – та чињеница није од значаја за режим у којем се непокретност налази, као ни за утврђивање висине удела.⁴²

Како живот може креирати различите ситуације, то се поставља питање шта уколико су супружници током трајања брачне заједнице стекли одређена девизна средства која нису уложили током брака у неку непокретност, нити су уштеђевином за живота располагали. Разлог за то је најчешће чињеница да је један од супружника тајно издвајао новчана средства током трајања брачне заједнице, те тако самостално и располагао девизним средствима купујући непокретност. Питање које се отвара јесте – да ли купљена непокретност улази у режим посебне имовине преживелог супружника који ју је и стекао или у режим заједничке својине, будући да је стечена средствима која датирају из времена постојање брачне заједнице и која су бивши супружници стекли радом током трајања брака. Како у теорији, тако и у пракси постоје различити одговори на ово питање што само потврђује његову комплексност. Један део теорије, а и праксе, иде логиком да је непокретност у режиму заједничке својине, док се други део залаже за то да се непокретност сматра посебном својином супружника који ју је и стекао, а да се другом супружнику да само право на облигационоправни захтев. Аргументација коју обе стране нуде је следећа. Први сматрају, и то с правом, да се на овом месту мора применити институт реалне суброгације, односно да се мора поћи од тога да вредност добијена на име потпуног или делимичног нестанка неког објекта из заједничке својине такође улази у режим заједничке својине.⁴³ Други, опет, сматрају да уколико је новац који је неспорно стечен у току трајања брачне заједнице утрошен за куповину одређене

42 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1836/2013 од 12. 9. 2013. године. Доступно у бази *Paragraf Lex*.

43 Ненад Тешић, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни животић*, бр. 10/2006, 263; Марија Драшкић, *Породично право и право дејашта*, Београд, 2007, 396. У том смислу резонује и Врховни суд Србије, те истиче да „ако су брачни другови радом у току брака стекли имовину коју је један од њих за време одвојеног живота отуђио, па добијеним средствима купио другу имовину, онда и другом брачном другу припада право заједничке својине на тој имовини по истом основу, по коме му је припадало право и на раније продатој заједничкој имовини.“ Вид. одлуку

ствари по прекиду брачне заједнице, онда та ствар не може бити у режиму заједничке имовине. Као критеријум се, дакле, наводи тренутак стицања спорне ствари.⁴⁴ Такође, могуће је ствар поставити и обрнуто – поћи од тога да је непокретност купљена у току брака, али средствима из посебне имовине једног од супружника. У том случају би непокретност била у режиму посебне својине супружника.

Судска пракса познаје и изузетке од правила, али само у тачно одређеним ситуацијама – у случају постојања споразума супружника/бивших супружника. Тако, на пример, Апелациони суд у Београду у једној својој одлуци износи став да иако је непокретност купљена у току трајања брака, ипак ће се сматрати искључивом својином једног супружника будући да на постојање таквог споразума указује околност да су супружници у заједничком предлогу за споразумни развод брака навели да немају заједничку имовину, као и да се предметна непокретност води на једног супружника.⁴⁵ На сличан резон, само супротно посматрано, наилазимо у одлуци Врховног суда Србије у којој суд наводи да „околност што је уговор о куповини стана закључен пре закључења брака, нема значаја ако постоји споразум странака да стан заједнички прибаве поводом предстојећег закључења брака.“⁴⁶ Иако наведене изузетке судска пракса правда постојањем споразума, овакво резонување представља значајно одступање од законске дефиниције брачне тековине, а супротно је и чињеници да се заједничар постаје искључиво на основу закона.

V Закључак

Питање режима непокретности купљених средствима из кредита постаје све актуелније. Разлози су многобројни – све већи број непокретности, пре свега станова, финансира се средствима из кредита;

Врховног суда Србије, Гж. 2718/76. *Збирка судских одлука из обласији грађанској права 1973–1986*, 1986, 214.

44 Милан Почуча, „Заједничка имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2012, 136. У том смислу резонује и Апелациони суд у Крагујевцу те наводи да када један од брачних другова након прекида брачне заједнице употреби новчана средства стечена у брачној заједници за куповину непокретности, та непокретност је у његовој посебној својини, а други супружник има само право на облигационоправни захтев. ГЖ-874/16 од 8. 12. 2016. године. Доступно у бази *Ing Pro*.

45 Вид. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8001/2016 од 18. 1. 2017. године. Доступно у бази *Paragraf Lex*.

46 Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1924/71. *Збирка судских одлука из обласији грађанској права 1973–1986*, 214.

уговори о кредиту најчешће имају дугогодишњи рок отплате; статистике показују да се број развода бракова повећава из године у годину... Услед тога, није ретка појава да након куповине непокретности на кредит купац закључи брак, те да током трајања брака и отплати највећи део кредита. Често се дешава и да супружници током брака купе стан на кредит, а да пре отплате кредита дође до престанка брачне заједнице, након чега кредит настави да отплаћује један супружник. У оба случаја поставља се питање да ли је купљена непокретност у режиму одвојене или заједничке својине супружника.

У проналажењу одговора на постављена питања теорија и пракса могу поћи различитим путевима – путем стриктне примене правних норми или путем примене начела правичности. Први пут је најсигурнији, у смислу што не оставља простор за произвољност у одлучивању. Други, пак, некада може бити логичнији, исправнији, посебно уколико се има у виду да у споровима који за предмет имају имовинске односе супружника суд залази у осетљива породична питања.

Ипак, када је реч о питању режима у којем се налази непокретност која је отплаћивана у браку, а купљена пре брака, или пак купљена, али не и до краја отплаћена у браку, нужно је поћи од основних правила о стицању права својине на непокретности. Наиме, уколико је непокретност купљена пре брака – купац је уписао право својине у катастар непокретности или је, у случају ванкњижне својине, на основу пуноважног уговора стекао државину ствари пре тренутка закључења брака – предметна непокретност се налази у режиму искључиве својине купца. Чињеница да је купац накнадно закључио брак, те у браку наставио да отплаћује кредит заједно са својим брачним другом, није од утицаја на стечено право својине. Супружник-невласник има само право на облигационоправни захтев према супружнику-власнику, а на име помоћи у отплати кредита.

Непокретност стечена у браку, а финансирана средствима из кредита, неспорно представља заједничку својину супружника. Чињеница престанка брака пре отплате кредита, као и чињеница да је након престанка брака само један супружник наставио да отплаћује кредит – нису од утицаја на режим непокретности. Супружник који је након престанка брака наставио сам да отплаћује кредит има право на облигационоправни захтев према другом супружнику у висини онога што је уместо њега уплатио на име отплате кредита.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Наследно право*, Београд, 2007. (Antić Oliver, *Nasledno pravo*, Београд, 2007)
- Аралика Томислав, *Брачна стежевина и други имовински односи брачних другова и судској пракси*, Загреб, 2017.
- Гавела Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белаж Влада, Стипковић Златан, *Стварно право, Сvezak први*, Загреб, 2007.
- Дабих Снежана, Доловић Бојић Катарина, „Располагање једног (ван) брачног друга непокретношћу у заједничкој својини“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2019. (Dabić Snežana, Dolović Bojić Katarina, „Raspolaganje jednog (van)bračnog druga nepokretnošću u zajedničkoj svojini“, *Pravo i privreda*, бр. 7–9/2019)
- Доловић Бојић Катарина, „Савесност као услов стицања права својине“, *Правни живот*, бр. 10/2017. (Dolović Bojić Katarina, „Savesnost kao uslov sticanja prava svojine“, *Pravni život*, бр. 10/2017)
- Драшкић Марија, *Породично право и право деце*, Београд, 2007. (Draškić Marija, *Porodično pravo i pravo deteta*, Београд, 2007)
- Почуча Милан, „Заједничка имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2012. (Počuča Milan, „Zajednička imovina supružnika“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, бр. 2/2012)
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Београд, 1999. (Stanković Obren, Orlić Miodrag, *Stvarno pravo*, Београд, 1999)
- Stark Barbara, *International Family Law: An introduction*, Aldershot – Burlington, 2005.
- Terré François, Simler Philippe, *Droit civil, Les biens*, Paris, 2014.
- Тешић Ненад, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот*, бр. 10/2006. (Tešić Nenad, „O zajedničkoj imovini supružnika“, *Pravni život*, бр. 10/2006)
- Wagner Brandon G., Choi Kate H., Cohen Philip N., „Decline in Marriage Associated with the COVID-19 Pandemic in the United States“, *SO-CIUS*, Vol. 6, 2020, доступно на адреси: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2378023120980328>, 10. 3. 2022.

Katarina DOLOVIĆ BOJIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LEGAL REGIME OF REAL ESTATE ACQUIRED WITH FUNDS FROM A LOAN CONTRACT CONCLUDED BEFORE OR DURING THE MARRIAGE

Summary

In a time when the purchase of real estate – especially apartments – is largely financed by long-term loan agreements, and when statistics show that the number of divorces is increasing year after year, the question of the real estate legal regime acquired through loan agreements is becoming an increasingly important issue.

In order to properly understand the problem of the legal regime of real estate, it is necessary to distinguish two groups of cases: firstly, the cases when one spouse concluded a loan contract before marriage and used that money to finance the purchase of a certain real estate; secondly, the cases in which the real estate was financed with funds from the loan acquired during marriage, but which (the marriage) was shortly after terminated and only one spouse continued to repay the loan.

Key words: *Marriage. – Exclusive Ownership. – Joint Ownership. – Co-Ownership. – Obligation Claim.*

Датум пријема рада: 13. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 6. 2022.

УДК: 347.751 ; 347.451.92

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22207A

др Урош ЗДРАВКОВИЋ*
доцент Универзитета у Нишу – Правног факултета, Србија

ПРАВО КУПЦА НА СМАЊЕЊЕ ЦЕНЕ УСЛЕД ПРОДАВЧЕВЕ ПОВРЕДЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ**

Сажетак

У раду се говори о праву купаца да смањи цену услед продавчеве повреде уговора о међународној продаји робе. Анализира се првенствено члан 50 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе, али и релевантна судска и арбитражна пракса, као и ставови на које се може наћи у литератури. Купац се може користити правом на смањење цене у случају када продавац изврши испоруку робе која није саобразна уговору. Конвенција не предвиђа да се купац може користити овим правом уколико је роба оштећена правним манам, мада се око тога истрајања воде полемике у литератури. Право на смањење цене није доследно купцу уколико продавац оклони несаобразности. Конвенција предвиђа и одговарајуће процедуралне кораке, односно радње које купац треба да изведе приликом реализације овог права. Износ за који се уговорена цена смањује мора одговарати разлици између вредности

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

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према (евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120).

испоручене робе која је несаобразна и вредности коју би имала саобразна роба у време испоруке.

Кључне речи: Међународна продаја робе. – Бечка конвенција. – Право на смањење цене.

І Уводне напомене

Право на смањење цене је једно од средстава које стоји на располагању купцу услед повреде уговора о међународној продаји робе од стране продавца. Каталог ових средстава је садржан у члановима 45–52 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године.¹ Према наведеним одредбама Конвенције, купац може захтевати извршење уговора, смањити цену или раскинути уговор. Конкретно, право купца на смањење цене уређено је чланом 50 Конвенције, који гласи:

„Ако роба није саобразна уговору, купац може, без обзира на то да ли је цена већ плаћена или није, снизити цену сразмерно разлици између вредности стварно испоручене робе у време испоруке према вредности коју би у то време имала роба саобразна уговору. Међутим, ако продавац отклони било које неизвршење својих обавеза у складу са чланом 37 или чланом 48, или ако купац одбије да прими испоруку од продавца у складу с тим члановима, купац не може да снизи цену.“

Смањење цене као средство којим се купац може користити услед продавчеве повреде уговора не представља пример оригиналности Бечке конвенције. Овај институт датира из римског права кроз правило *actio quanti minoris*,² а и данас је присутан у свим значајним цивилним правним системима.³ За разлику од континенталних правних система, наведени институт није у значајној мери (или није уопште) присутан у системима англосаксонског права.⁴ Смисао овог правног средства се састоји у омогућавању купцу да задржи несаобразну робу и

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 фусногама: Бечка конвенција, БК).

2 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 318.

3 Peter Piliounis, „The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?“, *Pace International Law Review*, Vol. 12, Nr. 1/2000, 29–30.

4 Sanne Jansen, „Price Reduction Under the CISG: a 21st Century Perspective“, *Journal of Law & Commerce*, Vol. 32, Nr. 2/2014, 326.

да продавцу плати цену која је сразмерна вредности те робе. За разлику од националних права, Бечка конвенција проширује домен примене овог правног средства на сва одступања од уговора која улазе у појам несаобразности, тј. на испоруку *aliud*-а, делимичну испоруку и квантитативна одступања.⁵ Тиме је купцу пружено једно врло еластично средње решење, помоћу кога ће моћи да избегне строгост раскида и да уједно сачува своје интересе које не би могао да оствари путем захтева за испуњење.⁶

У наставку рада следи детаљнија анализа овог права купца, уз помоћ релевантне судске и арбитражне праксе, као и ставова на које се може наићи у одговарајућој литератури. Говори се, најпре, о односу између права на смањење цене и осталих правних средстава која купцу стоје на располагању услед продавчеве повреде уговора. Затим је акценат рада на материјалноправним условима за коришћење права на смањење цене. Потом су предмет анализе процедурални услови, односно кораци које купац треба да спроведе приликом употребе овог правног средства. На крају рада су заступљена излагања која објашњавају начин смањења цене, односно метод за израчунавање износа за који цена треба да буде смањена.

II Однос између права на смањење цене и осталих правних средстава купца услед продавчеве повреде уговора

Као што је поменуто, право купца на смањење цене је једно из номенклатуре средстава која су обухваћена члановима 45–52 Бечке конвенције, а чија се функција састоји у заштити положаја купца услед повреде уговора коју чини продавац као друга уговорна страна. Као такво, право на смањење цене представља и алтернативу другим правима купца – да захтева извршење уговора или да раскине уговор.⁷ Купчев избор одговарајућег правног средства ће свакако зависити од процењених економских последица и конкретне ситуације. Са друге стране, право на смањење цене може добро послужити купцу када он нема право да употреби друга средства. На пример, уколико не постоје услови да се тражи од продавца извршење обавезе⁸ или онда када нема

5 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Службени лист СЦГ, Београд, 2005, 351.

6 *Ibid.*

7 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724).

8 Видети више о праву купца да тражи извршење обавезе од продавца: Урош Здравковић, „Право купца да тражи извршење обавезе од продавца услед повреде

основа за раскид уговора, или је, у складу са чланом 49(2) Конвенције, протекло разумни период за раскид уговора.⁹

На овом месту је посебно важно указати на **однос између права на смањење цене** и права на **надокнаду штете**, на основу одредаба БК. По правилу, купац увек има право на надокнаду штете која је настала услед продавачеве повреде уговора. Право на надокнаду евентуалне штете, дакле, купац може користити истовремено са правом на смањење цене. Такође, купац има право да изабере да захтева само надокнаду штете, без употребе права на смањење цене.¹⁰ Право на смањење цене се, међутим, значајно разликује од права на надокнаду штете. Основна разлика је у томе што смањење цене **не представља средство обештећења** (као што је то случај са надокнадом штете), нити санкцију за продавца,¹¹ већ инструмент којим се прилагођава однос узајамних престација који је нарушен услед продавачеве повреде уговора. Другим речима, смањење цене је **средство реуспостављања баланса између узајамних чинидби**. Разлика се, такође, рефлектује кроз једноставније услове и поступак коришћења права на смањење цене, у односу на право на надокнаду штете. Наиме, право на смањење цене не подлеже услову настанка штете, нити је купац дужан да доказује штету – он само треба да сразмерно смањи цену за онај износ који одговара разлици између уговорене цене робе и вредности испоручене робе.¹² Ово може бити веома важно за позицију купца приликом одабира правног средства којим ће се служити. Купцу ће некад бити тешко да докаже настанак штете услед несаобразне испоруке (на пример, када купује робу из некомерцијалних/алтруистичких мотива).¹³ Купцу може бити и неисплативо да се упушта у доказивање штете уколико је, на пример, потребно ангажовање трећих стручних лица ради мишљења, или уколико би сама процедура установљивања штете трајала предуго. Такође, када постоје услови за ослобођење продавца од уговорне одговорности,

уговора о међународној продаји робе“, *Темајски зборник радова Правној факултету у Нишу* (ур. Горан Обрадовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021, 225–240.

9 Пресуда Кантоналног суда у Цугу (Швајцарска) у предмету АЗ 2006 79, 30. август 2007. године (CLOUT case No. 938).

10 Пресуда Кантоналног суда у Цириху у предмету *Printing products*, бр. НГ050430, 25. јун 2007. године (CLOUT case No. 935); пресуда Кантоналног суда у Цугу (Швајцарска) у предмету АЗ 2006 79, 30. август 2007. године (CLOUT case No. 938).

11 Александар Ђирић, *Међународно привременско право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2018, 166.

12 Guenter Heinz Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford University Press, Oxford, 1988, 43.

13 P. Piliounis, 33.

у складу са чланом 79 Конвенције, купац неће имати право на надокнаду штете, али ће зато моћи да се користи смањењем цене, како би заштитио своје интересе.¹⁴

Уговорне стране, попут осталих одредаба БК, могу **искључити** и примену одредбе о праву купца на смањење цене, у складу са чланом 6 Конвенције.¹⁵ Стране то могу учинити изричито, али се њихова намера о искључењу права купца на смањење цене може протумачити и на основу осталих имплицитних показатеља. На пример, чињеница да је уговорена веома ниска цена не значи по себи да су стране предвиделе искључење права купца на потоње смањење цене услед повреде уговора, али она ипак може послужити као један од више индикатора за такав закључак.¹⁶ У том погледу, значајну улогу могу играти и трговачки обичаји.¹⁷

III Материјалноправни услови за смањење цене

Према члану 50 Конвенције, купац се може користити правом на смањење цене једино у случају када продавац изврши **испоруку робе која није саобразна уговору**.¹⁸ Несаобразност робе се тумачи у складу са чланом 35 БК: роба је несаобразна ако не одговара по количини, квалитету и врсти како је то предвиђено уговором или ако није пакована и заштићена на начин предвиђен у уговору. Ово последње може бити од великог значаја, будући да неадекватно паковање често утиче на оштећење или неповољну промену својстава робе.¹⁹

14 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1991, 392–395; Chang-Sop Shin, „Declaration of Price Reduction Under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005/2006, 349.

15 „Стране могу искључити примену ове конвенције или, под резервом одредаба члана 12, одступити од било које од њених одредаба или изменити њихово дејство.“ БК, чл. 6.

16 *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations, New York, 2016, 237.

17 *Ibid.* Рецимо, у међународној трговини половним аутомобилима, распрострањен је обичај да је искључена свака гаранција. Овај обичај се, међутим, не примењује уколико продавац не открије купцу чињенице, попут претходних хаварија које могу утицати на квалитет возила, а које су продавцу биле познате.

18 Пресуда Окружног суда у Фленсбургу (Немачка) у предмету *Meat products*, бр. 2 О 291/981, 24. март 1999. године (CLOUT case No. 377).

19 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724) (случај где је услед неадекватног паковања стаклених боца дошло до ломљења и нарушавања стерилности током транспорта).

Иако то није експлицитно решено у тексту Конвенције, један део доктрине сматра да је роба несаобразна и ако је испоручена друга роба (тзв. *aliud*), док постоје и мишљења да се испорука *aliud*-а треба тумачити као неиспука.²⁰ Уколико прихватимо став да испорука *aliud*-а представља испоруку несаобразне робе, онда се поставља питање на који начин би се методолошки применило смањење цене, о чему ће бити више речи у оквиру одељка V овог рада.

У коментарима Бечке конвенције се наводи да се неисправност у предатим документима који се односе на робу може такође тумачити као несаобразност испоруке.²¹ Са друге стране, у литератури су подељена мишљења да ли повреда обавезе продавца да преда купцу робна документа може бити основ за смањење цене.²² У том погледу, мишљења смо да се треба држати стриктног тумачења чланова 35 и 50 Конвенције и да се повреда обавезе предаје документа не може третирати као повреда саобразности: члан 35 ни на једном месту не наводи повреду обавезе предаје документа као елемент несаобразности. У складу са тим, купац не би требало да има право на смањење цене услед овакве повреде обавезе од стране продавца, већ се може служити другим правним средствима.

Конвенција **не предвиђа** да се купац може користити правом на смањење цене уколико је роба оптерећена **правним манама**, мада се око тог питања воде полемике у литератури.²³ Уколико стриктно приступимо тумачењу члана 50 Конвенције, закључујемо да нема простора за тврдњу да је купцу дозвољено да смањи цену уколико му је испоручена роба са евикцијом – ова одредба указује искључиво на несаобразност (што је технички, односно материјални термин) као основ за смањење цене. Правни недостатак, за разлику од несаобразности, није техничке, односно материјалне природе, већ искључиво правне – роба може бити савршено саобразна, а да је притом оптерећена потраживањима трећих лица. И документи из преговарачке историје током рада на тексту Конвенције недвосмислено указују да намера преговарача није била да се купцу омогући смањење цене услед евикције.²⁴ Такође, овај став је заступљен и у делу литературе.²⁵ Потпору таквој тврдњи пружа и практична неизводљивост да се члан 50 Конвенције уопште примени уколико се ради о роби са правним манама. Како се у овој одредби наводи:

20 А. Ђирић, 125.

21 UNCITRAL Digest, 237.

22 S. Jansen, 333.

23 *Ibid.*, 334–335.

24 *Ibid.*, 334.

25 P. Piliounis, 36.

„Ако роба није саобразна уговору купац може {...} снизити цену сразмерно разлици између вредности стварно испоручене робе у време испоруке према вредности коју би у то време имала роба саобразна уговору.“

Уколико бисмо покушали да ову формулацију применимо у ситуацији кад на роби постоје правне мане, јавила би се методолошка тешкоћа. Наиме, чак и ако бисмо усвојили став да се евикција може уподобити несаобразности, наишли бисмо на проблем упоређивања разлике која постоји између вредности робе која има правних мана, од вредности робе која је слободна од евикције. Утврђивање ове разлике је далеко једноставније и применљивије када се упоређује вредност саобразне са вредношћу несаобразне робе.

Са друге стране, постоје и мишљења да се купац може користити правом на смањење цене услед евикције. Заступници ове тезе указују на члан 44 Конвенције, који гласи: „Без обзира на одредбе става 1 члана 39 и става 1 члана 43, купац може снизити цену у складу са чланом 50 или захтевати накнаду штете, изузев за изгубљену добит, ако има разумно оправдање што није послао тражено обавештење.“²⁶ Ова одредба утврђује право купца да смањи цену у специфичним ситуацијама, када није обавестио продавца о несаобразности (у складу са чланом 39 ставом 1), односно када га није обавестио о потраживањима трећих лица на роби (у складу са чланом 43 ставом 1), док истовремено има разумно оправдање што није то учинио. Према мишљењу одређених аутора, примену члана 44 Конвенције, који дозвољава купцу да смањи цену у претходно описаној специфичној ситуацији, треба проширити и на све друге околности у којима се појављује евикција. Наводи се, такође, да треба поћи и од тога да несаобразност (као материјални дефект), и евикција (као правни дефект), имају слично (ако не и једнако) дејство на умањење користи и легитимних очекивања купца.²⁷

На основу претходних излагања можемо закључити да у академској јавности не постоји сагласност у погледу постојања права купца да смањи цену услед евикције. Са друге стране, судска и арбитражна пракса (макар у аутору доступним пресудама и одлукама) се није до сада бавила тумачењем одредаба Конвенције у том смислу. Ипак, чине се логичним и оправданим аргументи (нарочито ако узмемо у обзир формулацију из члана 44 Конвенције) да купац може смањити цену и ако добије робу која је оптерећена потраживањима трећих лица –

26 Karl Neumayer, Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, CEDIDAC, Lausanne, 1993, 357–358.

27 *Ibid.*, 108; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales*, Springer-Lehrbuch, 2009, 152.

посебно уколико купац има оправдани и разуман интерес да задржи робу, упркос евикцији.

Право на смањење цене се не може користити када се повреда уговора коју чини продавац састоји у доцњи са испоруком, или у неизвршењу било које обавезе продавца, осим обавезе испоруке саобразне робе.²⁸ У случају доцње или неизвршења неке друге обавезе, купац се може користити другим правним средствима, попут захтева за извршењем обавезе или раскидом уговора. Наравно, купац ће, услед оваквих повреда уговора, увек имати право на надокнаду евентуалне штете.

Бечка конвенција не претпоставља било какав услов у погледу интензитета повреде уговора, у смислу да ли је повреда битна или обична, да би се купац користио правом на смањење цене.²⁹ Он то право може користити у случају да је роба несаобразна, без обзира на квалификацију повреде уговора. Такође, није од значаја степен кривике код продавца, односно да ли је повреда уговора последица обичне или грубе непажње, или пак намере. Чак и кад постоје услови за ослобођење од уговорне одговорности на основу члана 79 Конвенције, купац има право на смањење цене, иако нема право да тражи надокнаду штете.³⁰

Купац се може користити правом на смањење цене и када је платио цену, или део цене.³¹ Уколико је купац већ платио целу уговорену цену, он може да тражи од продавца повраћај износа који би имао право да задржи у случају смањења цене.³² Основ за овакво тумачење је формулација у члану 50 БК која гласи „...без обзира на то да ли је цена већ плаћена или није...“.

Друга реченица члана 50 БК говори о томе да право на смањење цене **није доступно** купцу уколико продавац **отклони несаобразност** у складу са чланом 37 БК (отклањање несаобразности у случају преурањене испоруке) или са чланом 48 (отклањање након испоруке). Исто правило се примењује и ако купац одбије да прихвати отклањање несаобразности које је продавац понудио.³³ То значи да је право купца

28 UNCITRAL Digest, 237.

29 Више о битној повреди уговора о међународној продаји робе: Урош Здравковић, „Појам битне повреде код уговора о међународној продаји робе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 92/2021, 97–114.

30 UNCITRAL Digest, 237.

31 *Ibid.*

32 Пресуда Стечајног суда у Орегону (САД) у предмету *Kanto Yakin Kogyo Kabushiki-Kaisha v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, 29. март 2004. године (CLOUT case No. 29).

33 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Acrylic blankets*, бр. 2 U 31/96, 31. јануар 1997. године (CLOUT case No. 282).

да смањи цену секундарно средство које је подређено праву продавца да отклони несаобразност. Ово правило произлази из општег начела Конвенције *in favorem contractus* које полази од тога да се уговор треба очувати и извршити на онај начин како је предвиђено његовим одредбама. Када је купац на основу Конвенције изјавио да захтева снижење цене, продавац се може супротставити том захтеву истицањем приговора да су накнадна испорука и накнадно отклањање несаобразности још увек могући.³⁴ Купац се не може користити правом на смањење цене уколико не омогући продавцу отклањање неизвршења у складу са претходно поменутиим одредбама Конвенције. Према ставу судске праксе, терет доказивања услова за смањење цене, као и износа за који се цена смањује – лежи на купцу.³⁵

IV Процедурални услови за смањење цене

Поред испуњења претходно описаних материјалних услова за коришћење права на смањење цене, купац је у обавези да предузме и одговарајуће процедуралне кораке приликом реализације овог права.

Пре него што смањи цену, купац је дужан да робу прегледа или да је да на преглед у складу са чланом 38 Конвенције. Након што је утврди, купац је дужан да **обавести продавца о несаобразности**, у складу са чланом 39 Конвенције.³⁶ Уколико пропусти да на адекватан начин обавести продавца о несаобразности, купац губи право да се користи свим правним средствима услед несаобразности робе, па и правом да смањи цену.³⁷ Обавештење се мора учинити у разумном року од дана када је купац открио или морао открити несаобразност (члан 39 став

34 М. Драшкић, М. Станивуковић, 351.

35 Пресуда Кантоналног суда у Цугу (Швајцарска) у предмету А3 2006 79, 30. август 2007. године (CLOUT case No. 938).

36 Члан 39 БК:

„(1) Купац губи право да се позива на недостатак саобразности робе ако о томе није продавцу послао обавештење у коме је навео природу недостатка, у разумном року од тренутка кад га је открио или морао открити.

(2) Купац у сваком случају губи право да се позове на недостатак саобразности робе, ако о њему није обавестио продавца најкасније у року од две године рачунајући од дана стварне предаје робе купцу, изузев кад је тај рок неслагласан са роком о уговорној гарантини.“

37 Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Cucumbers*, бр. 17 U 82/93, 8. јануар 1993. године (CLOUT case No. 48); одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе у Паризу у предмету *Cow hides*, бр. 7331, 1. јануар 1994. године (CLOUT case No. 303); пресуда Окружног суда у Дармштату (Немачка) у предмету *Video recorders*, бр. 10 O 72/00, 9. мај 2000. године (CLOUT case No. 343); пресуда Провинцијског суда у Памплони (Шпанија) у предмету *EMC v. C de AB*

1 Конвенције). Међутим, на основу члана 44 БК, уколико има разумно оправдање што није послао обавештење о несаобразности, купац ипак може снизити цену или захтевати накнаду штете, изузев за изгубљену добит. У складу са ставом 2 члана 39 Конвенције, купац ће изгубити право на смањење цене и ако продавца није обавестио о несаобразности најкасније у року од две године рачунајући од дана стварне предаје робе купцу, изузев кад је тај рок несагласан са роком о уговорној гаранцији.

Следећа радња коју је купац дужан да предузме је да **обавести продавца о смањењу цене**. Важно је напоменути да се само обавештење о несаобразности не уподобљава обавештењу о смањењу цене, које представља **посебну радњу**. Обавештење о смањењу цене се, притом, може послати истовремено са обавештењем о несаобразности. Из члана 50 Конвенције произлази да је купац овлашћен да једнострано изјави да смањује цену. Није потребно да се у вези са тим обраћа суду или арбитражи. Купац дакле, без претходног обраћања одговарајућем форуму, једностраном изјавом воље може „адаптирати“ уговор тако што ће смањити цену. Купац је, притом, дужан да јасно искаже своју намеру да смањи цену.³⁸ У том погледу, препоручује се да купац у обавештењу појасни разлоге због којих је одлучио да смањи цену – најчешће путем указивања на несаобразност.³⁹ Уколико купац само плати продавцу одређени износ који је мањи од уговорене цене, без довољно јасно показане намере да се ради о смањењу цене, то се неће сматрати обавештењем о смањењу цене.⁴⁰ Судска пракса је, пак, установила да се купчево потпуно одбијање да плати цену може тумачити као довољно изражавање намере да се смањи цена, и то на нулу.⁴¹ Са друге стране, уколико продавац оспори право купца да смањи цену (путем тврдње да за то нема основа јер је роба саобразна), или оспори износ за који је купац смањио цену, ствар може доћи до суда или арбитраже који ће решити спор и дати коначну реч.

Једно од питања се односи на то да ли је купац дужан да учини посебно обавештење о смањењу цене пре самог смањења, или је довољно да се обавештење учини истовремено са смањењем. Ово питање је од

SL, 27. март 2000. године (CLOUT case No. 397); пресуда Врховног суда Шпаније у предмету 522/2007, 16. мај 2007. године (CLOUT case No. 800).

38 Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету 7 U 4419/93, 2. март 1994. године (CLOUT case No. 83).

39 S. Jansen, 349.

40 Ivo Bach, „Art. 50“, *UN Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), München, 2011, 756–757.

41 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724).

значаја уколико купац још увек није платио цену. Судска пракса,⁴² али и део доктрине, сматра да купац мора учинити засебно обавештење о одлуци о смањењу цене, па тек онда може извршити смањење, тако што ће одбити да плати њен део.⁴³ Са друге стране, један део доктрине, са чијим се ставом треба сложити, сматра да се ово тумачење не треба подржати, са аргументом да члан 50 Конвенције не предвиђа такву обавезу, односно да се ни у једном делу те одредбе не помиње термин „обавештење“ или „изјава“, у смислу радњи које купац треба да спроведе када се користи правом на смањење цене.⁴⁴ У складу са тим, купац није дужан да посебно пошаље обавештење о одлуци о смањењу цене, али је ипак дужан да такво обавештење учини истовремено са самим извршењем радње смањења цене.⁴⁵ Са друге стране, уколико је купац већ платио цену, онда је логично да мора да сачини посебно обавештење о одлуци о смањењу цене и да га пошаље продавцу.⁴⁶ Уколико је купчева одлука о смањењу цене основана, продавац ће бити у обавези да врати део новца купцу.

Обавештење о смањењу цене производи дејство моментом **одашиљања**. Ризик у погледу самог пријема обавештења је на продавцу: купац се може позивати на обавештење уколико га је уредно одаслао, чак и уколико оно, из неког разлога, не стигне продавцу.⁴⁷

V Одређивање висине смањења цене

За разлику од већине цивилних правних система, где се предвиђа учешће вештака (експерта) или, пак, судова у одређивању висине смањења цене, Бечка конвенција оставља купцу да самостално процени за који износ ће умањити цену. Смањење цене, стога, може се посматрати као облик самопомоћи на страни купца. Ипак, у пракси се увек

42 Пресуда Вишег регионалног суда у Минхену у предмету *Coke*, No. 7 U 4419/93, 2. март 1994. године.

43 S. Jansen, 346–347.

44 Ulrich Huber, „Commentary on art. 50“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), 2nd ed., Oxford, 1998, 444.

45 S. Jansen, 346–347.

46 C. S. Shin, 350.

47 Овакво тумачење произлази из члана 27 Конвенције: „Изузев ако је изричито друкчије предвиђено у овом делу Конвенције, кад је једна страна неко обавештење, захтев или друго саопштење дала или учинила у складу са овим делом и на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима, задоцњење или грешка у преносу саопштења или чињеница да саопштење није стигло не лишава ту страну права да се на то саопштење позива.“

може десити да коначну реч о износу за који се цена треба умањити дају судови или арбитраже, потпомогнуте мишљењем вештака одговарајуће струке.⁴⁸ То ће се догодити у случају да продавац није сагласан са износом за који је купац смањио цену, па реши да по том питању покрене поступак против купца пред надлежним судом или арбитражом.

Износ за који се уговорена цена смањује мора одговарати разлици између вредности испоручене робе која је несаобразна и вредности коју би имала саобразна роба. Другим речима, **смањена цена мора бити пропорционална стварној вредности испоручене робе**. Када се несаобразност огледа у количинском одступању, метод израчунавања висине смањења цене је прилично једноставнији него када је у питању несаобразност у погледу квалитета робе. Ова калкулација се, стога, често, а посебно у случају спорења између купца и продавца, спроводи уз помоћ вештака одговарајуће економске струке.⁴⁹ Такође, вредност робе ће се једноставније утврдити уколико она има тржишну цену (што је у међународној трговини веома честа појава). Уколико то није случај, неопходно ће бити ангажовање експерта и по том питању. Уговорне стране су слободне да саме одреде начин смањења цене. Ако се стране сагласе да купац препрода несаобразну робу по најбољој могућој цени, онда ће купац имати право на смањење у оном износу који одговара разлици између цене по којој је роба препродата и првобитно уговорене цене.⁵⁰ Посебан проблем се може јавити уколико прихватимо становиште да испорука *aliud*-а (што представља испоруку потпуно друге робе – на пример трактори уместо аутомобила) представља испоруку несаобразне робе. Проблем се огледа у томе што методологија смањења цене подразумева упоређивање вредности исте робе (на пример, вредност исправних аутомобила и вредност неисправних). Код испоруке *aliud*-а може се десити да испоручена роба нема никаквих дефеката и да је њена тржишна вредност иста, или чак и већа од тржишне вредности робе коју је купац очекивао на основу уговора. У том случају би било немогуће пронаћи одговарајући метод за смањење цене и за купца би тада било исплативије да се користи другим правним средствима које предвиђа Конвенција.

У случају да испоручена роба нема никакву новчану вредност, цена се може смањити на нулу.⁵¹ Купац задржава ову могућност чак и

48 P. Piliounis, 31–32.

49 Пресуда Међународне трговачке арбитраже при Трговачко-индустријској комори Руске Федерације, бр. 1500, 27. април 2005. године.

50 Пресуда Вишег регионалног суда у Келну у предмету *Potatoes*, бр. 16 U 57/05, 14. август 2006. године (CLOUT case No. 825).

51 Пресуда Врховног суда Западне Аустралије у предмету *Ginza Pte. Ltd v. Vista Corporation Pty. Ltd*, 17. јануар 2003. године; пресуда Вишег регионалног суда

онда када изгуби право да раскине уговор услед протека разумног рока у складу са чланом 49(2) Конвенције.⁵² Смањење цене у том случају се по свом дејству изједначава са раскидом уговора, осим у погледу обавезе купца да врати робу.⁵³

Када је у питању **време одређивања вредности робе** (како оне несаобразне која је испоручена, тако и саобразне), члан 50 Конвенције говори о „времену испоруке“ као релевантном, док по ставовима одређених судова може бити меродавна и она вредност која постоји у тренутку приспећа робе на коначну дестинацију.⁵⁴ Тренутак испоруке робе може варирати у зависности од уговорних одредаба, пре свега од транспортних клаузула које су употребљене (у међународној трговини најчешће се ради о клаузулама *INCOTERMS*⁵⁵). Моменат испоруке може, на пример, бити везан за предају робе првом превозиоцу или за неку другу околност, а не нужно и за приспеће робе на коначну дестинацију, односно за пријем робе од стране купца. Међутим, према ставовима судске праксе, у ситуацији када се купац служи правом на смањење цене, за одређивање вредности робе може бити меродаван и тренутак када роба дође до коначне дестинације, без обзира на уговорени моменат испоруке. Један случај из праксе посебно илуструје овакав став. Наиме, услед неадекватне амбалаже, боце (које су биле предмет уговора) су оштећене током транспорта и услед тога су изгубиле на вредности. Новчана вредност ових боца се, према мишљењу суда, није могла одређивати према вредности које су оне имале пре самог транспорта, већ према вредности које су имале након што су стигле на коначну дестинацију.⁵⁶

Када је у питању **место одређивања вредности робе**, члан 50 Конвенције о томе ћути, док је доктрина по истом питању подељена.

у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724); пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Coffee machines*, бр. 3 Ob 193/04k, 23. мај 2005. године (CLOUT case No. 747); пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Pork*, бр. VIII ZR 67/04, 2. март 2005. године (CLOUT case No. 774); пресуда Вишег регионалног суда у Келну у предмету *Potatoes*, бр. 16 U 57/05, 14. август 2006. године (CLOUT case No. 825); пресуда Кантоналног суда у Цугу (Швајцарска) у предмету A3 2006 79, 30. август 2007. године (CLOUT case No. 938).

52 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724).

53 *Ibid.*

54 Пресуда Вишег регионалног суда у Грацу у предмету *Marble slabs*, бр. 6 R 194/95, 9. новембар 1995. године (CLOUT case No. 175); пресуда Апелационог суда у Антверпену у предмету бр. 1995/AR/1558, 4. новембар 1998. године (CLOUT case No. 1018).

55 *INCOTERMS (International Commercial Terms)* представљају збирку међународних транспортних клаузула које доноси Међународна трговинска комора у Паризу.

56 Пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, 14. децембар 2006. године (CLOUT case No. 724).

Одређени писци предлажу решење са три алтернативне могућности. Према тим ставовима, примарно место одређивања вредности робе је њена прва дестинација. Уколико се овај метод не може применити, релевантно је место испоруке. Крајња могућност, која се примењује уколико су прва два метода неделотворна, подразумева да купац за место одређивања вредности робе може бирати између места свог пословања или места пословања продавца.⁵⁷ Други део доктрине сматра да је место коначне дестинације (приспећа) робе једино релевантно за одређивање њене вредности,⁵⁸ док постоје и она мишљења која за то место сматрају искључиво место седишта купца.⁵⁹ Коначно, постоји и став који искључиво заговара место испоруке као меродавно.⁶⁰ Попут доктрине, ни судска и арбитражна пракса нису коначно разјасниле ово питање.⁶¹ Мишљења смо да се по овом питању треба придружити ставу који заговара **место приспећа робе на коначну дестинацију**. Уколико пођемо од тога да је циљ члана 50 Конвенције заштита интереса купца, онда би требало ову одредбу и тумачити у складу са његовим интересима. Логично је да је купцу у интересу да се као место утврђивања вредности робе одреди место њеног приспећа на коначну дестинацију, јер ће купац најчешће у том месту препродати или употребити робу.

VI Закључак

Право купца на смањење цене је једно из номенклатуре средстава која су обухваћена члановима 45–52 Конвенције УН о уговори-ма о међународној продаји робе, а чија се функција састоји у заштити положаја купца услед повреде уговора коју чини продавац као друга

57 P. Piliounis, 34; Michael R. Will, „Art. 50“, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law* (eds. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell), Giuffrè, Milan, 1987, 374–375.

58 Christoph Benicke, „Art. 50 CISG“, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch* (Hrsg. Karsten Schmidt), München, 2004, 573; Anton K. Schnyder, Ralf M. Straub, „Art. 50“, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Hrsg. Heinrich Honsell), Springer, Heidelberg – Dordrecht – London – New York, 2010, 641.

59 Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publication, New York, 1992, 304; Ki-Moon Han, „A Study on Price Reduction under CISG and Issues“, *Trade and Commerce Research*, Vol. 69, 2016, 58.

60 Fritz Enderlein, „Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (ed. Petar Sarcevic, Paul Volken), Oceana Publications, New York – London – Rome, 1986, 197.

61 S. Jansen, 361.

уговорна страна. Конкретно, ово право је уређено чланом 50 поменуте Конвенције.

Конвенција предвиђа неколико материјалноправних услова за коришћење права на смањење цене. Купац се може користити правом на смањење цене у случају када продавац изврши испоруку робе која није саобразна уговору. Право на смањење цене се не може користити када се повреда уговора коју чини продавац састоји у доцњи са испоруком, или у неизвршењу било које обавезе продавца, осим обавезе испоруке саобразне робе. У случају доцње или неизвршења неке друге обавезе, купац се може користити другим правним средствима, попут захтева за извршењем обавезе или раскидом уговора.

Конвенција не предвиђа да се купац може користити правом на смањење цене уколико је роба оптерећена правним манама, мада се око тог питања воде полемике у литератури. Чине се логичним и оправданим аргументи да купац може смањити цену и ако добије робу која је оптерећена потраживањима трећих лица – посебно уколико купац има оправдани и разуман интерес да задржи робу, упркос евикцији.

Право на смањење цене није доступно купцу уколико продавац отклони несаобразност. Исто правило се примењује и ако купац одбије да прихвати отклањање несаобразности које је продавац понудио.

Када су у питању процедурални услови за смањење цене, Конвенција предвиђа одговарајуће кораке, односно радње које купац треба да спроведе приликом реализације овог права. Купац најпре треба продавца да обавести о несаобразности. Следећа радња коју је купац дужан да предузме је да обавести продавца о смањењу цене. Важно је напоменути да се само обавештење о несаобразности не уподобљава обавештењу о смањењу цене, које представља посебну радњу. Купац је, притом, дужан да јасно искаже своју намеру да смањи цену. Купац нема обавезу да посебно пошаље обавештење о одлуци о смањењу цене, али је ипак дужан да такво обавештење учини истовремено са самим извршењем радње смањења цене. Са друге стране, уколико је купац већ платио цену, онда је логично да мора да сачини посебно обавештење о одлуци о смањењу цене и да га пошаље продавцу.

Конечно, члан 50 Конвенције говори и о методу смањења цене. Износ за који се уговорена цена смањује мора одговарати разлици између вредности испоручене робе која је несаобразна и вредности коју би имала саобразна роба. Смањена цена мора бити пропорционална стварној вредности испоручене робе. Када је у питању време одређивања вредности робе (како оне несаобразне која је испоручена, тако и саобразне), члан 50 Конвенције говори о „времену испоруке“ као релевантном, док по ставовима одређених судова може бити меродавна

и она вредност која постоји у тренутку приспећа робе на коначну дестинацију. Када је у питању место одређивања вредности робе, члан 50 Конвенције о томе ћути, док је доктрина по истом питању подељена. Мишљења смо да се по овом питању треба придружити ставу који заговара место приспећа робе на коначну дестинацију.

Коришћена литература

- Bach Ivo, „Art. 50“, *UN Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), München, 2011.
- Benicke Christoph, „Art. 50 CISG“, *Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch* (Hrsg. Karsten Schmidt), München, 2004, 573; Anton K. Schnyder, Ralf M. Straub, „Art. 50“, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (Hrsg. Heinrich Honsell), Springer, Heidelberg – Dordrecht – London – New York, 2010.
- Драшкић Младен, Станивуковић Маја, *Уговорно право међународне трговине*, Службени лист СЦГ, Београд, 2005. (Draškić Mladen, Stanivuković Maja, *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005)
- Enderlein Fritz, „Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (ed. Petar Sarcevic, Paul Volken), Oceana Publications, New York – London – Rome, 1986.
- Enderlein Fritz, Maskow Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publication, New York, 1992.
- Здравковић Урош, „Појам битне повреде код уговора о међународној продаји робе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 92/2021. (Zdravković Uroš, „Pojam bitne povrede kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 92/2021)
- Здравковић Урош, „Право купца да тражи извршење обавезе од продавца услед повреде уговора о међународној продаји робе“, *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Горан Обрадовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021. (Zdravković Uroš, „Pravo kupca da traži izvršenje obaveze od prodavca usled povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe“, *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. Goran Obradović), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2021)

- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Jansen Sanne, „Price Reduction Under the CISG: a 21st Century Perspective“, *Journal of Law & Commerce*, Vol. 32, Nr. 2/2014.
- Neumayer Karl, Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, CEDIDAC, Lausanne, 1993.
- Piliounis Peter, „The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?“, *Pace International Law Review*, Vol. 12, Nr. 1/2000.
- Shin Chang-Sop, „Declaration of Price Reduction Under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005/2006.
- Schlechtriem Peter, Petra Butler, *UN Law on International Sales*, Springer-Lehrbuch, Cham, 2009.
- Han Ki-Moon, „A Study on Price Reduction under CISG and Issues“, *Trade and Commerce Research*, Vol. 69, 2016.
- Heinz Treitel Guenter, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- Honnold John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1991.
- Huber Ulrich, „Commentary on art. 50“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), 2nd ed., Oxford, 1998.
- Ђирић Александар, *Међународно трговинско право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2018. (Ćirić Aleksandar, *Međunarodno trgovinsko pravo – Posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2018)
- Will Michael R., „Art. 50“, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law* (eds. Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell), Giuffrè, Milan, 1987.

Uroš ZDRAVKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Niš Faculty of Law, Serbia

THE RIGHT OF THE BUYER TO REDUCE PRICE IN THE CASE OF THE SELLER'S BREACH OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

This article deals with the right of the buyer to reduce price in the case of the seller's breach of contract on international sale of goods. Primarily, the subject of the analysis is the Article 50 of the UN Convention on contracts for the international sale of goods (CISG). The article also deals with relevant court and arbitration practice, as well as with legal doctrine. The buyer may use his right to reduce price if the seller has delivered non-conforming goods. The CISG does not envisage price reduction as a remedy for delivery of goods that is under third party claims. Still, there is a serious discussion about this issue in the literature. If the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with the article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price. According to the Article 50 of the CISG, the buyer must take appropriate procedural steps in order to exercise his right to reduce price. The buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time.

Key words: *International Sale of Goods. – CISG. – Right to Reduce Price.*

Датум пријема рада: 10. 3. 2022.

Датум исправке рада: 1. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 30. 5. 2022.

УДК: 349.6:551.583 ; 347.728.3 ; 336.76

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22208A

др **Ранко СОВИЉ***

Научни сарадник Института друштвених наука, Београд, Србија

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ КЛИМАТСКИХ ПРОМЕНА НА РЕДЕФИНИСАЊЕ ТРЖИШТА КАПИТАЛА – МОЖЕ ЛИ ТРЖИШТЕ КАПИТАЛА ДОПРИНЕТИ ОСТВАРИВАЊУ ЦИЉЕВА НИСКОУГЉЕНИЧНОГ РАЗВОЈА? **

Сажетак

Климатске промене представљају један од главних иницијатора измена правној, регулаторној, економској, друштвеној и еколошкој система држава, с обзиром на то да се последице мењања природних услова одражавају на глобални, регионални и национални привредни развој, као и на квалитет живота. Може ли тржиште капитала допринети ублажавању климатских промена остваривањем циљева нискоугљеничног развоја? Применом нормативне и компаративне методе, аутор настоји указати како правни и регулаторни оквир може подстићи тржиште капитала да одиграју кључну улогу у прикупљању и преусмеравању слободне капиталне сврху решавања проблема

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

** Рад је написан у оквиру програма истраживања Института друштвених наука за 2022. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

климајских промена. С њим у вези, анализирани су климајски (зелени) финансијски инструменти који су креирани за инвестирање у пројекте заштитне животне средине и ублажавање климајских промена. Сагледавајући тенденције које постоје на глобалном тржишту кинешала, аутор је закључио да инвестирају бројне правне сметње које ометају индустријски допринос тржишта кинешала у борби против климајских промена.

Кључне речи: Тржиште кинешала. – Зелене обвезнице. – Нискоуљенични развој. – Климајске промене. – Правни оквир.

I Увод

Климатске промене представљају један од највећих изазова са којима се суочава савремено друштво. Упркос постојању бројних дефиниција климатских промена у научној и стручној литератури, већина њих имплицира на активности које мењају структуру атмосфере, а које су забележене дужи период. Неретко се термин климатске промене користи да формулише оне промене које су настале као последица деловања природних и/или људских чинилаца.¹ Природне непогоде и катастрофе изазване климатским променама за последицу имају огромне материјалне губитке, што негативно утиче на пословни резултат и капитал привредних друштава.² Стога су климатске промене један од главних иницијатора измена правног, регулаторног, економског, друштвеног и еколошког система држава, с обзиром на то да се последице мењања природних услова одражавају на глобални, регионални и национални привредни развој, као и на квалитет живота. Утицај климатских промена све је израженији и присутнији, будући да угрожава задовољење основних људских потреба и нарушава одрживи економски развој.³ Климатски ризик се одређује као свеобухватан, интегрисан системски ризик који утиче на све појавне облике имовине, привреде и тржишта.⁴ Стога се инвеститори могу суочити са значајним климат-

1 Вања Абрамовић, Данијела Аћимовић, Мијат Јоцовић, „Климатске промене и њихов утицај на земље региона“, *Економске идеје и пракса*, бр. 20/2016, 45.

2 Ранко Совиљ, „Тржиште обвезница катастрофе – нормативни оквир и перспективе развоја“, *Право и привреда*, бр. 2/2021, 142.

3 Михајло Вујасин, „Климатске промене – све је ближа тачка без повратка“, 2022, доступно на адреси: <https://balkangreenenergynews.com/rs/klimatske-promene-sve-je-blize-tacka-bez-povratka/>, 15. 3. 2022, 2.

4 Организације попут Mercer, CERES и Climate Policy Initiative (CPI) окарактерисале су системску природу климатског ризика, идентификујући неколико димензија кроз

ским ризиком, а да тога нису ни свесни. Правне, регулаторне и економске препреке за препознавање, правилно вредновање и благовремено реаговање је веома тешко превазићи.⁵

Досадашње процене указују да су последице климатских промена највише погађале земље у развоју, односно земље у транзицији, с обзиром на то да нису адекватно припремљене на овакве изазове. У ту сврху предлаже се и промовише употреба обновљивих извора енергије, али и активно деловање међународне заједнице. Спона климатских промена и тржишта капитала истакнута је у бројним међународним документима, а све у циљу сузбијања и превазилажења негативних импликација климатских промена на одрживи развој. Оквирна конвенција УН о климатским променама (*United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC*)⁶ и Кјото протокол⁷ представљају најбитније међународноправне изворе, будући да предвиђају обавезујуће мере за смањење емисије гасова са ефектом стаклене баште за развијене земље заједно са принципима узајамних, али различитих одговорности и флексибилних механизма који се користе да би се означили еколошки, економски и друштвени циљеви на интегрисан начин.⁸

Полазна основа предметног истраживања настоји да укаже на који начин правни и регулаторни оквир може поспешити финансијска

које се овај ризик материјализује. Физички ризици су директна последица повећане вероватноће екстремних временских појава и повезаних катастрофа. Физичке последице климатских промена укључују више и ниже температуре распрострањене широм света, што доводи до суша, поплава, урагана, закисељавања океана, итд. Регулаторни ризици представљају трошкове са којима ће се суочити произвођачи енергије и корисници широм света као последица нових политика које ће бити уведене за ублажавање стварних трошкова емисије штетних гасова. Репутациони ризик претрпеће компаније које су јавно критиковане због својих високих стопа емисија или других недостатака у политици заштите животне средине. Ризик конкуренције може постати реалност за оне компаније које не предузму мере за смањење климатског ризика. Њихова неактивност може довести до повећања трошкова производње узрокованих застарелим технологијама. Ризик од судских спорова је ризик са којим се суочавају произвођачи који емитују велике количине емисије гасова стаклене баште. Тужбе могу уследити као резултат накнаде штете због поплава или неуспешних усева који су последица прекомерне емисије штетних гасова. Mark Allen, Korin Crawford, Jerome Theot, Luca Toscani, „GSBGEN 390 Climate Change and Capital Markets“, Stanford Business, 2015, доступно на адреси: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/07/Climate-Change-and-Capital-Markets-FINAL-05-13-2015.pdf>, 5. 3. 2022, 14.

5 *Ibid.*, 3, 14.

6 Оквирна конвенција УН о климатским променама (*United Nations Framework Convention on Climate Change, United Nations*), даље у фуснотама: UNCCC.

7 Кјото протокол (*Kyoto Protocol*).

8 В. Абрамовић, Д. Аћимовић, М. Јоцовић, 43.

тржишта да одиграју круцијалну улогу у прикупљању и преусмеравању слободног капитала у сврху решавања проблема климатских промена. Наиме, критичан допринос тржишта капитала мора се постићи током транзиције остваривања циљева нискоугљеничног развоја, који мора бити подржан одговарајућим мерама јавних политика, као и адекватним правним и регулаторним оквиром. Колико учесници на тржишту капитала својим пословањем доприносе негативним ефектима стаклене баште?⁹ Уколико претпоставимо да су глобална ограничења емисије гасова стаклене баште неизбежна, који учесници на тржишту ће бити способни да апсорбују трошкове, и да ли тржиште капитала може одредити ко су добри, а ко лоши учесници сходно задатим пројекцијама?

Иако последњих година тржишта капитала постепено почињу да интегришу ризике климатских промена приликом инвестиционог одлучивања, и даље постоје бројне правне баријере и ограничења која спутавају инвеститоре да улажу слободна средства у пројекте који промовишу и подстичу нискоугљенични развој. Непотпуност података, финансијско извештавање, непостојање алата, стратегија и политика за мерење и управљање климатским ризицима представљају кључна ограничења за компаније и финансијске институције да се упусте у инвестирање у пројекте нискоугљеничног развоја.¹⁰

II Правни изазови интегрисања климатских промена на тржиште капитала

У наставку рада критички ће се сагледати правни изазови са којима се суочавају савремене привреде и глобална тржишта капитала у препознавању ризика повезаних са климатским променама, а у контексту доношења инвестиционих одлука и пословног планирања. Финансијске иновације које доприносе интегрисању климатских промена на тржиште капитала прати висока цена финансирања.¹¹ Сходно томе, поједине владе, међународне развојне организације и финансијске институције настоје да анализирају ризике и користи везане за кли-

9 Jeffrey A. Smith, Matthew Morreale, Michael E. Mariani, „Climate change disclosure: Moving towards a brave new world“, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 3, Nr. 4/2008, 469.

10 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Financial Markets and Climate Transition – Opportunities, Challenges and Policy Implications*, OECD, Paris, 2021, 3.

11 Felix Mormann, Dan Reicher, „Smarter Finance for Cleaner Energy: Open up Master Limited Partnerships (MLPs) and Real Estate Investment Trusts (REITs) to Renewable Energy Investment“, *Remaking Federalism – Renewing the Economy*, Stanford Law School and the Stanford Graduate School of Business, 2012, доступно на адреси: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1165/>, 5. 3. 2022, 2.

матску транзицију ка нискоугљеничном развоју, укључујући правне последице на глобални финансијски систем. Правно уређена ниско угљенична транзиција финансијског система захтевала би од тржишта капитала да ефикасно алоцирају капитал, правовремено процењују и преносе ризике и омогуће транспарентну трговину. Тиме би се омогућило адекватно управљање изложеностима ризика и застарелим производним процесима, уз истовремено поспешивање инвестирања у обновљиве изворе енергије, ефикасне производне процесе и зелену технологију.¹² У међувремену, развијени су бројни финансијски инструменти и тржишне праксе који би подржали финансирање нискоугљеничног развоја уз адекватно сагледавање ризика и користи од нискокарбонске транзиције. Зелени или климатски финансијски инструменти и алати за мерење (кредитни рејтинзи и индексирање) треба додатно да омогуће инвеститорима усклађивање портфеља са специфичним циљевима и стратегијама у погледу климатских промена. Иако су неки од ових инструмената подржали откривање драгоцених информација за инвеститоре и тржишта, ограничена интероперабилност метрика и недовољан квалитет метрика спречавају их да дају упоредиве информације о ризицима и могућностима нискоугљеничне транзиције међу јурисдикцијама.¹³ Зелени (климатски) финансијски инструменти и тржишне праксе, имају за циљ постизање већих прихода у поређењу са традиционалним финансијским инструментима. Уколико одговарају сврси, ови финансијски инструменти могли би да побољшају проток информација, транспарентност трговине, ефикасност и ликвидност тржишта капитала.¹⁴

Најновија регулаторна правила у области одрживог развоја, попут Европског зеленог договора (*European Green Deal – EGD*), утицаће на све учеснике који послују на глобалном тржишту капитала, без обзира на њихову локацију. Сходно изложеном, ЕУ и УН позивају компаније и инвеститоре да се у свом пословању у што већој мери руководе принципима заштите животне средине, друштвене одговорности и савесног корпоративног управљања (*Environmental, Social & Governance – ESG*). У том контексту, улагачи, потрошачи, државе и друге заинтересоване стране (*stakeholders*) све више поклањају пажњу хармонизовању са *ESG* принципима, који ће временом вероватно постати незаобилазан део савременог пословања.¹⁵ Примена принципа одрживог развоја и пословање сходно *ESG* принципима посматрано дугорочно доприноси

12 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 11.

13 *Ibid.*, 13.

14 *Ibid.*

15 Међу првим институцијама које су препознале значај дугорочног инвестирања у одрживи развој и климатске промене су Новозеландски фонд за пензију (*New*

већој стабилности тржишта капитала, али и оснаживању поверења и подизању знања код учесника на тржишту. Истовремено, примена *ESG* принципа и транспарентно извештавање позитивно се одражава на углед компанија и инвеститора, као и на њихове финансијске резултате.¹⁶ Транзиција ка нискоугљеничној економији представља прилику за подстицање равноправног, праведнијег и одрживог економског развоја, омогућавајући заинтересованим странама да остваре правичан удео у будућности са нултом емисијом угљеника. Правни оквир мора се „искovati“ у партнерству са глобалним, регионалним и националним владиним органима, независним регулаторним телима, развојним финансијским институцијама, синдикатима и компанијама.¹⁷

Учесници на глобалном тржишту капитала уочили су могућности инвестирања у инструменте који су у служби нулте емисије гасова. Већ сада, више од 250 финансијских компанија са вредношћу имовине већом од 88 милијарди долара обавезало се да ће пословати сходно *ESG* принципима. Међутим, да би се постигли пројектовани циљеви, неопходно је усвојити адекватан правни оквир и ускладити политике које ће омогућити финансијске подстицаје за оне учеснике на тржишту капитала који послују сходно *ESG* принципима, имајући у виду досадашњу неусклађеност политика и правних оквира, који обесхрабрују активности предузете у циљу ублажавања климатских промена. Међу кључним препрекама су високи трошкови припреме пројеката, трансакциони трошкови, као и издавање дозвола. Осим наведеног, један од главних изазова јесте недостатак конзистентности и транспарентности добрих тржишних пракси за инвестирање у пројекте и активности чија је сврха превенирање и ублажавање последица климатских промена. Ово додатно ствара конфузију и неповерење међу инвеститорима у погледу тога да ли је одређени финансијски инструмент еколошки подобан, односно „одржив“ као што се приказује. Релативни недостатак приступачног капитала, посебно за велике инфраструктурне пројекте, такође представља додатни изазов.¹⁸

У студији објављеној крајем 2019. године, Светска банка констатује да је пронађена снажна корелација између тржишта капитала и економ-

Zealand Superannuation Fund – NZSF) и ЦПП Инвестициони одбор (*CPP Investment Board*). Више о томе вид. М. Allen, К. Crawford, Ј. Theot, L. Toscani, 16.

16 Gecić Law, *Životna sredina, društvena odgovornost i korporativno upravljanje (ESG)*, 2022, доступно на адреси: <https://geciclaw.com/sr/practices/esg/>, 31. 3. 2022.

17 The White House, *A Roadmap to Build a Climate-Resilient Economy*, Washington, 2021, доступно на адреси: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/10/Climate-Finance-Report.pdf>, 10. 3. 2022, 7–9.

18 *Ibid.*, 11.

ског развоја, истичући позитивне користи тржишта капитала за одрживи економски раст. Осим тога, емпиријски докази повезују тржишта капитала и иновације, будући да тржишта капитала играју кључну улогу у финансирању нових технологија, а самим тим и нових и ризичнијих пројеката, који се обично не финансирају путем банкарских кредита. На тај начин, тржиште капитала представља механизам који може помоћи у прикупљању средстава приватног сектора, односно обезбеђењу потребних средстава у борби против климатских промена.¹⁹

Увидевши њихов значај, питање развоја тржишта капитала стављено је на врх приоритета Европске комисије како би се обезбедила подршка економском опоравку након кризе изазване пандемијом коронавируса, као и за потребе финансирања зелене и дигиталне транзиције. Нови акциони план, који је усвојен у септембру 2020. године, обухватио је све регулаторне и нерегулаторне мере и активности које је неопходно предузети како би се остварила три основна циља који се налазе у основи овог плана: 1) обезбеђивање подршке зеленом, дигиталном, инклузивном и резилијентном економском опоравку – кроз повећану доступност и олакшан приступ изворима финансирања за компаније; 2) унапређење финансијске писмености и изградња поверења у тржишта капитала како би ЕУ постала још безбедније место за штедњу и дугорочно инвестирање појединаца; 3) интегрисање националних тржишта у јединствено тржиште капитала кроз отклањање пореских препрека за прекогранично инвестирање, постојање уједначених правила везаних за стечај, унапређење прекограничног остваривања права акционара, заштиту инвестиција, увођење прекограничног салдирања и постојање јединствених правила пословања за тржишта капитала.²⁰

У корак са актуелним глобалним правцима развоја тржишта капитала, крајем прошле године Република Србија усвојила је Стратегију за развој тржишта капитала за период од 2021. до 2026. године, која има за циљ да допринесе позитивним утицајима на животну средину у контексту усклађивања домаћег правног оквира са иницијативама ЕУ за одрживо финансирање и са стандардом зелених обвезница ЕУ. Такође, Стратегија подржава успостављање *one-stop-shop* платформе која би требало да пружи свеобухватан скуп услуга у вези са развојем домаћег тржишта капитала, те подизању свести о значају развоја зеленог

19 Ana Fiorella Carvajal, Ricardo Bebczuk, *Capital Markets Development – Causes, Effects and Sequencing*, World Bank Group, Washington, 2019, 4.

20 European Commission, Capital markets union 2020 action plan: A capital markets union for people and businesses, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan_en, 5. 4. 2022.

финансирања и његовом позитивном утицају у борби против климатских промена.²¹

III Финансијски инструменти у служби остваривања циљева нискоугљеничног (зеленог) развоја

1. Зелене обвезнице

Као што је већ наведено, климатске промене представљају систематски ризик који се не може једноставно диверзификовати, те би стога требало да буде вреднован у свим класама средстава, а посебно дугорочним финансијским инструментима попут обвезница. Уколико посматрамо тржиште државних обвезница, запажамо да чине преко 40% глобалног тржишта обвезница, што нам имплицира да су један од најважнијих облика инвестирања. Имајући у виду озбиљност најгорих сценарија климатских промена, разумно је претпоставити да ће последице климатских промена, као и ограничење ресурса негативно одразити на привреду било које земље, а самим тим и на њену способност да отплаћује дугове.²²

У финансирању климатских промена, зелене обвезнице имају битну улогу у одређивању цена климатских ризика, прикупљању средстава за реализацију циљева нискоугљеничног (зеленог) развоја, а самим тим и подстицање емитената и инвеститора да улажу средства у борбу против климатских промена. Сходно томе, зелене обвезнице се развијају и обликују према преференцијама емитената и инвеститора, уз неизбежно прилагођавање постојећих правних прописа и стандарда.²³

21 Акциони план за период 2021–2023. године за спровођење Стратегије за развој тржишта капитала за период од 2021. до 2026. године, *Службени гласник РС*, бр. 118/2021, 3.

22 М. Allen, К. Crawford, J. Theot, L. Toscani, 18.

23 Jochen Schmittmann, Chua Han Teng, „How Green are Green Debt Issuers“, *IMF Working Paper*, 20/194, Asia and Pacific Department, доступно на адреси: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2021/07/23/How-Green-are-Green-Debt-Issuers-462142>, 5. 3. 2022, 6. Емитенти зелених обвезница су бројни и различити, према на тржишту доминирају зелене обвезнице међународних развојних банака и других развојних финансијских институција. У међувремену, на тржишту су се појавиле зелене обвезнице чији су издаваоци мултинационалне компаније, али и државе. С друге стране, круг инвеститора у зелене обвезнице такође је разновестан. Најчешћи инвеститори у зелене обвезнице су компаније, појединци, али и институционални инвеститори (нпр. осигуравајућа и реосигуравајућа друштва, пензиони фондови, хец фондови, државни фондови). Анализом тржишта зелених обвезница уочава се да су међу инвеститорима у ове обвезнице најзаступљенији институционални инвеститори, попут осигуравајућег друштва AXA, јапанске групе *Nikko*, компаније

Зелене обвезнице представљају наменске обвезнице с обзиром на то да подржавају финансирање пројеката и пословних активности које имају за циљ очување животне средине и/или превенирање и ублажавање последица климатских промена. Управо у томе се огледа њихова специфичност у односу на традиционалне (конвенционалне) обвезнице, будући да је емитент зелених обвезница дужан да прикупљена средства искључиво усмери на пројекте којима се доприноси очувању животне средине, нискоугљеничном развоју, односно борби против климатских промена.²⁴ Ваљало би нагласити да се у стручној литератури зелене обвезнице често називају еколошким и климатским обвезницама. Међутим, треба напоменути извесну недоследност у именовању, будући да су климатске обвезнице само врста зелених обвезница, а не њихов еквивалент, с обзиром на то да се њиховом емисијом инвестира искључиво у пројекте који доприносе прилагођавању климатским променама. Како је термин климатске обвезнице широко распрострањен у пракси, и у литератури се поменути термини наизменично и подједнако користе.²⁵

Попут свих традиционалних обвезница, и зелена обвезница је облигационоправна хартија од вредности одређене номиналне вредности којом се њен емитент обавезује да ће по доспећу исплатити инвеститору износ наведен у њој (главницу), односно да ће исплатити уговорени износ ануитетских купона (камата). Ипак, Међународна асоцијација тржишта капитала (*International Capital Market Association* – ИСМА) наглашава да се зелене обвезнице разликују од традиционалних обвезница по томе што су означене као „зелене“ од стране емитента или другог ентитета.²⁶ Управо „зелена“ ознака обавезује издаваоце да ће

за управљање инвестицијама *Blackrock, Calvert and State Street*. Anna Laskowska, „Conditions for the Development of the Green Bond Market Development“, *FINANSE: Czasopismo Komitetu Nauk o Finansach PAN*, Nr. 1/2018, 55.

24 Ранко Совиљ, „Тржиште зелених хартија од вредности – стање и перспективе“, *Право и привреда*, бр. 2/2020, 140.

25 A. Laskowska, 54.

26 Група техничких експерата ЕУ (*Technical Expert Group – TEG*) за одрживе финансије објавила је 2019. године Стандард за зелене обвезнице, који рестриктивније одређује зелену обвезницу као било коју врсту обвезнице која је листирана или нелистирана на берзи, односно било који други дужнички инструмент тржишта капитала који је емитовао европски или међународни издавалац, под условом да су кумулативно испуњена три емисиона захтева: 1) правни оквир зелених обвезница који подразумева да емитент мора изричито потврдити усклађеност са Стандардом ЕУ за зелене обвезнице; 2) приход од обвезница који мора бити усмерен на финансирање и рефинансирање зелених пројеката; 3) усклађеност са Стандардом ЕУ за зелене обвезнице који мора бити оверен само од стране акредитованог екстерног проценитеља. Pauline Deschryver, Frederic de Mariz, „What Future for the Green Bond Market? How Can Policymakers, Companies, and Investors Unlock

приход од обвезница користити на транспарентан начин и искључиво за финансирање или рефинансирање зелених пројеката и/или пословних активности, као и да ће издавалац бити у обавези да извештава јавност о употреби прикупљених средстава, односно о одрживој природи пројекта.²⁷ Ознака зелене обвезнице може се применити на било који дужнички инструмент, између осталог и на приватне пласмане, покривене обвезнице, сукук, секјуритизацију, као и зелене зајмове који су у складу са Принципима зелених обвезница (*Green Bond Principles – GBP*) или Принципима зелених зајмова (*Green Loan Principles – GLP*).²⁸

С друге стране, инвестирање у зелене обвезнице праћено је повећаним ризиком имајући у виду неизванан исход инвестираних зелених пројеката и потешкоће у прикупљању додатног капитала. Стога су зелене обвезнице неретко покривене гаранцијом, коју гарантује други ентитет, а не емитент, путем секјуритизације. Други начин да се умањи потенцијални ризик инвестирања у зелене обвезнице јесте емисија хибридних обвезница, које обједињују карактеристике капитала и зајма нудећи издаваоцима већу флексибилност услова финансирања.²⁹

Основни циљ емисије зелених обвезница јесте задовољење инвеститора у погледу повраћаја инвестиције, у коју је урачунат и ризик, уз истовремено финансирање пројеката којима се помаже земљама да се прилагоде утицајима климатских промена, у виду смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште, те адекватно управљање водама, отпадом и слично. Зелене обвезнице емитују јавни и приватни емитенти како би прикупили средства за пројекте или у циљу рефинансирања.³⁰ Такође, интерес влада за издавање зелених обвезница је у порасту.³¹

the Potential of the Green Bond Market?“, *Journal of Risk and Financial Management*, Nr. 61/2020, 3.

27 Organisation for Economic Co-operation and Development, *Green bonds – Mobilising the debt capital markets for a low-carbon transition*, OECD, Bloomberg Philanthropies, 2015, 5.

28 Miguel Almeida, *Global Green State of the Market 2019*, Climate Bonds Initiative, London, 2020, 2.

29 A. Laskowska, 55.

30 Годишња емисија зелених обвезница на глобалном нивоу у 2019. години износила је близу 263 милијарде долара, што представља раст у износу већем од 50% у односу на емисију у 2018. години. Према подацима Иницијативе за климатске промене (*Climate Bond Initiatives – CBI*), током 2019. године емитовано је 1788 зелених обвезница од стране 496 емитената из 51 земље. Посматрано по географским регионима, највећи удео у емисији зелених обвезница имале су САД (51 милијарда долара), Кина (31 милијарда долара), Француска (30 милијарди долара), Немачка (18 милијарди долара) и Холандија (14 милијарди долара). Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 2021, 94.

31 До 2016. године на глобалном тржишту зелених обвезница нису постојале владе (суверене) обвезнице. Прву емисију суверених зелених обвезница спровела

Емисијом зелених обвезница владе остварују директну корист сличну оној у корпоративном сектору, подржавајући реализовање пројеката у борби против климатских промена, уз смањење трошкова издавања и проширење мреже инвеститора. Постоје и потенцијалне индиректне користи за националне владе, попут: успостављања „зелене криве без ризика“ коју би приватни емитенти користили као модел за одређивање цена, успостављање правила и стандарда у емисији зелених обвезница, укључујући прецизно дефинисање прихватљивих зелених пројеката и/или климатских промена, поспешивање развоја у области климатског финансирања у локалним самоуправама, подстичући ширу примену иновативних финансијских инструмената (нпр. зелене муниципалне обвезнице).³²

2. Емисија зелених обвезница у Србији

Како је Република Србија потписница глобалне развојне агенде – Агенда 2030, односно глобалних циљева одрживог развоја, држава се обавезала на поштовање принципа здраве животне средине, подржавање нискоугљеничног развоја, прикупљање и мобилисање финансијских средства за спровођење националних циљева одрживог економског и еколошког развоја.³³ На путу реализовања пројектованих циљева, крајем 2021. године усвојена је Стратегија за развој тржишта капитала за период од 2021. до 2026. године, са циљем оснаживања и унапређења националног тржишта капитала, чија би имплементација требало да омогући одрживи економски раст, привлачење домаћих и страних инвестиција, као и проширење понуде нових финансијских инструмената на тржишту капитала.³⁴

Користећи могућност емитовања нових финансијских инструмената, Република Србија је емитовала прве зелене обвезнице у септембру 2021. године у износу од једне милијарде евра са роком доспелости од седам година и купонском (каматном) стопом од 1,00% и приносом од 1,26%.³⁵ Овом емисијом Република Србија се сврстала у ред малобројних европских земаља које су на међународном финансијском тржишту

је Пољска децембра 2016. године. Наредне, 2017. године, Француска је емитовала своје суверене зелене обвезнице. Касније су и друге земље емитовале суверене обвезнице попут: Белгије, Индонезије, Нигерије и Фиџија. А. Laskowska, 57.

32 Organisation for Economic Co-operation and Development, 36–37.

33 Невена Јоловић, Ивана Јоловић, „Актуелно стање и перспективе развоја глобалног и националног тржишта зелених обвезница“, *Мегаџурнал ревија*, бр. 4/2021, 15.

34 Стратегија за развој тржишта капитала за период 2021. до 2026. године, *Службени гласник РС*, бр. 102/2021, 1.

35 Више о емисији зелених обвезница вид. Р. Совиљ (2020), 147–148.

емитовале зелене еврообвезнице, а које су намењене искључиво за финансирање еколошки прихватљивих пројеката, попут финансирања и рефинансирања трошкова везаних за изградњу постројења за пречишћавање воде за пиће и постројења за пречишћавање отпадних вода, заштиту од поплава, прикупљање, прераду и рециклажу отпада, контролу и превенцију загађења, очување биодиверзитета, енергетску ефикасност и обновљиве изворе енергије. Зелена транша емитована је у складу са стратешким планом Владе о инвестирању додатних средстава за финансирање пројеката у областима очувања животне средине и ублажавања негативних последица климатских промена.³⁶ У међувремену, преостаје да се сагледа и прати да ли ће мобилисана средства бити на одговарајући начин искоришћена за финансирање зелених пројеката. У супротном, уколико се прикупљена средства не искористе у реализацији предвиђених еколошких пројеката, нарушиће се кредитетет земље на међународном тржишту капитала, што неминовно доводи до повлачења страних инвеститора услед губитка поверења.

Осим емисије зелених обвезница, законодавни оквир пружа могућност емитовања и других зелених хартија од вредности, попут зелених муниципалних обвезница. До сада су муниципалне обвезнице у Србији емитоване у скромном обиму. Стратегија пружа могућност за њихову ширу употребу, попут: процена законских овлашћења за издавање обвезница и поступак одобравања дуга, адресирање капацитета финансијског извештавања кандидата, стварање програма подстицаја, ангажовање на пројектима које промовишу међународне финансијске институције за зелене градове, тј. издавање зелених муниципалних обвезница и обезбеђивање континуираног праћења финансиране активности.³⁷

IV Правне препреке у емисији и промету зелених финансијских инструмената

Међу основним правним препрекама које успоравају емисију зелених финансијских инструмената су: злоупотреба политике зелених обвезница (*greenwashing*), као и релативно високи трошкови потврђивања веродостојности статуса „зелених“ обвезница. Додатна отежавајућа околност јесте непрепознавање значаја вођења еколошки оријентисане политике од стране држава. Често довођење у заблуду заинтересованих инвеститора последица је нетачних информација о еколошким карактеристикама одређеног финансијског инструмента који

36 Стратегија за развој тржишта капитала за период 2021. до 2026. године, 43.

37 *Ibid.*, 44.

се нуди на тржишту капитала.³⁸ Потребу за провером аутентичности зелених обвезница уочила је Међународна асоцијација тржишта капитала, која је 2014. године креирала Принципе зелених обвезница (*Green Bond Principles – GBP*). Посреди су добровољне смернице које се односе на транспарентност и извештавање, доприносећи промоцији кохезије сегмента зелених обвезница.³⁹ Сврха поменутих принципа је да омогуће доступност информација имаоцима зелених обвезница (обвезничарима), док се њиховим издаваоцима пружају информације како да емитују и пласирају на секундарном тржишту поуздане зелене обвезнице. Издаваоци се подстичу да позиционирају информације у контексту свеобухватних циљева, стратегије, политике и/или процеса који се односе на заштиту животне средине и одрживи развој. Такође, издаваоци се подстичу да обелодане све зелене стандарде или сертификате који се наводе приликом одабира пројекта. Даље, емитентима се препоручује да поступак евалуације и одабира пројекта допуне екстерном ревизијом. На тај начин, поштовање принципа зелених обвезница од стране емитената повећава њихов кредибилитет у јавности и пружа већу правну заштиту услед евентуалних поремећаја на тржишту.⁴⁰

Посматрано из перспективе издаваоца зелених обвезница, чиниоци који ометају развој тржишта зелених обвезница огледају се у виду релативно високих трошкова испуњавања захтева у погледу верификације зелених обвезница. Проверу статуса „зелене обвезнице“, као и праћење и управљање мобилисаним средствима од њихове емисије углавном спроводе независне ревизорске институције или специјализоване истраживачке агенције, попут: *CICERO*, *Sustainanalytics*, *Oekom and Vigeo Eiris*. Ове институције процењују колико су зелене обвезнице заправо зелене (рангирајући их на скали од „тамно зелене“ до „браон“). На основу спроведене процене, додељују посебан сертификат „зелена обвезница“ онима који испуне услове.⁴¹ Треба истаћи да многи потенцијални издаваоци нису упознати са поступком верификације зелене обвезнице. На појединим тржиштима капитала трошкови верификације од стране независне екстерне институције крећу се између десет и сто хиљада долара. Овако високи трошкови верификације могу представљати препреку за мале издаваоце, што их може дестимулисати од емисије зелених обвезница.⁴²

38 A. Laskowska, 61.

39 *Ibid.*, 61.

40 International Capital Market Association, *The Green Bond Principles 2017*, ICMA, Paris, 2017, 3.

41 International Capital Market Association, *Green & Social Bond Market Update*, ICMA – European Central Bank, Frankfurt, 2018, 11.

42 A. Laskowska, 63.

Осим проблема верификације зелених обвезница, издаваоци ових обвезница суочавају се са проблемом извештавања јавности, а пре свих инвеститора о еколошком учинку пласираних средстава. Одбор за одрживе рачуноводствене стандарде (*Sustainable Accounting Standards Board – SASB*) промовише стандарде извештавања који ће омогућити процену и поређење проеколошког учинка компанија (издавалаца), како би инвеститори на основу тога могли да одлуче где и како да уложе средства. На појединим берзама „извештавање о одрживости“ постало је обавезујуће за компаније које се листирају на *prime* тржишту. У САД захтеви за обелодањивањем уводе се у појединим федералним државама попут Калифорније и Њујорка. Међутим, упркос усвајању законских прописа и смерница, још увек је дуг пут да стандарди о извештавању буду прихваћени као правно обавезујући.⁴³

У циљу превазилажења непостојања јединствених, конзистентних глобалних правних решења, Радна група за финансијско извештавање у вези климатских промена (*Task Force on Climate-related Financial Disclosure – TCFD*) унапредила је стандарде обелодањивања финансијских информација везаних за климатске промене. Међутим, недостатак информација и неупоредиви показатељи у погледу изложености климатским променама отежавају доношење јединствених правила. Одсуство транспарентности и упоредивости еколошких, друштвених и управљачких (*ESG* принципи) методологија оцењивања, као и неконзистентно мерење фактора климатске транзиције, додатно ометају алокације портфела ка нискоугљеничном развоју. Решавање ових изазова захтеваће темељно ресетовање финансијског система, укључивањем климатског ризика у релевантне аспекте политике управљања и контроле од стране надлежних тела, попут централних банака и регулаторних тела на тржишту капитала.⁴⁴

У децембру 2020. године, Одбор за финансијске услуге (*Financial Service Authority – FSA*) основао је Стручну комисију за одрживе финансије (*Expert Panel on Sustainable Finance*) како би се размотрила питања финансијске одрживости и приступ политикама које се односе на финансијске институције и тржишта капитала. У извештају који је објављен јуна 2021. године прокламује се неколико принципа: 1) побољшање корпоративног извештавања; 2) оснаживање функције тржишта капитала у остваривању нискоугљеничног развоја; 3) подршка финансијским институцијама и управљање ризицима.⁴⁵ Са циљем подржавања и оснаживања корпоративног извештавања, Токијска берза

43 M. Allen, K. Crawford, J. Theot, L. Toscani, 21–30.

44 Organisation for Economic Co-operation and Development, 5.

45 *Ibid.*, 72.

је ревидирала Кодекс корпоративног управљања јуна 2021. године. Кодекс обавезује све будуће компаније које буду емитовале хартије од вредности на *prime* тржишту да побољшају квалитет и квантитет објављених података у погледу климатских промена. Осим тога, Одбор за финансијске услуге најавио је оснивање радне групе у оквиру Савета за финансијски систем (*Financial System Council*) како би се даље разматрало питање извештавања о финансијској одрживости и доприне-ло конструктивном дијалогу између инвеститора и компанија које се котирају на берзама.⁴⁶

Тржишта капитала у развијеним земљама имају круцијалну улогу у промовисању и доприносу остваривању циљева нискоугљеничног развоја. Наиме, мере финансијских власти и учесника на тржишту капитала могу помоћи јачању тржишне праксе, интегритета и поверења, подстицањем веће транспарентности о актуелним финансијским инструментима, преусмеравањем капитала ка зеленијим алтернативама, истовремено охрабрујући инвестирање у пројекте нискоугљеничног развоја.⁴⁷

С тим у вези, први корак који државе могу предузети у превазилажењу препрека и подстицању даљег развоја тржишта зелених обвезница и остваривању циљева нискоугљеничног развоја јесте афирмисање јавног образовања у области финансија. Владе могу одиграти главну улогу у подизању еколошке свести инвеститора, али и свих потенцијалних учесника на тржиштима капитала, посебно имајући у виду да на тржиштима капитала недостаје адекватног знања и праксе о зеленим финансијским инструментима, односно климатским производима. Државе и надлежна регулаторна тела могу предузети различите акције у циљу промовисања значаја и потенцијала зелених финансијских инструмената, почев од организовања научних и стручних конференција, спровођења адекватног маркетинга до предлагања и усвајања релевантних правних прописа у виду смерница, препорука и водича добре праксе. Транзиција ка нискоугљеничном развоју захтеваће масивна улагања. Да би се омогућила таква улагања неопходне су транспарентне, пореско робусне и правно стабилне и исплативе инвестиције које ће обезбедити ликвидност инвеститорима на примарним и секундарним тржиштима капитала.⁴⁸

46 У 2019. години, *Nasdaq* је објавио ESG смернице о извештавању за компаније које се котирају на берзи у преко 30 категорија, са 55 одговарајућих метрика, укључујући 17 у оквиру тзв. еколошког стуба, који обезбеђују референтну вредност и приоритете за поменуте компаније у извештавању. *Ibid.*, 73–74.

47 *Ibid.*, 5.

48 М. Allen, К. Crawford, J. Theot, L. Toscani, 26.

Политика је кључна за ублажавање климатских промена. С једне стране, економисти су показали да закони тржишта нису ефикасни у суочавању са негативним екстерним ефектима, као што су загађење и емисије CO₂. С друге стране, постоји значајна временска неусклађеност између тржишта капитала и ефеката климатских промена. Стога, креатори јавних политика морају предлагати измене и допуне релевантних законских прописа, које ће помоћи у прилагођавању тржишне равнотеже и премошћивању или убрзању временских циклуса. Правна решења која се предлажу у ту сврху су увођење специфичних пореза и пореских подстицаја за она привредна друштва која нису загађивачи животне средине, до рестриктивних прописа којима се ограничавају вредности загађења.⁴⁹

V Закључак

Последње деценије обележиле су екстремне климатске промене, као последица претераног загађења, што наводи на хитно предузимање мера у спречавању штетних ефеката климатских промена. Научна и стручна јавност апелује на правовремено предузимање климатских акција са фокусом на остваривање права и правичности, адекватно финансирање, трансфер технологије, политичку посвећеност и јавно-приватно партнерство. Док доносиоци јавних политика и тржишта капитала и даље заостају у препознавању побројаних чињеница, поједине групе инвеститора и активиста предузимањем приватних иницијатива мобилишу одређена средства улагањем у пројекте који омогућавају транзицију ка нискоугљеничном расту, а самим тим и трансформацију тржишта капитала. Неспорно је да су за потребе ублажавања климатских промена и очувања животне средине неопходна огромна средства, а тржиште капитала управо то омогућава прикупљањем слободног капитала. Сходно томе, неопходан је адекватан регулаторни оквир који би омогућио тржиштима капитала сарадњу са глобалним финансијским институцијама, са циљем преусмеравања слободног капитала у пројекте за ублажавање климатских промена. Кључну улогу у томе могу одиграти међународне финансијске институције и развојне банке.

У међувремену, доносиоци јавних политика, регулаторна тела, научна и стручна јавност и инвеститори морају радити на креирању правног и регулаторног оквира који се односи на инвестирање у климатске промене, а који би обухватио: 1) нове приступе управљања ризицима (климатски ризик) и портфељем финансијских инструмената који ће вредновати друштвене и еколошке резултате, а не само краткорочну финансијску

⁴⁹ *Ibid.*, 25.

добит; 2) реформу постојећих стандарда извештавања о одрживости пројеката и пословних активности које се односе на климатске промене; 3) спровођење регулаторног надзора над учесницима на тржишту капитала, који између осталог подразумева да се учесници у свом пословању руководе принципима заштите животне средине, друштвене одговорности и савесног корпоративног управљања (ESG принципи).⁵⁰

Неспорно је да су током протекле деценије поједине владе, међународне финансијске организације и приватне институције направиле извесне кораке у примени економских политика које помажу ублажавању последица климатских промена. Међутим, недостаје адекватан правни оквир. У раду је указано на поједине стандарде и смернице које су креирале међународне организације. Међутим, прописи у предметној материји су и даље несистематизовани и фрагментизовани, без одговарајућег правно-теоријског утемељења. Осим тога, међу улагачима је присутан морални ризик имајући у виду да прописи који се односе на емисију и промет зелених финансијских инструмената нису правно обавезујући, те у недостатку истих, расте неповерење у инвестирање у проеколошке пројекте. Одређени недостаци на тржишту зелених обвезница и даље ће бити присутни како се овај сегмент тржишта буде развијао. Чиниоци који могу успорити даљи развој тржишта зелених обвезница су: површност политике зелених обвезница, преварне радње на тржишту које доводе до појаве *greenwashing-a*, високи трошкови верификације статуса зелених обвезница, недовољно познавање шире јавности о инвестирањима у заштиту животне средине (углавном недостатак образовања јавности о екологији и финансијама), као и правна несигурност узрокована недостатком релевантних прописа међународног и националног карактера. Стога је циљ предметног истраживања био сагледавање на који начин би доношење одговарајућих правних прописа допринело убрзању транзиције ка нискоугљеничном развоју и трансформације тржишта капитала, омогућивши потребну правну сигурност и равноправни третман свим учесницима на тржишту капитала.

На крају, уколико посматрамо домаћи правни поредак, законодавни оквир за ефикасно и делотворно планирање, припрему, спровођење и праћење јавних политика и капиталних пројеката који се односе на последице климатских промена начелно је успостављен, усвајањем релевантних правних прописа.⁵¹ Међутим, предстоји још дуг пут у погледу потпуне имплементације свих релевантних законских норми.

50 Christina Leijonhufvud, Jeffrey P. Fitts, „Global Warming’s Unlikely Antidote: Why Capital Markets Hold the Key to Addressing Climate Change“, *Social Research*, Nr. 3/2015, 778.

51 Нови Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 129/2021), Стратегија развоја тржишта капитала, Акциони план за спровођење Стратегије.

Коришћена литература

- Абрамовић Вања, Аћимовић Данијела, Јоцовић Мијат, „Климатске промјене и њихов утицај на земље региона“, *Економске идеје и пракса*, бр. 20/2016. (Abramović Vanja, Aćimović Danijela, Jocić Miijat, „Klimatske promjene i njihov uticaj na zemlje regiona“, *Ekonomске идеје и пракса*, бр. 20/2016)
- Allen Mark, Crawford Korin, Theot Jerome, Toscani Luca, „GSBGEN 390 Climate Change and Capital Markets“, Stanford Business, 2015, доступно на адреси: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/07/Climate-Change-and-Capital-Markets-FINAL-05-13-2015.pdf>, 5. 3. 2022.
- Almeida Miguel, *Global Green State of the Market 2019*, Climate Bonds Initiative, London, 2020.
- Вујасин Михајло, „Климатске промене – све је ближа тачка без повратка“, 2022, доступно на адреси: <https://balkangreenenergynews.com/rs/klimatske-promene-sve-je-blize-tacka-bez-povratka/>, 15. 3. 2022. (Vujasin Mihajlo, „Klimatske promene – sve je bliža tačka bez povratka“, 2022, dostupno na adresi: <https://balkangreenenergynews.com/rs/klimatske-promene-sve-je-blize-tacka-bez-povratka/>, 15. 3. 2022)
- Deschryver Pauline, de Mariz Frederic, „What Future for the Green Bond Market? How Can Policymakers, Companies, and Investors Unlock the Potential of the Green Bond Market?“, *Journal of Risk and Financial Management*, Nr. 61/2020.
- Јоловић Невена, Јоловић Ивана, „Актуелно стање и перспективе развоја глобалног и националног тржишта зелених обвезница“, *Мега-тренд ревија*, бр. 4/2021. (Jolović Nevena, Jolović Ivana, „Aktuelno stanje i perspektive razvoja globalnog i nacionalnog tržišta zelenih obveznica“, *Megatrend revija*, бр. 4/2021)
- Laskowska Anna, „Conditions for the Development of the Green Bond Market Development“, *FINANSE: Czasopismo Komitetu Nauk o Finansach PAN*, Nr. 1/2018.
- Leijonhufvud Christina, Fitts Jeffrey P., „Global Warming’s Unlikely Antidote: Why Capital Markets Hold the Key to Addressing Climate Change“, *Social Research*, Nr. 3/2015.
- Mormann Felix, Reicher Dan, „Smarter Finance for Cleaner Energy: Open up Master Limited Partnerships (MLPs) and Real Estate Investment Trusts (REITs) to Renewable Energy Investment“, *Remaking Federalism – Renewing the Economy*, Stanford Law School and the Stanford Graduate School of Business, 2012, доступно на адреси: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1165/>, 5. 3. 2022.

- Smith Jeffrey A., Morreale Matthew, Mariani Michael E., „Climate change disclosure: Moving towards a brave new world“, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 3, Nr. 4/2008.
- Schmittmann Jochen, Han Teng Chua, „How Green are Green Debt Issuers“, *IMF Working Paper*, 20/194, Asia and Pacific Department, доступно на адреси: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2021/07/23/How-Green-are-Green-Debt-Issuers-462142>, 5. 3. 2022.
- Совиљ Ранко, „Тржиште зелених хартија од вредности – стање и перспективе“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Sovilj Ranko, „Tržište zelenih hartija od vrednosti – stanje i perspektive“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)
- Совиљ Ранко, „Тржиште обвезница катастрофе – нормативни оквир и перспективе развоја“, *Право и привреда*, бр. 2/2021. (Sovilj Ranko, „Tržište obveznica katastrofe – normativni okvir i perspektive razvoja“, *Pravo i privreda*, br. 2/2021)
- Fiorella Carvajal Ana, Bebczuk Ricardo, *Capital Markets Development – Causes, Effects and Sequencing*, World Bank Group, Washington, 2019.

Ranko SOVILJ, PhD

Research Associate at the Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

LEGAL CONSEQUENCES OF CLIMATE CHANGE ON REDEFINING THE CAPITAL MARKET – CAN CAPITAL MARKET CONTRIBUTE TO TRANSITION TO A LOW CARBON ECONOMY?

Summary

Climate change is one of the main initiators of changes in the legal, regulatory, economic, social and environmental systems of states, given that the consequences of changing natural conditions affect global, regional and national economic development, as well as quality of life. Can capital market contribute to climate change mitigation, by transition to a low carbon economy? By applying the normative and comparative method, the author points out how the legal and regulatory framework can encourage capital markets to play a key role in raising and redirecting free capital in order to solve the problem of climate change. In this regard, climate (green) financial instruments created for investing in environmental protection projects and climate change mitigation are analyzed. Considering the tendencies in the global capital market, the author concluded that there are numerous legal obstacles that impede the more intensive contribution of the capital market in the fight against climate change.

Key words: *Capital Market. – Green Bonds. – Low Carbon Economy. – Climate Changes. – Legal Framework.*

Датум пријема рада: 12. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 6. 2022.

УДК: 347.961:347.72/.73(497.11)

CERIF: S 144, S 145

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22209A

*Марко ТОМИЋ**

јавни бележник у Ваљеву, Србија

ЈАВНИ БЕЛЕЖНИЦИ И КОМПАНИЈСКО ПРАВО У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – ОСНИВАЊЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА И ЗАПИСНИЦИ СА СЕДНИЦА ОРГАНА ДРУШТАВА

Сажетак

У раду се анализира теоретски положај јавних бележника у српском компанијском праву, у погледу одабраних питања. У првом делу рада размајрају се основна питања о улози јавних бележника у српском компанијском праву. Други део бави се овлашћењима јавних бележника при оснивању привредних друштва, уз осврт на нишавости оснивачкој акци. Тема прећет дела рада је улога јавних бележника у вођењу записника са седнице органа привредних друштва. На крају, у четвртом делу изводи се закључак.

Кључне речи: *Јавни бележник. – Оснивање привредној друштва. – Нишавости оснивачкој акци. – Јавнобележнички записник.*

* Електронска адреса аутора: beleznik.marko@gmail.com.

I Уводне напомене о улози јавних бележника у српском компанијском праву

Јавни бележници врше значајна јавна овлашћења у области грађанског права. Примера ради, јавни бележници су искључиво надлежни за солемнизацију (потврђивање) уговора о промету непокретности и за састављање заложних изјава на основу којих се установљава вансудска извршна хипотека, и то у форми јавнобележничког записа.¹ Тестамент се може саставити у форми јавнобележничког записа, конкурентно са осталим његовим законским облицима, а основни суд може поверити јавним бележницима вођење појединих ванпарничног поступка, међу којима је у пракси то најчешће поступак расправљања заоставштине, при чему је за састављање смртвонице прописана искључива надлежност јавних бележника.² Када је реч о овери потписа, преписа и рукописа, јавни бележник је по правилу надлежан за ове врсте овера.³ Дакле, јавни бележници правним пословима и изјавама странака дају потребну форму, чија снага и значај зависе од врсте правног посла или изјаве, полазећи од опредељења законодавца. Овде је потребно нагласити разлику између овере потписа и солемнизације (потврђивања) приватне исправе, као две најчешће форме које се обликују радом јавних бележника. Приликом овере потписа, јавни бележник утврђује идентитет странке (и њено овлашћење за заступање, ако је нечији заступник или пуномоћник) и потврђује да је она пред њим потписала исправу или признала потпис за свој, не упуштајући се у испитивање

1 Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2012 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 81 ст. 1 тач. 3; Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015, чл. 4 ст. 1.

2 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УС РС и 6/2015, чл. 111а; Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон, чл. 30а–30з.

3 Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 22/2015 и 87/2018, чл. 1 ст. 1. У овом закону су прописана два изузетка. Први је у чл. 28: „Исправу намењену за употребу у иностранству оверава основни суд у складу са прописима којима се уређује легализација исправа у међународном саобраћају.“ Други је у чл. 29 ст. 2, којим је прописано ће и после 1. марта 2017. године у градовима и општинама за које нису именовани јавни бележници потписе, рукописе и преписе оверавати основни судови, судске јединице, као и пријемне канцеларије основних судова, у складу са чланом 13 ст. 4 и 5. Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава (*Службени гласник РС*, бр. 101/13), односно општинске управе као поверени посао, а до именовања јавних бележника.

садржине исправе, уз одређене изузетке.⁴ За разлику од овере потписа, приликом солемнизације приватне исправе, јавни бележници испитују њену садржину.⁵ Само путем солемнизације приватна исправа добија својство јавне исправе.⁶ По својству јавне исправе, са солемнизованом приватном исправом изједначена је форма јавнобележничког записа. То је најстрожа форма домаћег права. Јавнобележнички запис у целини саставља јавни бележник, он има својство јавне исправе ако садржи законом прописане елементе; приликом његовог састављања испитују се и материјални и формални услови пуноважности правног посла о којем је реч, па је у правној теорији речено да „пружа најобухватнију превентивну заштиту учесника у грађанскоправном промету“.⁷ Разлика је у томе што приликом солемнизације приватне исправе ту исправу јавном бележнику подносе странке, након чега он врши њену формалну и материјалну проверу, док јавнобележнички запис саставља и редигује од почетка до краја сам јавни бележник.⁸

Све то даље значи да је у остваривању појединих субјективних грађанских права и у вођењу одређених грађанских поступака јавним бележницима додељена битна улога. Када је реч о формама јавнобележничке исправе, овај закључак темељи се на начелу правне сигурности, а у погледу поверених ванпарничних поступака, у складу је са циљем растерећења судова, због чега су, поред осталог, јавни бележници и уведени у наш правни систем.⁹

Другачије је у домаћем компанијском праву, ту је улога јавних бележника, за сада, ограниченог домашаја. Тема овог рада је анализирање

4 У нашем праву је усвојено решење ограничене контроле поднете исправе. Наиме, јавни бележник ће одбити оверавање потписа у четири случаја: ако постоје разлози за изузеће јавног бележника, ако поднета исправа садржи правни посао који је забрањен, ако поднета исправа садржи правни посао за који је као обавезна прописана форма јавнобележничког записа или јавнобележничке исправе или ако се оверавањем потписа помаже остваривање недозвољених и непоштених циљева. Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014, 186–187.

5 „Јавни бележник је дужан да објасни странкама смисао правног посла, да им укаже на његове последице и да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. Ако утврди да нису испуњени услови из овог члана, јавни бележник решењем одбија да потврди исправу.“ Закон о јавном бележничтву, чл. 93ђ.

6 Закон о јавном бележничтву, чл. 93б ст. 2.

7 Закон о јавном бележничтву, чл. 82 и чл. 84; Д. Ђурђевић, 111.

8 Суштина ове две форме је иста: јавни бележник одговара за садржину исправе у оба случаја, па је опредељење аутора да, у даљем тексту овог рада, у циљу поједностављења изражавања, када се подразумевају ове две форме, без потребе међусобног разликовања, користи заједнички назив *јавнобележнички обрађена исправа*.

9 Д. Ђурђевић, 29, 33.

појединих института компанијског права из угла правне сигурности и учешћа јавних бележника у пословању привредних друштава. У овом делу рада биће речи о форми правних послова и других изјава воље у различитим областима компанијског закона (овера потписа преовлађује), док ће други облици њиховог учешћа бити разматрани у даљем току рада. На пример, императивним одредбама законска форма овере потписа прописана је за уговор о преносу удела у ортачком друштву или друштву са ограниченом одговорношћу, као и за уговор о преносу акција нејавног акционарског друштва.¹⁰ Одступања су могућа у два правца: законска форма овере потписа може се искључити конститутивним актом друштва (форма пуномоћја за гласање на скупштини акционарског друштва које даје акционар који је физичко лице),¹¹ а понекад се ова форма може и увести вољом друштва, на исти начин (обавеза овере потписа на изменама оснивачког акта).¹²

Јавни бележници само понекад добијају већа овлашћења приликом оснивања привредног друштва, повећања основног капитала неновчаним улозима или приликом статусне промене, у виду обавезне солемнизације уговора о оснивању друштва, одлуке о повећању основног капитала или уговора о статусној промени. Обавеза солемнизације тих исправа постоји само у случају располагања непокретностима, које предузимају оснивачи, чланови или друштва учесници статусне промене (неновчани улози приликом оснивања друштва или повећања основног капитала, односно постојање непокретности у имовини друштва код статусне промене). Нажалост, то је само „стицај околности“, како је примећено у нашој правној теорији, будући да закон који уређује промет непокретности налаже обавезну форму солемнизоване приватне исправе за уговоре о промету непокретности, па се та форма, у претходно наведеним случајевима, примењује и у области компанијског права.¹³

У нашој правној теорији постоје два супротстављена става о оправданости примене форме солемнизоване приватне исправе у случају уговора о статусној промени којим се располаже непокретностима. Према једном мишљењу, дејством посебних прописа (о промету непокретности) ова форма постаје обавезна и за уговор о статусној

10 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 97 ст. 2, чл. 175 ст. 1, чл. 261 ст. 2.

11 ЗПД, чл. 344 ст. 7; Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право*, Београд, 2020, 524.

12 ЗПД, чл. 13 ст. 2.

13 Татјана Јевремовић Петровић, „Уговор о статусној промени – тренутак закључења, контрола и други повезани проблеми“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2015, 141.

промени, док по другом мишљењу поменута форма није изричито прописана у овом случају (при чему се вероватно мисли да то није учињено компанијским законом).¹⁴ Сматрамо да је прво мишљење правилније, због тога што је закон који уређује промет непокретности општи закон за питање форме свих правних послова чији је предмет промет непокретности, без обзира на правну природу и извор регулисања тих правних послова, који не дозвољава другачије регулисање неким посебним законом (у овом случају, законом који уређује привредна друштва).

Такође, поводом обима контроле коју јавни бележник врши приликом солемнизације уговора о статусној промени, Стручни савет Јавнобележничке коморе Србије изнео је мишљење да „треба солемнизовати уговор о припајању иако се у имовини друштва које се припаја налазе непокретности које иначе не могле бити предмет промета.“¹⁵ Дакле, препоручује се нижи степен превентивне контроле (за разлику од солемнизације уговора о промету непокретности), имајући у виду да статусна промена подразумева универзалну сукцесију, слично као код наслеђивања физичких лица. Наиме, у појам права подобних за наслеђивање улазе и поједина права која не могла бити предмет уговора о промету непокретности, као што су на пример: право својине на непокретностима на којима је уписана забележба одлуке о забрани отуђења и оптерећења непокретности, удео у заједничкој својини супружника итд.¹⁶ Овде се, заправо, не ради о неким посебним субјективним правима, него о ограничењима права својине која онемогућавају његов промет на основу правних послова *inter vivos*. У том кључу се открива и разлог комотнијег приступа приликом контроле статусне промене: нужно је испитати поштовање процедуре спровођења статусне промене, али, како се наводи у цитираном мишљењу: „...нема проблема да се у случају права која *иначе нису ѝреносива* (курзив аутор) правним послом пренесу на друштво којем се врши припајање јер то друштво „конзумира“ и наставља правни субјективитет припојеног друштва.“¹⁷

Имајући виду овај кратки преглед значаја јавнобележничких исправа у нашем компанијском праву, може се слободно рећи да и

14 За прво мишљење вид. код Т. Јевремовић Петровић, 126–127; за друго код Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 242 фн. 242.

15 Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 13. августа 2017. године, доступно на адреси: http://beleznik.org/images/pdf/obavestenje/misljenja_strucnog_saveta_jks_od_03_08_2017.pdf, 11. 4. 2022, интернет извор без броја стране.

16 Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, *Службени гласник РС*, бр. 41/18, 95/18, 31/19 и 15/20, чл. 15 ст. 1 тач. 7; Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 174 ст. 3.

17 Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 13. августа 2017. године, интернет извор без броја стране.

даље важи једна примедба изнета уочи увођења јавног бележництва у наш правни систем – да је опредељење наше државе да поједностави оснивање и рад привредних друштава довело до тога да јавни бележници добију врло скромне надлежности у компанијском праву.¹⁸ Предност је дата економичнијем пословању привредних субјеката, на штету веће правне сигурности, што је легитиман правно-политички циљ, али сматрамо да тај правац дугорочно није користан за привредно окружење, што ћемо покушати да објаснимо у овом раду. Али, указујемо на једно запажање из регионалне правне теорије, „да учешће нотара у статусним стварима трговачких друштава не смије бити само себи циљ“.¹⁹ То би значило да не треба по сваку цену истрајавати у јачању улоге јавних бележника у компанијском праву, али је корисно указати на предности таквог приступа, што је и основни мотив овог рада.

II Улога јавних бележника у оснивању привредних друштава

1. Јавни бележници и форма оснивачког акта привредног друштва

а) *Опшћа размајрања*

Оснивачки акт је конститутивни правни акт на основу кога, уписом у регистар привредних субјеката, привредно друштво стиче правни субјективитет. Он има облигациона и статусна дејства.²⁰ Ако друштво оснива један оснивач, онда се назива одлука о оснивању, а ако је реч о више оснивача, онда је то уговор о оснивању.²¹ Закон прописује обавезну садржину оснивачког акта за сваку правну форму привредног друштва понаособ.²² Акционарско друштво има два конститутивна акта – оснивачки акт и статут, при чему оснивачки акт служи само за оснивање и доцније се не мења, док се статут може мењати одлуком скупштине друштва, већином гласова свих акционара, осим ако је већа

18 Miloš Živković, Vesna Živković, „O uvođenju javnog beležništva u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013, 443.

19 Meliha Powlakić, „Uloga notara u BiH“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013, 303. Иста ауторка наводи и да „нотар не може бити редуциран само на онога ко замахује печатом.“ (фн. 24).

20 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2012, 55.

21 ЗПД, чл. 11, ст. 1.

22 За ортакчко друштво – чл. 94, за командитно друштво – чл. 127, за друштво са ограниченом одговорношћу – чл. 141 и за акционарско друштво – чл. 265 ЗПД; М. Васиљевић, 55.

већина предвиђена статутом.²³ Форма оснивачког акта уређена је општом одредбом, која важи за све правне форме привредних друштава: „Приликом оснивања друштва, потписи на оснивачком акту оверавају се у складу са законом којим се уређује овера потписа, с тим да оверу потписа, ако је реч о електронском документу, замењује квалификовани електронски потпис чланова друштва, осим ако то није у супротности са прописима којима се уређује промет непокретности.“²⁴ Иначе, електронски потпис је у нашем праву изједначен са својеручним потписом, уз одређене изузетке.²⁵ За одлуку о изменама оснивачког акта (статута код акционарског друштва) овера потписа (или стављање квалификованог електронског потписа) обавезна је само ако је предвиђена оснивачким актом и уписана у регистар.²⁶

Законска форма овере потписа на оснивачком акту својом једноставношћу олакшава оснивање привредних друштава. Електронска регистрација оснивања у складу је са правном регулативом Европске уније, што је свакако похвално, али указујемо на то да је у правној теорији тим поводом изнето да се „у постављању регулаторних циљева очигледно (и искључиво) водило разлозима ефикасности, уштеде трошкова и убрзања процедуре регистрације.“²⁷ Уштеда трошкова огледа се у томе што је износ јавнобележничке награде по овери једног потписа на једном примерку оснивачког акта 360 динара, са укљученим ПДВ-ом, док је, по природи ствари, потписивање исправе квалификованим електронским потписом бесплатно.²⁸ Изузетак од овог правила примењује се када оснивачи привредног друштва у њега уносе неновчани улог у виду права својине на непокретностима, када се, деловањем других прописа, активира појачана улога јавног бележника јер се такав оснивачки акт оверава у форми солемнизоване приватне исправе (или се

23 ЗПД, чл. 246 и чл. 265. М. Васиљевић, 240–242; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 423–425.

24 ЗПД, чл. 11. ст. 2.

25 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017 и 52/2021, чл. 50. Електронски потпис важи као својеручни потпис, па му ниједан државни орган не може оспорити важност због тога што је електронски. Изузетак је прописан за уговоре и друге правне послове за које је посебним законом предвиђено да се сачињавају у форми овере потписа, јавно потврђене (солемнизоване) исправе, или у форми јавнобележничког записа, када предност имају посебни прописи.

26 ЗПД, чл. 12 ст. 2.

27 Татјана Јевремовић Петровић, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 318.

28 Јавнобележничка тарифа, *Службени гласник РС*, бр. 91/2014, 103/2014, 138/2014, 12/2016, 17/2017, 67/2017, 98/2017, 14/2019, 49/2019, 17/2020, 91/2020 и 37/2021, чл. 10 и чл. 21, тарифни број 8.

саставља у форми јавнобележничког записа, ако је оснивач пословно неспособно лице). Законодавац сматра да је заштита правне сигурности важна само у случају уношења поменутих неновчаних улога, док у осталим случајевима превагу односи начело ефикасности. Дакле, и када солемнизује оснивачки акт (или га саставља у форми јавнобележничког записа), јавни бележник је ту случајно, дејством закона који уређује промет непокретности, а не применом компанијског закона. На овом месту корисно је подсетити на став Врховног касационог суда да „строжа форма конзумира мање строгу, па ако је за пуноважност одређеног правног посла (уговора) предвиђена форма нотарске овере исправа, посао ће бити пуноважан и када је закључен у облику јавнобележничког записа.“²⁹

У упоредном праву срећу се различита решења у погледу форме оснивачког акта, при чему национална права понегде предвиђају различите форме тог акта за различите правне форме привредних друштава. У немачком праву, оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу саставља се у форми нотарске исправе.³⁰ Исто је и у хрватском праву (форма јавнобележничког акта или приватне исправе коју потврди јавни бележник).³¹ Када је реч о друштвима лица, у немачком и хрватском праву није потребна форма нотарске исправе за оснивање јавног трговачког друштва (које одговара нашем ортакчком друштву). При томе, у немачком праву се ово друштво може основати и неформалним уговором, у хрватском праву је потребна писана форма, а форма нотарске исправе у оба права је потребна ако се у друштво уносе неновчани улози у виду непокретности или удела у друштву са ограниченом одговорношћу.³² Према француском праву, оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу може бити алтернативно у форми нотарске исправе или потписаног уговора оснивача (приватна, не-оверена исправа).³³ У хрватском и немачком праву акционарско друштво се оснива путем изјава оснивача о усвајању статута, које се дају у

29 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 25. октобра 2016. године (извор: *Paragraf Lex*).

30 Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 2002, 1001; Uwe Hüffer, *Gesellschaftsrecht*, München, 1996, 311. Немачки закон о друштву са ограниченом одговорношћу из 1982. године (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), чл. 2 ст. 1.

31 Закон о трговаčким друштвима, *Narodne novine*, br. 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/2007, 146/2008, 137/2009, 125/2011, 152/2011, 111/2012, 68/2013, 110/2015 i 40/2019, чл. 387.

32 Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga treća, Društva osoba*, Zagreb, 2002, 314; K. Schmidt, 1370.

33 Mads Andenas, Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2012, 62.

облику јавнобележничког акта.³⁴ У Босни и Херцеговини се за све форме привредних друштава тражи форма „нотарски обрађене исправе.“³⁵

Осим предности које доноси форма јавнобележнички обрађене исправе, које ће бити испитане у даљем тексту, она из угла привредних друштава има два недостатка: успоравање процедуре оснивања и њене повећане трошкове. Наиме, процедура јавнобележничке обраде исправа дуже траје од овере потписа јер се код ње, осим утврђивања идентитета и овлашћења за заступање, оснивачима чита цео текст оснивачког акта, као и одговарајуће поуке и упозорења јавног бележника.³⁶ Када је реч о трошковима јавнобележничке обраде, примера ради, састављање оснивачког акта у форми јавнобележничког записа, при минималној вредности новчаног или неновчаног улога, износи 11.520 динара, са укљученим ПДВ-ом.³⁷ Сматрамо да ови недостаци не би требало да буду одвраћајући чинилац приликом неке будуће реформе компанијског дела јавнобележничког права, будући да су користи које привредна друштва добијају на тај начин значајније од благо повећаних трошкова пословања и нешто дужег боравка оснивача у јавнобележничкој канцеларији.

б) Јавнобележничка обрада оснивачког акта

1) Уводне напомене

Оснивачки акт садржи одредбе које су значајне за организацију привредног друштва, као и за међусобне односе оснивача, због своје дуалне природе (статусна и облигациона дејства). Форма овере потписа у домаћем праву препушта осниваче ризику од недовољне информисаности или пренагљеног одлучивања, зарад ефикасности оснивања друштва.³⁸ У теорији се истиче значај јаче контроле оснивања друштва, која води мањем значају ништавости оснивачких аката.³⁹ Строжа

34 Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I. Dioničko društvo*, Zagreb, 2013, 195–196.

35 Enes Bikić, Meliha Powlakić, Sefedin Suljević, Marinko Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo, 2012, 513.

36 Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон, чл. 168, чл. 172.

37 Јавнобележничка тарифа, чл. 21, тарифни број 1 ст. 9.

38 Јавно бележничество помаже у остваривању три функције форме: аутентификационе, упозоравајуће и доказне, при чему је остварење упозоравајуће функције форме могуће у случају јавнобележничког записа и солемнизације, јер обезбеђују да јавни бележник „као непристрасан стручњак поучи учесника о правним последицама акта које предузима“. Д. Ђурђевић, 28–33.

39 Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивања привредног друштва: упоредноправна теорија и право Европске уније“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2017, 108.

контрола оснивања друштава, у виду обавезне јавнобележничке обраде исправе води већој правној сигурности и мањој вероватноћи појављивања ништавих оснивачких аката, уз повећање трошкова оснивања. Ипак, реалност је да национална права држава чланица Европске уније на различите начине регулишу питање форме оснивачког акта, будући да је секундарно законодавство то њима препустило.⁴⁰

Уређујући оснивачким актом своје међусобне односе у привредном друштву, чланови могу организацију свог друштва да прилагоде својим потребама, крећући се у оквирима дозвољених одступања која су предвиђена диспозитивним законским нормама и поштујући императивне законске норме. Степен слободе оснивача највећи је код друштва лица, мањи је код друштва са ограниченом одговорношћу, а најмањи код акционарског друштва, јер у њему претежу императивне норме. Оснивачки акт сваког друштва има битне елементе, а за сваку форму друштва појединачно, одговарајућим чланом закона они су изричито прописани.⁴¹ Оснивачки акт може имати и факултативне елементе,⁴² путем којих оснивачи својом вољом одређују оптимални модел свог будућег пословања. Значај јавних бележника за оснивање привредних друштава требало би да буде истакнут управо у поучавању оснивача о могућности одступања од диспозитивних законских норми, то јест о могућности уређења појединих статусних питања на другачији начин од законом предвиђеног.⁴³

2) Однос оснивачког акта и диспозитивних законских одредаба

Према Водинелићу, „норма је диспозитивна ако примена и непримена норме зависи од воље адресата, или ако од воље адресата зависи

40 *Ibid.*

41 Тако, на пример, за друштво са ограниченом одговорношћу, чл. 141 ЗПД-а прописује: „Оснивачки акт друштва садржи нарочито: 1) податке о члановима друштва из члана 9а овог закона, као и податак о пребивалишту члана друштва; 2) пословно име и седиште друштва; 3) претежну делатност друштва; 4) укупан износ основног капитала друштва; 5) износ новчаног улога, односно новчану вредност и опис неновчаног улога сваког члана друштва; 6) време уплате, односно уношења улога у основни капитал друштва; 7) удео сваког члана друштва у укупном основном капиталу изражен у процентима; 8) одређивање органа друштва и њихових надлежности. Ако оснивачки акт не садржи одредбе о надлежностима органа друштва, органи друштва имају надлежности предвиђене овим законом.“

42 М. Васиљевић, 56.

43 Такође, предност састављања оснивачког акта у форми јавнобележнички обрађене исправе могла би да се појави и у виду поучавања оснивача о породичноправним и наследноправним последицама оснивања привредног друштва. У погледу везе јавног бележничтва, с једне стране, и породичноправне и наследноправне тематике, са друге, аутор припрема посебан рад.

у којој ће се варијанти применити норма.⁴⁴ Воља оснивача привредног друштва да одређено питање уреде другачије од закона исказује се у оснивачком акту, а формулација „ако оснивачким актом није друкчије одређено“ у теорији се назива „чаробном формулом.“⁴⁵ Закон некада оставља слободу оснивачима, а некада их ограничава тако што прописује меру одступања од диспозитивне норме. Пример за прву варијанту норме било би правило да су члану друштва са ограниченом одговорношћу права по основу удела (статусна и имовинска) сразмерна учешћу удела тог члана у основном капиталу друштва, осим ако је оснивачким актом одређено другачије.⁴⁶ Свакако, то није апсолутна слобода оснивача – не би било дозвољено искључити члану права по основу удела, али је дозвољено уговорити, на пример, да право на учешће у добити не буде у сразмери са капитал учешћем. Пример за другу варијанту норме било би правило за измену оснивачког акта друштва с ограниченом одговорношћу, који се мења обичном већином гласова свих чланова друштва, ако оснивачким актом није предвиђена већа већина.⁴⁷ То значи да оснивачи не могу одредити мању већину за доношење ове врсте одлуке скупштине друштва.

За осниваче друштва са ограниченом одговорношћу посебно су значајне законске одредбе о праву прече куповине удела.⁴⁸ У овом институту препознаје се сличност ове форме друштва са друштвима лица и њиме се наглашава затвореност те форме.⁴⁹ Ако оснивачи ништа друго не уговоре, примењује се право прече куповине, које значи да је преносилац удела у обавези да пре преноса удела трећем лицу свој удео понуди свим другим члановима друштва.⁵⁰ Међутим, ова норма је

44 Владимир Водинелић, *Грађанско право – увод у грађанско право и оштини део грађанског права*, Београд, 2017, 148.

45 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2007, 26.

46 ЗПД, чл. 152.

47 ЗПД, чл. 142 ст. 1.

48 ЗПД, чл. 161–166.

49 М. Васиљевић (2012), 208.

50 ЗПД, чл. 162 ст. 1. Иначе, оснивачким актом могу се другачије од законског решења уредити следећа питања у вези са правом прече куповине: право прече куповине може се искључити (чл. 161), може се одредити рок за прихватање понуде у трајању дужем од 30 дана, али најдуже 90 дана (чл. 162 ст. 4), може се другачије уредити целокупан поступак остваривања права прече куповине (чл. 162 ст. 5), може се другачије уредити пренос удела када постоји више прихватилаца, па неки од њих или сви одустану од закључења уговора (чл. 164 ст. 1 и ст. 2), могу се другачије уредити услови и рокови преноса удела трећем лицу када право прече куповине није искоришћено (чл. 165), као и остварење права прече куповине у случају јавне продаје удела (чл. 166). За поменуте ситуације закон прописује решење које ће се примењивати у одсуству другачијег решења оснивачког акта. Међутим, закон даје

диспозитивна, и оснивачи могу право прече куповине изменити у два смера: тако што ће га искључити или тако што ће га ограничити на други начин, сагласношћу скупштине друштва, коју може заменити пресуда.⁵¹ Дакле, ако су оснивачима битни лични квалитети других чланова друштва, онда ће вероватно диспозитивну норму оставити нетакнуту, тако да опстане право прече куповине, или ће отежати пренос удела увођењем правила о сагласности скупштине. Ако су оснивачи отворени према капиталу, не марећи превише за личне квалитете осталих учесника у пословном подухвату, онда могу и да искључе право прече куповине, као сметњу слободном преносу удела.

У правној теорији постоје супротстављена мишљења о томе да ли се право прече куповине примењује само приликом продаје удела или се примењује и код других врста правних послова (пре свега добротиних). Према једном мишљењу, ово право постоји само у случају продаје удела.⁵² Према другом мишљењу, то је у ствари право пречег стицања удела, па се примењује и у случају поклона, размене.⁵³ И присталице првог мишљења упозоравају на могућност изигравања прописа закључењем привидних уговора о поклону удела, али сматрају да то није довољно да би се домашај законске формулације проширио на бестеретне правне послове, већ истичу да би се случајеви изигравања права решавали на одговарајући начин (уз судску заштиту).⁵⁴ Ипак, сматрамо да у пракси изигравање права прече куповине није тако занемарљива појава, и тешко ју је спречити, па смо склонији да прихватимо друго мишљење, будући да се на тај начин више штите чланови друштва, и то превентивно. У сукобу жеље члана за добротиним располагањем својим уделом и тежње за очувањем структуре чланства у друштву, превагу би требало да однесе ово потоње, јер члан друштва није сам у пословном подухвату, и аутономија воље му је ограничена самим удруживањем са другима ради постизања добити, у форми друштва која има елементе друштва лица. Евентуални коректив права пречег преноса, у случају добротиног

могућност оснивачима и да уместо права прече куповине предвиде још строже ограничење преноса удела трећем лицу – сагласност скупштине друштва, уместо ког друштво има право да одреди треће лице коме ће удео бити продат (чл. 167 и 168). Најзад, оснивачким актом могу се предвидети и друге врсте ограничења за пренос удела (чл. 170), а у теорији се сматра да се пренос удела трећем лицу може чак искључити, што би друштву дало наглашени персонални (затворени) карактер. М. Васиљевић (2012), 209.

51 *Ibid.*, 211.

52 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 388; Ненад Тешић, „О праву приоритетног разматрања понуде у случају преноса удела у ДОО“, *Liber amicorum професор др Мирко Васиљевић* (ур. Душан В. Поповић), Београд, 2021, 121.

53 М. Васиљевић (2012), 210.

54 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 388; Н. Тешић, 117–118.

преноса, могло би да буде правило предложено у правној теорији према коме би ималац права прече куповине који прихвати такву понуду био дужан да преносиоцу исплати тржишну вредност удела.⁵⁵ Јасно је да тренутна тржишна вредност удела, посматрано на дужи рок, не мора да значи исто што и будућа вредност удела (може бити мања или већа, у зависности од успеха друштва), коју је преносилац намеравао некоме да пренесе без накнаде, али се правилном о њеној исплати преносиоцу удела у знатној мери надокнађује ограничење добродоног преноса установљено правом пречег стицања осталих чланова.

Јавни бележник би, приликом оснивања друштва у форми јавно-бележнички обрађене исправе, у разговору са оснивачима могао да сазна какве су њихове жеље у погледу организације њиховог привредног друштва. Могао би да их поучи о различитим могућностима одступања од законом прописаних диспозитивних норми и о правним последицама које би такво одступање произвело. У оквиру упозоравајуће функције форме, јавни бележник би странкама које нису вичне праву омогућио да прецизирају своје замисли.⁵⁶ Обавезни елемент обе форме јавнобележнички обрађене исправе је изјава јавног бележника да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, као и изјава да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале.⁵⁷ Јавни бележник је одговоран странкама за свој рад, па и оснивачима ако би њихов оснивачи акт остао недоречен или ако би био супротан закону, па због тога неко претрпи штету (и трећа лица, не само оснивачи). Све то би, по нашем мишљењу, допринело бољем функционисању затворених форми привредних друштава, будући да се управо код њих најчешће јављају блокаде у одлучивању или вођењу послова, када понестане почетне воље за удруживањем, све због велике упућености чланова једних на друге.

2. Однос ништавости оснивачког акта и његове јавнобележничке обраде

У нашем компанијском праву постоје два правна средства за отклањање материјалних и формалних недостатака у оснивању привредних друштава: ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања привредног друштва. Разлози за ништавост оснивачког акта од-

55 Н. Тешић, 117.

56 Д. Ђурђевић, 31.

57 Закон о јавном бележничтву, чл. 84 ст. 1 тач. 8, чл. 93б ст. 1 тач. 10.

носе се на „његове битне недостатке због којих је правно неприхватљиво да основано друштво опстане“.⁵⁸ У закону су набројани разлози за поништај оснивачког акта и изричито је уређено да се из других разлога поништај не може тражити.⁵⁹ С друге стране, ништавост регистрације оснивања односи се на недостатке у поступку оснивања.⁶⁰ Такође су законом исцрпно одређени разлози.⁶¹ У оба случаја правна последица је престанак привредног друштва у поступку принудне ликвидације.

У правној теорији је истакнуто да ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања нису ретка појава код нас.⁶² Такође се указује на значај превентивне контроле оснивања привредних друштава у праву Европске уније, која се остварује на два алтернативна начина: или од стране управног или судског органа у тренутку оснивања друштва, или уз обавезну оверу оснивачког акта и његових доцнијих измена пред надлежним органом (на пример, јавним бележником).⁶³ Један од разлога ништавости оснивања привредних друштава у Европској унији је изостанак превентивне контроле оснивања, при чему се као пример строге контроле (нотарска овера оснивачког акта) узима пример Немачке.⁶⁴ Дакле, у праву Европске уније и у домаћем праву постоји потреба за контролом оснивачког акта, при чему јавни бележници могу имати битну улогу.

У нашем компанијском праву законска форма оснивачког акта не гарантује превентивну контролу оснивања привредних друштава, осим

58 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 207.

59 „Оснивачки акт ништав је ако: 1) нема форму прописану овим законом или 2) је делатност друштва која се наводи у оснивачком акту супротна принудним прописима или јавном поретку или 3) не садржи одредбе о пословном имену друштва, улозима чланова, износу основног капитала или претежној делатности друштва или 4) су сви потписници, у тренутку закључења оснивачког акта, били правно или пословно неспособни. Осим из разлога прописаних у ставу 1. овог члана, оснивачки акт не може се огласити ништавим по другом основу.“ ЗПД, чл. 13.

60 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 208–209.

61 „Лице које има правни интерес може тужбом захтевати утврђење да је регистрација оснивања привредног друштва ништава: 1) ако су у пријави наведени неистинити подаци; 2) ако је регистрација извршена на основу лажног документа, документа издатог у незаконито спроведеном поступку или документа са неистинитим чињеницама; 3) ако постоје други законом предвиђени разлози.“ Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021, чл. 33.

62 Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2017, 79.

63 *Ibid.*, 78; Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012, 108.

64 Т. Јевремовић Петровић (2017а), 115.

ако се као неновчани улог у друштво уносе непокретности. Форма овере потписа на оснивачком акту је правило, а форма јавнобележнички обрађене исправе изузетак. Затим, пред Агенцијом за привредне регистре важи начело формалности, према коме регистратор доноси одлуке на основу чињеница из пријаве, приложених докумената и регистрованих података, без испитивања тачности чињеница из пријаве, веродостојности приложених докумената и правилности и законитости поступака у коме су документи донети.⁶⁵ Дакле, овера потписа на оснивачком акту, без испитивања његове садржине, уз формално испитивање оснивачког акта приликом регистрације, такође без залажења у испуњеност материјалних услова оснивања, воде закључку о слабој превентивној контроли оснивања привредног друштва. У вези са тим, у литератури се истиче да систем контроле домаћег права „представља релативно благу заштиту од могућих неправилности приликом оснивања привредног друштва.“⁶⁶ Сматрамо да би сачињавање оснивачких аката у форми јавнобележнички обрађене исправе допринело бољој превентивној контроли оснивања друштава, јер би јавни бележник био дужан да води рачуна о испуњености како формалних, тако и материјалних услова пуноважности оснивачког акта. Индиректно, водио би рачуна и о разлозима ништавости оснивачког акта, јер би другачије поступање могло водити његовој одговорности за штету оснивачима или трећим лицима. Подизање степена форме оснивачког акта на виши ниво смањило би вероватноћу настанка ништавих оснивачких аката, посебно имајући у виду да регистратор проверава само испуњеност формалних услова регистрације.

III Улога јавних бележника у вођењу записника са седнице органа привредних друштава

1. Законско уређење

а) *Општи појед*

Ако привредно друштво тако одреди својим конститутивним актом, одређене седнице његових органа протоколисаће се у облику јавнобележничког записника. То је факултативни начин вођења записника; закон не прописује ниједан случај обавезног састављања јавнобележничког записника. Јавнобележнички записник је „нотарска исправа којом се констатује да је јавни бележник обавио неку правну

65 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, чл. 3 ст. 1 тач. 3.

66 Т. Јевремовић Петровић (2017), 93.

радњу, односно да је у његовом присуству обављена нека правна радња.⁶⁷ Садржина јавнобележничког записника детаљно је уређена законом и недостатак било ког елемента строго је санкционисан: у том случају овај записник неће имати својство, нити дејство јавне исправе.⁶⁸ Пошто је јавнобележнички записник јавна исправа, претпоставља се да је истинито све што је у њему написано. Ипак, то је само доказна исправа, па је дозвољено доказивати да није сачињен на прописан начин или да чињенице нису истинито утврђене.⁶⁹ Због свог претежно доказног карактера (за разлику од јавнобележничких записа и солемнизованих приватних исправа), јавнобележничке записнике могу састављати и у име јавног бележника потписивати јавнобележнички помоћници.⁷⁰ Свакако, лично присуство на седници јавног бележника, јавнобележничког помоћника, јавнобележничког заменика или вршиоца дужности јавног бележника, у зависности од конкретног случаја, апсолутно је неопходно, о чему се изјаснио и Стручни савет Јавнобележничке коморе Србије.⁷¹ У четири случаја постоји законска могућност да привредна друштва ангажују јавне бележнике за потребе вођења записника.

*б) Зайисник са седнице оснивачке скуишћине
акционарској друшћива*

Први случај се односи на седницу оснивачке скупштине акционарског друштва које има више од 100 акционара, ако је то предвиђено оснивачким актом.⁷² Ова законска одредба није усаглашена са позитивним компанијским правом јер оснивачка седница акционарског друштва у нашем праву одавно не постоји. То је врста седнице акционарског друштва која је била прописана раније важећим Законом о привредним друштвима из 2004. године, коју су сазивали оснивачи након успешне јавне емисије акција, приликом сукцесивног оснивања отвореног акционарског друштва.⁷³ Према схватању релевантних правних писаца, акционарска друштва код нас није могуће основати сукцесивним путем

67 Д. Ђурђевић, 236.

68 Закон о јавном бележништву, чл. 89.

69 Д. Ђурђевић, 237.

70 Закон о јавном бележништву, чл. 42, ст. 2.

71 Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 24. фебруара 2017. године, доступно на адреси: http://beleznik.org/images/pdf/misljenje/misljenja_strucnog_saveta_jks_od_24-02-2017.pdf, 11. 4. 2022.

72 Закон о јавном бележништву, чл. 86 ст. 1 тач. 1.

73 Закон о привредним друштвима – ЗПД 2004, *Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 36/11 – др. закон, чл. 198–203; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2007, 279–281.

(уз јавни позив трећим лицима за упис акција), већ само симултано (први акционари су само оснивачи, није могуће укључити трећа лица).⁷⁴ Због описане неусаглашености два закона ова законска могућност сачињавања јавнобележничког записника није применљива у пракси.

в) Остале седнице акционарског друштва

Други случај се односи на другу седницу акционарског друштва које има више од 100 акционара, ако је то предвиђено оснивачким актом.⁷⁵ У правној теорији се ова законска формулација тумачи на начин да се она односи на било коју седницу скупштине акционарског друштва.⁷⁶ Остављајући по страни различите врсте седница овог органа акционарског друштва, на овом месту скрећемо пажњу на две најзначајније: редовну, која се одржава једном годишње, најкасније у року од шест месеци од завршетка пословне године, и ванредну, која се одржава по потреби, као и када је то одређено законом који уређује привредна друштва или статутом друштва.⁷⁷ Скупштина је орган акционарског друштва на којој власници капитала, акционари изражавају своју вољу и посредством одлука скупштине претварају је у вољу друштва. Она одлучује о најзначајнијим питањима из пословања акционарског друштва, као што је усвајање финансијских извештаја, расподела добити акционарима, располагање имовином велике вредности, статусне промене итд.⁷⁸

Садржина записника прописана је законом, а на овом месту ћемо се задржати на питању надлежности за вођење и потписивање записника. По закону, записник води секретар друштва, а ако га друштво нема, онда записник води записничар.⁷⁹ Ипак, ако друштво својим статутом одреди да записник води јавни бележник онда секретар, односно записничар губе овлашћење на вођење записника. Када је реч о потписивању записника, законом је прописано да записник потписују председник скупштине, записничар, односно секретар друштва ако постоји и сви чланови комисије за гласање, као и да је председник скупштине, односно секретар друштва ако постоји, дужан да потписани записник на

74 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 427; М. Васиљевић (2012), 250.

75 Закон о јавном бележничтву, чл. 86 ст. 1 тач. 1.

76 Илија Бабић, „Јавни бележник и јавнобележничке исправе – записници органа привредних друштава и овере њихових оснивачких аката“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014, 84.

77 ЗПД, чл. 364 ст. 1, чл. 371 ст. 1. За исцрпну поделу седница акционарског друштва, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 509–513.

78 Детаљно о надлежностима скупштине, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 514–515; М. Васиљевић (2012), 352–353.

79 ЗПД, чл. 363 ст. 2 и 3.

одговарајући начин учини доступним акционарима.⁸⁰ Сабирањем прописаних рокова, долази се до закључка да ова радња треба да се предузме најкасније у року од једанаест дана од дана одржавања седнице скупштине.⁸¹ У практичном смислу, потписивање јавнобележничког записника догодиће се накнадно, по завршетку седнице скупштине, након што га јавни бележник, у својој канцеларији, на основу белешки прикупљених на дан седнице, припреми у одговарајућој форми, према правилима састављања јавнобележничке исправе. То значи да је потребно да јавни бележник на одговарајући начин обавести обвезнике потписивања записника да је потребно да приступе у његову канцеларију. Наравно, будући да је то оправдан разлог, потписивање записника може се предузети изван јавнобележничке канцеларије, у просторијама друштва (за саму седницу се подразумева да се одржава у месту које у позиву за седницу одреди управа друштва).⁸²

г) Седнице другој ордана у вршењу њоверених надлежности

Трећи случај факултативног учешћа јавних бележника предвиђен је за „записник са седнице другог органа акционарског друштва, када тај орган, у складу са законом којим се уређују привредна друштва и општим актом тог друштва одлучује о питањима из надлежности скупштине друштва.“⁸³ Потребно је кумулативно испуњење оба услова: предвиђеност компанијским законом и статутом (односно оснивачким актом). Донедавно су у нашем праву постојала две законске могућности да одбор директора, односно надзорни одбор одлучује о питањима која су резервисана за скупштинско одлучивање, на основу пренетог овлашћења. У питању су одобрени капитал (сада је у искључивој надлежности скупштине) и плаћање међудивиденде (и даље постоји могућност да скупштина пренесе овлашћење на одлучивање о овом питању).

Одобрени капитал, који се још назива и неиздати или овлашћени капитал, јесте врста капитала акционарског друштва која подразумева постојање неиздатих акција чије је издавање одобрено статутом или одлуком скупштине, при чему постоји овлашћење надлежног органа (сада само скупштине, а некада и одбора директора, односно надзорног

80 ЗПД, чл. 363 ст. 5 и 6.

81 Записник се сачињава најкасније у року од осам дана од дана њеног одржавања, а чини се доступним акционарима у даљем року од три дана од истека поменутог рока.

82 Закон о јавном бележништву, чл. 20 ст. 3; Јавнобележнички пословник, *Службени гласник РС*, 62/2016, 66/2017, 54/2018 и 151/2020, чл. 15 ст. 2.

83 Закон о јавном бележништву, чл. 86 ст. 1 тач. 2.

одбора) да га изда када оцени да је то повољно по друштво, и то ради повећања основног капитала новим улозима или за остваривање права ималаца заменивих обвезница и вараната.⁸⁴ Дејством недавних измена закона који уређује привредна друштва, скупштина више нема моћ да издавање одобреног капитала повери одбору директора, односно надзорном одбору.⁸⁵ То је сада искључива, непреносива надлежност скупштине, о чему се и предлагач закона изричито изјаснио, речима да се: „прописује (се) искључива надлежност скупштине акционарског друштва за доношење одлуке о издавању одобрених акција.“⁸⁶ Међутим, у чл. 294 ст. 1 Закона о привредним друштвима и даље је прописано следеће: „Одлуку о издавању акција ради повећања основног капитала друштва доноси скупштина, осим у случају одобреног капитала, када такву одлуку може донети одбор директора, односно надзорни одбор ако је ујављање друштвом дводомно.“ Разумно је претпоставити да је реч о техничком пропусту законодавца, будући да одбор директора, односно надзорни одбор на основу чл. 313 Закона о привредним друштвима немају поменуто поверену надлежност. Тиме је домаћи законодавац напустио тековину комунитарног права, уведена секундарним законодавством Европске уније, према којој је „уведен институт овлашћеног капитала који се данас третира као једини изузетак од надлежности скупштине да повећава основни капитал друштва“.⁸⁷ Нормирањем искључиве надлежности скупштине по овом питању губи се основна предност делегирања овлашћења са скупштине на управу друштва – брзина и флексибилност повећања основног капитала.⁸⁸

Пошто је законом укинута овлашћење управе за издавање одобреног капитала, преостао је један случај законске могућности да управа одлучује о питањима из надлежности скупштине. То је привремена дивиденда (међудивиденда), коју друштво, ако статутом није другачије одређено, може плаћати у било које време између редовних седница скупштине, под законом прописаним условима.⁸⁹ Међудивиденда се,

84 М. Васиљевић (2012), 287–288. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 459–460.

85 Закон о изменама и допунама Закона о привредних друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 109/2021, чл. 29.

86 Предлог Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима од 15. октобра 2021. године, доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2021/1800-21.pdf, 8. 4. 2022.

87 Детаљно о овој теми, вид. код М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, 164–165.

88 О овој карактеристици делегирања овлашћења са скупштине на управу, као и о осталим карактеристикама овог института, вид. Зоран Арсић, „Одобрени капитал“, *Liber amicorum професор др Мирко Васиљевић* (ур. Душан В. Поповић), Београд, 2021, 2–7.

89 ЗПД, чл. 273 ст. 1.

дакле, плаћа акционарима током пословне године.⁹⁰ За доношење одлуке о расподели дивиденде изворно је надлежна скупштина, која то овлашћење може пренети на управу, на основу своје одлуке, или тако може бити одређено статутом, али се у том случају може платити само у новцу (а иначе се може платити и у акцијама).⁹¹

g) Осцили случајеви

Оснивачким актом привредног друштва може се предвидети да облик јавнобележничког записника мора имати записник са седнице и других органа друштва, односно записник са седнице органа друге врсте привредног друштва.⁹² Према овој законској формулацији, није могуће статутом акционарског друштва увести обавезно вођење јавнобележничког записника у поменутих случајевима, него је то могуће само путем оснивачког акта. Када је реч о акционарском друштву, у облику једнодомног управљања, то могу бити седнице одбора директора, а у дводомном облику – седнице надзорног одбора и извршног одбора. Исти закључак важи и за друштво са ограниченом одговорношћу. Када је реч о друштвима лица, може се закључити да ова законска могућност није применљива јер у ортачком и командитном друштву ортаци, односно комплементари не одлучују и не воде послове друштва на седницама. Ова друштва немају формиране органе управљања.⁹³ Све ове могућности (за друштва капитала) само су од теоријског значаја јер је мало вероватно да привредна друштва својом вољом ограниче аутономију и повећају трошкове пословања, имајући у виду да се, за разлику од скупштине, органи управе, по природи ствари, састају знатно чешће (примера ради, одбор директора јавног акционарског друштва одржава најмање четири седнице годишње).⁹⁴

2. О оправданости враћања обавезне форме јавнобележничког записника

а) Специфичности јавнобележничког вођења записника

У претходно важећој верзији закона који уређује јавно бележничтво било је предвиђено да облик јавнобележничког записника мора имати записник са седнице оснивачке скупштине и друге скупштине

90 М. Васиљевић (2012), 313.

91 ЗПД, чл. 273 ст. 2 и 3.

92 Закон о јавном бележничтву, чл. 86 ст. 2.

93 Детаљно код М. Васиљевић (2012), 153, 176.

94 ЗПД, чл. 402 ст. 1.

акционарског друштва које има више од 100 акционара, као и записник са седнице другог органа у вршењу делегиране надлежности.⁹⁵ Овај број вероватно потиче из раније важећег компанијског закона, који је налагао да затворено акционарско друштво може да има највише сто акционара.⁹⁶ Важећи компанијски закон не одређује највећи број акционара који нејавно акционарско друштво може да има. Тај број представља и позитивноправно ограничење, али имајући у виду да је јавнобележнички записник данас свакако факултативна и ретка појава, онда је нелогично због чега је тај гранични број акционара и даље у законском тексту. Сматрамо да, ако законодавац науми да једном врати обавезну форму јавнобележничког записника, то треба да учини на другачији начин, како ће бити ниже објашњено.

У немачком и хрватском праву јавни бележник је искључиво надлежан за вођење записника са седнице акционарског друштва.⁹⁷ У овим правима том се записнику придаје велики значај, што за последицу може имати чак ништавост одлуке скупштине, ако је захваћена тешким недостацима (ако записник није саставио јавни бележник, ако нису наведени место и време одржавања скупштине, име и презиме јавног бележника, или ако недостаје потпис јавног бележника).⁹⁸

Домаћим компанијским законом је прописана обавезна садржина записника, као и остала битна питања у вези са његовим вођењем и потписивањем.⁹⁹ Такође, прописано је да саставни део записника чине и списак учесника и докази о прописном сазивању седнице.¹⁰⁰ Ипак, то није све оно о чему би јавни бележник, ако би му било поверено вођење записника, требало да води рачуна. Наиме, компанијско право је развило бројне институте који се односе на остваривање права акционара на учешће у раду скупштине, као што су, примера ради: гласање писаним путем, гласање преко пуномоћника, специфичности кастоди банке као пуномоћника, правила о кворуму и различитим већинама за одлучивање, начин гласања, право акционара на постављање питања итд.¹⁰¹ При томе треба имати у виду слободу акционарског друштва

95 Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, чл. 86 ст. 1.

96 ЗПД 2004, чл. 194 ст. 2.

97 К. Schmidt, 841–842; Ј. Barbić (2013), 1240.

98 Детаљно о томе Ј. Barbić (2013), 1357–1358. За немачко право вид. Bruno Kropff, Johannes Semler (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2001, 173–174.

99 ЗПД, чл. 363 ст. 5.

100 ЗПД, чл. 363 ст. 6.

101 Детаљно о овим институтима Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 521–535.

да, у границама одређеним законом, поједина питања друкчије уреди својим статутом. То значи да је за правилно вођење записника са седнице акционарског друштва потребно добро познавање материје компанијског права, али и појавних облика акционарског понашања, и уз то је нужно претходно темељно проучавање статута конкретног акционарског друштва.

Санкције за неправилно вођење записника врло су благе, јер закон прописује да то нема утицаја на пуноважност одлука донетих на седници скупштине, ако се резултат гласања и садржина тих одлука на други начин може утврдити.¹⁰² Ако би записник водио јавни бележник, онда би се примењивала посебна правила о дужности јавног бележника да одбије предузимање службене радње или да у записник унесе одговарајуће упозорење, у зависности од тога о каквом је недостатку реч. Тако, јавни бележник ће бити дужан да одбије да у записник унесе одлуку скупштине ако је усмерена на постизање очигледно недопуштеног или непоштеног циља.¹⁰³ То ће, без сумње, бити апсолутно ништаве одлуке, као што су то у материји правних послова апсолутни ништави послови.¹⁰⁴ Такође, јавни бележник ће одбити да у записник унесе одлуку којом се противправно оштећује треће лице.¹⁰⁵ Под овај случај могла би се подвести ситуација која је прописана као разлог побијања одлуке скупштине, када било који акционар вршењем свог права гласа има намеру да за себе или треће лице прибави корист на штету друштва или других акционара кроз доношење или извршење те одлуке.¹⁰⁶ Може се рећи да је то једини случај у нашем праву када ће јавни бележник бити дужан да одбије предузимање службене радње иако она не води ништавости правног посла (одлуке), него његовој рушљивости (побијању). Иначе, у случају рушљивости правног посла или поједине његове одредбе, као и у случају када исправа садржи нејасне, неразумљиве или двосмислене одредбе, јавни бележник је дужан да на то странке упозори,

102 ЗПД, чл. 363 ст. 7.

103 Закон о јавном бележништву, чл. 53 ст. 2 тач. 1. Исто и у хрватском праву, видети код Ј. Barbić (2013), 1242.

104 Д. Ђурђевић, 43–45. У нашем компанијском праву разлози ништавости одлука скупштине прописани су у различитим законским одредбама. Детаљно о тој теми, као и о критици законског решења, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 538–539.

105 Закон о јавном бележништву, чл. 53 ст. 2 тач. 2. Остала два случаја из овог законске одредбе (предузимање привидне радње и избегавање законских обавезе) јавни бележник ће тешко препознати приликом састављања јавнобележничког записника, али, разуме се, ако има таква сазнања, дужан је да одбије уношење таквих одлука у записник.

106 ЗПД, чл. 376 ст. 1 тач. 5.

па да, ако странке упркос томе и даље желе да закључе правни посао, предузме службену радњу.

Све то значи да су постизање очигледно недопуштеног или непоштеног циља, као и противправно оштећење трећих лица гранични случајеви који стварају обавезу јавном бележнику да одбије уношење одлуке у записник. У случају осталих недостатака, који заиста могу имати различите појавне облике (незаконито сазивање седнице, онемогућавање акционара да учествује у седници, материјална незаконитост одлуке итд.), јавни бележник је дужан да на њих упозори странке, у овом случају председника скупштине, и да настави да води записник.

б) Предлој реформе и њено сировођење

Постојеће законско уређење, које предвиђа факултативну форму јавнобележничког записника у компанијском праву, није одговарајуће. Или га треба укинути као превазиђено – у пракси нема нарочиту примену, користи се терминологија закона који одавно није у примени, а посебно због тога што није реално очекивати да ће акционарска друштва, осим ако на то нису принуђена императивном нормом, на своје седнице добровољно довести треће лице, „уљеза“, који ће контролисати правилност рада скупштине – или га треба темељно изменити. Даље, сматрамо неадекватним да број акционара буде критеријум разликовања обавезне од факултативне форме записника јер ниједан разлог не говори у прилог томе да су у акционарским друштвима са мањим бројем акционарима ствари једноставније, па због тога није потребно учешће јавног бележника.

Акционарско друштво је, само по себи, полазећи од расподеле акционарске власти, један сложен механизам, па правилност и законитост вођења седнице скупштине заслужује повећану пажњу. Приликом њеног одржавања се преплићу и сукобљавају интереси акционара и управе, као и интереси мањине и већине. На седници скупштине више нису неуки акционари него је тамо све више професионалних инвеститора.¹⁰⁷ Дакле, пажња јавног бележника у вођењу овог записника неће бити толико усмерена на поучавање акционара и управе о релевантним правним питањима и битним чињеницама, као у области промета непокретности, колико на балансирање између супротстављених интереса, у складу са законом, у атмосфери напетости корпоративног одлучивања. Такође, посебно ће водити рачуна о злоупотреби већине али и мањине по капиталу.

107 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 86.

Затим, није релевантно да ли је друштво организовано као јавно или нејавно, односно да ли јавно акционарско друштво котира своје акције на неком организованом тржишту. Наиме, стил Закона о привредним друштвима такав је да се његове одредбе односе на сва акционарска друштва, и јавна и нејавна, осим онда када се изричито каже да се одређено правило односи на јавно. Кључна питања у вези сазивања и одржавања седница скупштине иста су за сва акционарска друштва. Превенција ништавих и побојних (рушљивих) одлука такође је оправдан разлог за враћање обавезног јавнобележничког записника, у складу са улогом јавних бележника у спречавању настанка спорова. У правној теорији је речено да „квалитетном припремом за скупштину нотар може предуприједити (превенирати) могуће будуће спорове и штете...“¹⁰⁸

Следом реченог, враћање обавезног облика јавнобележничког записника са седнице скупштине акционарског друштва требало би, *de lege ferenda*, да обухвати све врсте седница, независно од тога да ли је реч о нејавном или јавном акционарском друштву. Потребно је ускладити два закона (компанијски и закон који уређује јавно бележништво), а посебно је нужно у одговарајућу законску одредбу компанијског закона која уређује записник са седнице изричито прописати обавезно учешће јавног бележника. Због малог практичног значаја преостале две законске могућности (седница управе са делегираним овлашћењима и седнице органа других врста привредних друштава, односно других органа акционарског друштва), сматрамо да их треба избрисати из текста закона.

У случају такве законске реформе, неопходно је припремити благовремену процену капацитета јавнобележничке мреже за такав подухват, с обзиром на број акционарских друштава, пре свега због тога што акционарска друштва своје редовне (годишње) седнице, по правилу, одржавају током јуна сваке године (у року од шест месеци од истека пословне године).¹⁰⁹ Затим, по угледу на хрватско право, нужно је, правилном о искључивој месној надлежности, зарад равномерног регионалног развоја јавног бележништва, повезати место одржавања седнице друштва и службено подручје јавног бележника.¹¹⁰ Најзад, сматрамо да би у случају ове законске реформе било корисно предвидети посебни рок почетка примене законских новела (*vacatio legis*), од барем једне године од дана њиховог ступања на снагу, како би се јавни бележници, који свакако поседују теоријско знање из компанијског права, на одговарајућим предавањима и обукама упознали са практичним питањима и пробле-

108 E. Bikić, M. Povelakić, S. Suljević, M. Plavšić, 634.

109 ЗПД, чл. 364 ст. 1.

110 J. Barbić (2013), 1241.

мимо акционарског живота и корпоративног управљања. Повећани трошкови услед ангажовања јавног бележника не би требало да буду разлог за одустајање од предложене законске реформе с обзиром на то да се скупштина акционарског друштва састаје ретко, најчешће само једном годишње.

IV Закључна разматрања

Из претходних редова може се извести закључак да могућности које је увођењем јавног бележничтва домаћи правни поредак пружио на пољу превентивне правне заштите нису довољно искоришћене. Форма овере потписа на оснивачком акту, која се по правилу примењује, није гаранција његове законитости, нити је средство поучавања оснивача о правним последицама оснивања друштва, будући да се јавни бележници задржавају само на утврђивању идентитета, уз крајње ограничену контролу садржине исправе.

Приликом оснивања привредног друштва, оснивачи су дужни да поштују императивне законске норме, док у погледу примене диспозитивних норми имају одређену слободу да своје односе уреде друкчије од закона. Посебно су у том смислу значајна правила о пречој куповини удела у друштву са ограниченом одговорношћу, где закон отвара читав спектар могућности аутономног уређења. Веза ништавости оснивачког акта и његове форме овере потписа није занемарљива, због недостатка превентивне контроле оснивања. Форма јавнобележнички обрађене исправе омогућила би свеобухватно садржинско и формално испитивање оснивачког акта пре његове регистрације, што подразумева и посвећивање посебне пажње од стране јавног бележника разлозима ништавости оснивачког акта. Само у тој форми, која се према позитивном праву може јавити једино када оснивачи располажу непокретностима, јавни бележник има могућност да испита њихову праву вољу, поучи их о последицама њиховог располагања и састави или овери исправу која ће имати доказну снагу јавне исправе. Она нужно повлачи поскупљење и успоравање процедуре оснивања, при чему су користи које том формом оснивачи добијају веће од ових недостатака.

Недавно је у правној теорији изнето запажање да „уговор (или одлука) о оснивању трговачког друштва има у извесном смислу *алеа-торни карактер* (добит није извесна).“¹¹¹ Следећи то размишљање, јавни бележник могао би да оснивачима скрене пажњу на ову одлику удруживања ради остварења добити – да успех пословног подухвата

111 Мирко Васиљевић, „Привредно друштво без уговора о друштву – ‘друштво као фактичко’“, *Право и привреда*, бр. 1/2022, 9.

можда неће одговарати њиховим очекивањима. Такође, у нашем пословном свету широко распрострањена пракса – да се једно лице појави као оснивач, а да је заправо друго лице стварни власник – могуће је да би се изобичајила ако би оснивачи довољно често слушали поуку јавног бележника да „оснивач из услужности није мање оснивач“.¹¹²

Када је реч о учешћу јавних бележника у вођењу записника са седница органа привредних друштава, позитивно-правно уређење ове теме није адекватно, па су у раду предложена *de lege ferenda* решења. Препоручује се увођење обавезне форме јавнобележничког записника за све седнице обе врсте акционарских друштава (и јавних нејавних), уз усклађивање два закона који уређују ову тему. Значај учешћа јавног бележника у вођењу поменутог записника огледа се у томе што је његова дужност да делује превентивно, ради спречавања доношења ништавих и побојних (рушљивих) одлука, као и да уочи злоупотребу права од стране већине или мањине по капиталу. Мање је присутна функција поучавања странака, због тога што данас акционари углавном нису неуке странке. Припрема јавних бележника за изазове корпоративног управљања и значај организационих питања који се тичу јавнобележничке мреже у целој Републици Србији, питања су која завређују дужи *vacatio legis* неких будућих законских новела.

Коришћена литература

- Andenas Mads, Wooldridge Frank, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2012.
- Арсич Зоран, „Одобрени капитал“, *Liber amicorum професор др Мирко Васиљевић* (ур. Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Arsić Zoran, „Odobreni kapital“, *Liber amicorum profesor dr Mirko Vasiljević* (ur. Dušan V. Popović), Beograd, 2021)
- Бабић Илија, „Јавни бележник и јавнобележничке исправе – записници органа привредних друштава и овере њихових оснивачких аката“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014. (Babić Ilija, „Javni beležnik i javnobeležničke isprave – zapisnici organa privrednih društava i overe njihovih osnivačkih akata“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2014)
- Barbić Jakša, *Pravo društava, knjiga treća, Društva osoba*, Zagreb, 2002.
- Barbić Jakša, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, Svezak I. Dioničko društvo*, Zagreb, 2013.
- Bikić Enes, Povlakić Meliha, Suljević Sefedin, Plavšić Marinko, *Notarsko pravo*, Sarajevo, 2012.

¹¹² *Ibid.*, 5 фн. 12.

- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2007. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2007)
- Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2007. (Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd, 2007)
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2012. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2012)
- Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013. (Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje – izabrane teme*, Beograd, 2013)
- Васиљевић Мирко, „Привредно друштво без уговора о друштву – ‘друштво као фактичко’“, *Право и привреда*, бр. 1/2022. (Vasiljević Mirko, „Privredno društvo bez ugovora o društvu – ‘društvo kao faktičko’“, *Pravo i privreda*, br. 1/2022)
- Васиљевић Мирко, Радовић Вук, Јевремовић Петровић Татјана, *Компанијско право Европске уније*, Београд, 2012. (Vasiljević Mirko, Radović Vuk, Jevremović Petrović Tatjana, *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Beograd, 2012)
- Водинелић Владимир, *Грађанско право – увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, 2017. (Vodinelić Vladimir, *Građansko pravo – uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2017)
- Ђурђевић Дејан, *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014. (Đurđević Dejan, *Javnobeležnička delatnost*, Beograd, 2014)
- Živković Miloš, Živković Vesna, „О увођењу јавног бележництва у Србији“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Уговор о статусној промени – тренутак закључења, контрола и други повезани проблеми“, *Усклађивање њословног права Србије са правом Европске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2015. (Jevremović Petrović Tatjana, „Ugovor o statusnoj promeni – trenutak zaključenja, kontrola i drugi povezani problemi“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2015)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2015)
- Јевремовић Петровић Татјана, „Ништавост оснивања привредног друштва: упоредноправна теорија и право Европске уније“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2017. (Jevremović Petrović Tatjana, „Ništavost osnivanja privrednog društva: uporednopravna teorija i pravo Evropske unije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2017) (цитирано као: Т. Јевремовић Петровић [2017a])

- Јевремовић Петровић Татјана, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017. (Јевремовић Петровић Татјана, „Ništavost osnivačkog akta u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017) (цитирано као: Т. Јевремовић Петровић [2017])
- Јевремовић Петровић Татјана, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021. (Јевремовић Петровић Татјана, „Elektronska registracija osnivanja privrednih društava u Republici Srbiji“, *Pravo i privreda*, br. 3/2021)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право*, Београд, 2020. (Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2020)
- Повлакић Мелиха, „Улога нотара у БиН“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013.
- Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 2002.
- Тешић Ненад, „О праву приоритетног разматрања понуде у случају преноса удела у ДОО“, *Liber amicorum професор др Мирко Васиљевић* (ур. Душан В. Поповић), Београд, 2021. (Tešić Nenad, „O pravu prioritetnog razmatranja ponude u slučaju prenosa udela u DOO“, *Liber amicorum profesor dr Mirko Vasiljević* (ur. Dušan V. Popović), Beograd, 2021)
- Hüffer Uwe, *Gesellschaftsrecht*, München, 1996.
- Kropff Bruno, Semler Johannes (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2001.

Marko TOMIĆ
Notary public in Valjevo, Serbia

PUBLIC NOTARIES AND COMPANY LAW IN THE REPUBLIC OF SERBIA – FOUNDATION OF COMPANIES AND PROTOCOL OF COMPANIES’ ORGANS MEETINGS

Summary

In the paper author analyzes actual condition of public notaries in Serbian company law, regarding chosen questions. In the first part of the paper author discusses main issues on the role of public notaries in Serbian company law. The second part deals with competencies of public notaries in foundation of companies, with a review of nullity of articles of incorporation. The third part deals with a role of a public notary in protocoling of companies’ organs meetings. At last, the conclusion is made in fourth part.

Key words: *Public Notary. – Foundation of the Company. – Nullity of Articles of Incorporation. – Notarial Protocol.*

Датум пријема рада: 15. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 6. 2022.

УДК: 347.78(73:4-672EU) ; 658.512.2:347.77.01

CERIF: S 124, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22210A

Никола МИЛОСАВЉЕВИЋ*

асистент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

НЕУСЛОВЉЕНОСТ ФУНКЦИЈОМ ПРОИЗВОДА КАО УСЛОВ ЗА ПРИЗНАЊЕ ПРАВА ЗАШТИТЕ ИНДУСТРИЈСКОГ ДИЗАЈНА

Сажетак

Аутор у раду анализира нефункционалности као један од најзначајних услова за признање права заштитне индустријског дизајна. Најпре се испитује оштри њојам, врсте и значај нефункционалности као услова за заштитну примену методе астракције. Након тога се, применом компаративне методе, анализирају најважнији аспекти у примени овог услова у америчком и европском праву и врши њихово поређење. На крају је изложен циљ сprovedене анализе, а то је ујодобљавање српског права кријеријумима у одлучивању који у овој области постоје у свету.

Кључне речи: *Индустријски дизајн. – Неусловљеност функцијом производа. – Доктрина функционалности. – Компарација. – DOCERAM.*

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

I Увод

Неусловљеност функцијом производа, уз новост и индивидуални карактер индустријског дизајна, представља један од основних услова за признање права заштите индустријског дизајна. Међутим, за разлику од услова новости и индивидуалног карактера, неусловљеност функцијом производа се обично дефинише као негативан услов, односно сметња. Другим речима, како би се дизајн могао заштитити, неопходно је да дизајн није условљен, односно диктиран техничком функцијом. Иако је овај услов присутан у готово свим правним системима, постоје извесне разлике у његовој примени и схватању. Стога, постоји потреба да, након што изложимо елементе који су у примени овог услова заједнички за све правне системе, анализирамо разлике и сличности које у овом домену постоје у америчком и европском праву. Ова анализа би требало првенствено да послужи нашем праву, у коме је овај институт регулисан на исти начин као и у другим европским земљама, у складу са обавезом хармонизације. Страна права нам отуда потенцијално могу помоћи у погледу критеријума за примену овог услова који, као што ћемо видети, није претерано исцрпно регулисан.

II Доктрина (не)функционалности

1. Појам и значај

Условљеност функцијом производа као појам у праву заштите индустријског дизајна се изједначава са појмом техничке функције. Другим речима, овај услов треба схватити као одсуство техничке функције, при чему појам технике треба разумети у значењу уобичајеном за право интелектуалне својине. Ово постаје јасније када се у везу са овим појмом доведу разлози његовог прописивања. Генерално гледано, могу се извести три основна разлога за прописивање ове доктрине. Први разлог подразумева потребу да се спречи заштита проналазака у оквиру права заштите дизајна. Другачије речено, применом доктрине функционалности се, заправо, успоставља гранични појас између патентног и права заштите индустријског дизајна. Други разлог се тиче односа према другим учесницима на тржишту. Наиме, применом доктрине функционалности се обезбеђује слобода конкуренције у погледу оних елемената производа који обављају неку одређену функцију. Уколико би се право заштите индустријског дизајна протезало и на ове елементе, то би значило да би његов носилац могао да забрани свим трећим лицима да се користе функционалним елементом производа који је већ прешао

у јавни домен, или је обухваћен патентом другог лица. Како титулар права заштите дизајна није учествовао у креирању овог функционалног дела, то би он убирао екстра профите у погледу остварења у које није улагао, чиме би се створио обичан, а не прогресиван монопол на тржишту. Коначно, трећи разлог је повезан са претходним, а полази од тзв. теорије награда.¹ Наиме, будући да код производа који су у целости функционални, хипотетички, не постоји слободан простор за дејство аутора дизајна, те у том смислу не постоји ни креативни допринос аутора дизајна створеном облику. Стога му није оправдано ни признати искључиво субјективно право.²

Сваком од наведених разлога би се могла упутити одређена критика. Наиме, првом разлогу би се донекле могло замерити да није могуће наћи дизајн који у себи не садржи и функционалне и естетске елементе. Ово у складу са модерним схватањем дизајна да „форма прати функцију“, што је било прихваћено и приликом усвајања прописа Европске уније у овој области.³ Главна разлика рада дизајнера у односу на просто улепшавање производа се огледа управо у слободи аутора да у нови облик укључи и распореди одређене функционалне елементе. Отуда је врло тешко, ако не и нерационално, повлачити било какве оштре границе у овом домену, а у случају евентуалне грешке, разлика у трајању заштите је свега пет година. Други разлог, који се тиче заштите конкуренције на тржишту, такође, можемо побијати са аспекта рока трајања права заштите индустријског дизајна. Наиме, за разлику од права жига, које макар теоријски може трајати неограничено, право заштите индустријског дизајна је ограничено на период од 25 година. Другим речима, конкуренти, чак и у случају непостојања наведене доктрине не би били у тој мери ограничени да не могу да издрже конкурентски притисак монополисте у ограниченом временском периоду.⁴ Трећи разлог се темељи на учењима школе природног права, која се у теорији данас сматрају анахроним и неактуелним. Наиме, прихваћено је становиште да се искључива права интелектуалне својине на тржишту примарно признају због њиховог позитивног конкурентског ефекта и

1 Теорија награда се ослања на природноправно схватање права интелектуалне својине, према коме појединцу који је створио одређену интелектуалну креацију треба признати право на плодове те креације.

2 Lionel Bentley, Brad Sherman, *Intellectual property law*, London, 2001, 618.

3 Европска комисија, *Зелени папир о јавној заштити индустријског дизајна* (European Commission, *Green Paper on the Legal Protection of Industrial Designs*), даље у фуснотама: Зелени папир, 24.

4 Jason J. Du Mont, Mark D. Janis, „Functionality in Design Protection Systems“, *Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 261/2012, 263.

спречавања *free-riding*-а.⁵ Ипак, не може се због неактуелности побити чињеница да ова теорија има своју дубоку основу у принципу правичности – појединцу који је нешто створио својим радом, па и интелектуалним, треба признати право на уживање плодова тог рада.

2. Врсте функционалности

У оквирима теорије и судске праксе разликује се више врста функционалности. Стога је по различитим критеријумима могуће направити различите поделе функционалности.

Будући да се као начело примењује у различитим областима права интелектуалне својине, разликујемо функционалност у праву заштите дизајна, функционалност у ауторском праву и функционалност у праву жига. Стандарди функционалности у ове три гране се у одређеној мери разликују. Тако се у праву заштите индустријског дизајна сматра да је дизајн функционалан уколико је облик производа искључиво диктиран функцијом производа. Стога га у праву заштите индустријског дизајна и називамо другачије – условљеност функцијом производа. У ауторском праву, нефункционалност се постиже доктрином одвојености (енг. *separability doctrine*, итал. *scindibilità*), којом се заправо спречава да ауторским правом буду заштићени функционални елементи које индустријски дизајн садржи. Коначно, у праву жига су стандарди нефункционалности најоштрији, имајући у виду пре свега могућност неограниченог трајања жига. У том смислу, нефункционалан ће бити онај облик којим се не повређује конкуренција.⁶

Затим, амерички суд је у предмету *In re Morton Norwich* направио разлику функционалности *de jure* и функционалности *de facto*. Према ставу из наведене одлуке, *de jure* функционалност подрумева да треба одбити регистрацију дизајна уколико је облик производа у потпуности диктиран функцијом производа. Функционалност *de facto*, с друге стране, представља сиву зону функционалности. Према схватању суда у овој одлуци, облик производа је *de facto* функционалан онда када није могуће исту функцију остварити било којим другим обликом, иако сам облик није диктиран функцијом.⁷

У европском правном кругу прави се разлика између мандаторне (обавезујуће) и каузативне (узрочне) функционалности. Мандаторна

5 Paul Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 2019, 24.

6 Orit Fischman Afori, „The Role of the Non-Functionality Requirement in Design Law“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Nr. 1/2010, 850–859.

7 Perry J. Saidman, „Functionality and Design Patent Validity and Infringement“, *Journal of The Patent and Trademark Office Society*, 2009, 316.

функционалност подразумева да ће облик производа бити условљен функцијом у оним ситуацијама у којима је аутор дизајна био „у обавези“ да примени одређени облик. Такав облик је условљен функцијом производа будући да се ниједним другим обликом не може постићи иста техничка функција. Насупрот томе, козативна функционалност подразумева да ће облик или елементи облика бити условљени функцијом производа уколико је намера аутора дизајна, субјективно или објективно гледано, била усмерена ка томе да облик или елемент буду функционални.⁸ Мандаторна функционалност искључује далеко мањи број дизајна из заштите за разлику од козативне функционалности.⁹

У зависности од тога да ли се обликом постиже одређени корисни или трговински ефекат, правимо разлику између утилитарне (корисне) и естетске функционалности. Естетска функционалност је искључиво везана за право жига и према њој се функционалним сматра и онај облик производа који услед своје лепоте привлачи потрошаче да га купе. Тако је у предмету *Pagliariо v. Wallace* суд закључио да је облик керамичких ваза функционалан будући да се вазе и остали украсни предмети купују управо због њихове естетичности, која мора остати доступна конкурентима. Касније ће овакво становиште бити измењено, па ће стандард бити уподобљен стандарду утилитаристичке функционалности из пресуде *Traffix* према коме се заправо мора ценити у конкретном случају да ли се таквим обликом повређује конкуренција.

Иако је као, што видимо, доктрина функционалности са разлогом развијенија у области права жига, у наставку рада пажњу ћемо поклонити неусловљености функцијом производа као услову у правној заштити индустријског дизајна. Ипак, мора се признати да се бројни принципи постављени у праву жига примењују и у области заштите индустријског дизајна.

III Амерички приступ доктрини функционалности

Доктрина функционалности је у праву САД развијена из судске праксе на бази услова орнаменталности који је у америчко право уведен 1902. године изменом Патентног закона (*Patent act*). Дизајн се првенствено штити у патентном праву кроз посебан институт патента за дизајн (*design patent*), који се од обичног (утилитарног) патента разликује само у погледу услова и рока заштите. Патент за дизајн је уведен 1842. године и један од предвиђених услова заштите је била „корисност“. Законом о

8 L. Bentley, B. Sherman, 618–619.

9 Charles Gielen, Verena von Bombhard (eds.), *Concise European Trademark and Design Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, 647.

изменама и допунама из 1902. године, услов „корисности“ је замењен условом „орнаменталности“ који се до данас примењује.¹⁰ Увођење услова орнаменталности је имало за циљ да послужи као пандан услову „корисности“ код утилитарних патената. Њиме се заправо подразумева естетичност, односно естетска лепота, која је услов за заштиту патентом за дизајн.¹¹

Поред тога, орнаменталност је била схваћена као супротност функционалности, односно орнаменталност је у судској пракси све више почела да добија значење неусловљености функцијом производа. Међутим, оно што се посебно јавило као спорно, јесте питање обима примене начела функционалности. Наиме, поставило се питање да ли је потребно функционалност разматрати у односу на појединачне елементе дизајна или у односу на дизајн у целисти. Реч је заправо о измени која је у америчком праву настала након што је одбачен *points of novelty* тест за утврђивање новости. Наиме, наведени стандард је подразумевао да надлежни орган мора утврдити у којим је елементима (*points*) дизајн нов у односу на „стање дизајна“. Међутим, након пресуде *Egyptian Goddess* и *International Seatrade* коначно је одбачен наведени тест за утврђивање новости и замењен тестом укупног утиска који дизајн оставља на потрошача. Стога је изражено схватање да будући да се новост више не испитује аналитички, да ни услов орнаменталности не треба надаље испитивати аналитично.¹² Ово питање није безначајно будући да сви дизајни у одређеној мери морају бити функционални. Замислимо је да дизајн као целина не буде функционалан, али да ако би се посматрао аналитично, већина елемената буде функционална, што би водило његовом поништају.

У пресуди америчког Апелационог суда за подручје Федерације (*Federal Circuit*) *Lee v. Dayton-Hudson* из 1988. године, суд је након што је утврдио да се масажер за леђа састоји из ручице и две лоптице којима се врши масирање, нашао да укупно гледано изглед наведеног масажера не одаје утисак функционалности. Другим речима, у овој пресуди је суд ценио функционалност са аспекта укупног утиска који дизајн оставља. Исти суд је у предмету *Elmer v. ICC Fabricating* из 1995. године задржао наведени став, те је функционалност лежећег полицајца ценио имајући у виду целокупан дизајн, а не посебно сваки елемент. До одступања долази након пресуде истог суда *OddzOn Products v. Just Toyz* из 1997. године. У тој пресуди, суд је први пут применио *points of functionality* тест, односно аналитично испитивање функционалности дизајна. Суд је

10 Gerame Dinwoodie, Mark Janis, *Trade Dress and Design Law*, Austin, 2010, 319.

11 J. J. Du Mont, M. D. Janis, 264–271.

12 *Ibid.*, 271–273.

испитивао само нове нефункционалне (орнаменталне) елементе, а не укупан изглед.¹³ Очекивало се да овај суд након пресуде *Egyptian Goddess* из 2008. године, у којој је одбачен *points of novelty* тест, одбаца и аналитично разматрање функционалности, али се то није десило. Наиме, у пресуди *Richardson v. Stanley Works* из 2010. године, суд је сваки од елемената алатке провукао кроз тест функционалности, премда је претходно ценио укупан општи утисак приликом утврђивања повреде. Тиме је задржан мозаични приступ у анализи условљености функцијом производа. Овај став је једнодушно критикован у теорији и истакнути су бројни аргументи због чега је потребно превазићи мозаични приступ у анализи.¹⁴

У погледу стандарда за оцену условљености функцијом производа, треба рећи да је у области патената за дизајн „позајмљен“ тест алтернативног дизајна из права жига, који одговара мандаторној функционалности у европском праву. Стандард алтернативног дизајна је преузет из поменуте одлуке *In re Morton Norwich* и подразумева да ће се дизајн сматрати условљеним функцијом производа само уколико не постоји ниједан други облик којим се може постићи исти технички ефекат. У области дизајна за патенте овај стандард ће први пут бити примењен у пресуди Апелационог суда за федерално подручје *Berry Sterling*, а након тога ће бити примењен и у одлукама *Hupp v. Siroflex*, *Rosco v. Mirror Lite*, као и у одлуци *Best Lock Corp. v. Ilco Unican Corp* 1997. године.¹⁵ Међутим, 2006. године у пресуди *PHG Technologies, LLC V. St. John Companies, Inc.* Апелациони суд за подручје федерације је свој став изменио, тако да је био ближи ономе што се у европском праву назива козативни приступ. Наиме, одлучујући о условљености функцијом производа изгледа идентификационе наруквице за пацијента, суд је, пренебрегавајући чињеницу да су постојали и други могући изгледи наруквице, своју одлуку засновао на исказу аутора дизајна, који је навео да је специфичан облик наруквице направио како би она боље стајала око зглоба пацијента. У том случају је била значајнија намера аутора од хипотетичке могућности да се иста функција оствари и другачијим дизајном. Оно што је такође значајно јесте да суд није ценио само наведени критеријум приликом оцене условљености функцијом производа. Поред чињенице да ли се променом дизајна утиче на функцију производа, суд је још ценио и да ли наведени дизајн представља најбољи могући дизајн, да ли постоје (утилитаристички) патенти за наведени изглед, да

13 Christopher V. Carani, „Design Patent Functionality: A Sensible Solution“, *Landslide*, Nr. 2/2014, 24–25.

14 C. V. Carani, 26–28; J. J. Du Mont, M. D. Janis, 280; Perry J. Saidman, 333–335.

15 J. J. Du Mont, M. D. Janis, 281–284.

ли је приликом рекламирања била истицана одређена карактеристика и да ли је општи утисак дизајна диктиран функцијом.¹⁶ Треба рећи да је ове критеријуме суд преузео из поменуте пресуде *Berry Sterling*, али је у тој ранијој пресуди превагу дао чињеници постојања алтернативног дизајна.¹⁷

Као што видимо, америчка судска пракса је извршила заокрет у погледу тумачења условљености функцијом производа од мандаторног ка козативном приступу истовремено примењујући мултифакторски тест. Сада је потребно да видимо како је текао развој овог института у пракси судова Европске уније.

IV Европски приступ у примени доктрине функционалности

Право заштите индустријског дизајна је у Европи хармонизовано Директивом о правној заштити индустријског дизајна.¹⁸ Директива је била први корак у успостављању јединственог европског система заштите индустријског дизајна, који је био неопходан за успостављање заједничког тржишта. Тај јединствени систем је коначно и формиран усвајањем Уредбе о комунитарном дизајну.¹⁹ Међутим, материјалноправни аспекти су уређени на исти начин у оба прописа, као и у нашем Закону о правној заштити индустријског дизајна.²⁰ Прописано је да се правом заштите индустријског дизајна не може заштитити спољашњи изглед производа који је искључиво одређен техничком функцијом производа.²¹ Отуда је главна разлика у односу на америчко право што је условљеност функцијом производа прописана статутарним прописима, а није изведена у судској пракси. И уопште гледано, услов орнаменталности није ни поменут у европским прописима, чиме је избегнуто сложено питање оцене естетичности.²² Овакав начин прописивања начела функционалности има свој корен у захтевима дизајнера, као и индустрија које зависе од дизајна, да се у дизајн укључе

16 G. Dinwoodie, M. Janis, 329.

17 J. J. Du Mont, M. D. Janis, 281.

18 Директива о правној заштити индустријског дизајна из 1998. године (*Directive 98/71/EC of the European parliament and of the Council*), даље у фуснотама: DD.

19 Уредба о комунитарном дизајну (*Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs*, OJ L 3, 5. 1. 2002), даље у фуснотама: DR.

20 Закон о правној заштити индустријског дизајна – ЗПЗИД, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон.

21 DD, чл. 7 ст. 1; DR, чл. 8 ст. 1.

22 J. J. Du Mont, M. D. Janis, 287.

и функционални елементи. Модерни дизајни се заснивају претежно на функцији, те је потребно да и функционални елементи своје место нађу у оквирима дизајна. Поред тога, са становишта струке дизајна, дизајнирање не подразумева само просто украшавање и естетичност, већ формирање производа у целисти, са свим техничким функцијама и естетским изгледом.²³ Признавање заштите на комплетном производу није допуштено из бојазни наступања преклапања са патентноправном заштитом.²⁴ Смисао прописивања наведених ограничења дат је тачком 14 преамбуле *DD*, односно 10 преамбуле *DR*, тако што је одређено да технолошке иновације не смеју бити ограничене правом заштите дизајна. Тиме се заправо открива још један разлог прописивања наведеног начела, а то је заштита техничко-технолошког развоја.

У погледу самог стандарда оцене условљености функцијом производа, европске државе су се разликовале. Наиме, француско и право држава Бенелукса су баштиниле мандаторни приступ заштити кроз доктрину *multiciplité des forms*. Она подразумева да ће дизајн бити функционалан само ако се не може доказати да постоји други облик којим би се постигла иста техничка функција. Насупрот томе, енглески суд је у пресуди *Amp v. Utilux Pty* предност дао козативном приступу, односно оценио је да је дизајн функционалан будући да је аутор дизајна намеравао да тај облик буде функционалан.²⁵ Отуда су европски органи били приморани да изграђују сопствени приступ у оцени функционалности. Међутим, на одлуку Општег суда или Суда правде Европске уније која би се односила на функционалност у праву заштите дизајна се чекало дуго. Стога се као став суда у погледу примене овог услова дуго узимала пресуда Суда правде Европске уније у случају *Philips v. Remington*. У конкретном случају се као споран јавио дизајн електричног бријача са троструким кружним сечивом, за које је *Philips*[®] био носилац тродимензионалног жига по праву Велике Британије. *Philips*[®] је током поступка тврдио да његов дизајн није функционалан будући да се исти технички ефекат могао постићи и било којим другим дизајном бријача.²⁶ Међутим, ценећи околности конкретног случаја, Суд је нашао да из текста европских прописа у овој области не произлази да се доказом

23 Мирослав Фрухт, *Дизајн у производњи*, Београд, 1987, 10–11.

24 Зелени папир, 26. Заправо једина земља која је у потпуности изашла у сусрет захтевима дизајнера је Велика Британија у којој право на нерегистровани дизајн (или само дизајн према називу закона) обухвата и функционалне и естетске аспекте, те представља комбинацију корисног модела и права заштите индустријског дизајна.

25 Uma Suthersanen, *Design Law in Europe*, London, 2000, 33.

26 Court of Justice of European Union, *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd*, C-299/99 од 18. 6. 2002.

о постојању других могућих форми за остваривање истог техничког резултата може доказати одсуство функционалности.²⁷ На тај начин је Суд одбацио мандаторни приступ у оцени функционалности у праву жига. Интересантно је да је Општи правобранилац у овом предмету заступао управо теорију алтернативних дизајна, али да је суд ипак није прихватио.²⁸

Ипак, постоји устаљено мишљење у теорији да стандарди функционалности из права жига нису адекватни када је реч о праву на индустријски дизајн. Могу се навести најмање четири разлога која поткрепљују овај став. Најпре, рок заштите жигом је знатно дужи у односу на право заштите индустријског дизајна, самим тим стандард мора бити строжи. Затим, у жиговном праву је потребно размотрити функционалност на више нивоа (утилитарна, естетска итд.). Трећи разлог је да се жигом може знатно јаче ограничити конкуренција и успорити технички развој. Коначно, испитивање функционалности ознаке у праву жига на више нивоа може бити претерано када је реч о индустријском дизајну. Из свих наведених разлога се предлаже утврђивање посебног приступа у праву заштите индустријског дизајна у односу на право жига.²⁹

До првог става о условљености техничком функцијом у праву заштите индустријског дизајна долази се у одлуци Трећег апелационог већа Канцеларије за интелектуалну својину Европске уније (EUIPO) *Lindner*.³⁰ Апелационо веће је у овој одлуци прихватило чињеницу да већина држава чланица примењује мандаторни приступ, али да он представља исувише слабу заштиту у односу на потребу заштите конкуренције. Стога је примењен козативни приступ, с тим да се у теорији сматра да је овај приступ другачији него у одлуци *AMP* британског суда. Наиме, у британској одлуци оцена да ли је дизајн када је стваран био усмерен ка обављању одређене функције врши се са становишта аутора дизајна, односно субјективно. Другим речима, ако је аутор дизајна намеравао да дизајн или неки одређени елемент врши одређену функцију, а не да буде естетски примамљив, такав елемент ће бити условљен функцијом

27 Божин Влашковић, „Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом“, *Правне и инфрасируктурне основе за развој економије засноване на знању II* (ур. Божин Влашковић), Крагујевац, 2013, 80.

28 Uma Suthersanen, „Function, Art and Fashion: Do We Need the EU Design Law?“, 2011, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945142, 4. 2. 2022, 10.

29 C. V. Carani, 21.

30 *Lindner Recyclingtech GmbH v Franssons Verkstäder AB*, R 690/2007–3 од 22. 10. 2009. EUIPO у то време под називом Канцеларија за хармонизацију на унутрашњем тржишту (OHIM).

производа. У одлуци *Lindner* је разматрање предузето са објективног становишта, односно са аспекта „разумног посматрача“. Према ставу из ове одлуке дизајн је условљен функцијом производа уколико би „разумна особа“ гледајући са стране могла да оцени да је такав дизајн првенствено креиран како би се задовољила нека техничка, а не естетска потреба.³¹ У теорији се, међутим, приговара да је апелационо веће било неконзистентно у односу на праксу из осталих спорова и текст прописа, будући да је уместо стандарда „информисаног корисника“, који се користи у свим осталим случајевима, применио стандард „разумне особе“, који сем у овој одлуци раније није примењиван.³²

Међутим, ово резонување није доживело потврду од стране Општег суда и Суда правде Европске уније, будући да је *Lindner* решен пред овим судовима из процесних разлога, те суд није улазио у материјалноправна питања. До расплета ће доћи у поступку за давање претходног мишљења које је од Суда правде Европске уније захтевао Виши земаљски суд у Дизелдорфу (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) у предмету *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH*.³³ Овај суд је одлучивао о повреди права заштите комунитарног дизајна за облик виска за постављање плочица за који је носилац био *DOCERAM*. *CeramTec* је као одбрану истакао да је наведени дизајн условљен функцијом производа у смислу чл. 8 ст. 1 *DR*, заступајући притом козативни приступ у свом ставу. Тужилац *DOCERAM* је истицао мандаторни приступ истичући да је тужени могао направити висак у било ком другом облику. Суд у Дизелдорфу се обратио Суду правде Европске уније са питањем, да ли је постојање алтернативног дизајна довољан доказ да се утврди да дизајн није условљен функцијом производа, а у случају да није, које доказе треба извести како би се утврдило да ли је дизајн условљен функцијом производа у смислу чл. 8 ст. 1 *DR* и да ли то треба ценити са становишта објективног посматрача. Одбацујући став који је прихватио Општи правобранилац у пресуди *Philips v Remington*, у овом предмету се Општи правобранилац експлицитно одлучио за козативну функционалност, користећи се управо тим термином, истичући да је мандаторна функционалност неадекватна, имајући у виду да би претерано ограничавала конкуренцију у корист носиоца права заштите дизајна. Поред тога истакао је став да је потребно увести и друге критеријуме у оцени условљености функцијом производа, међу којима и тест алтернативног дизајна. У погледу оцене функционалности, прихваћено је да приступ

31 U. Suthersanen, 12–13.

32 J. J. Du Mont, M. D. Janis, 292.

33 Court of Justice of European Union, *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH*, C-395/16 од 8. 3. 2018. (у даљем тексту *DOCERAM*).

треба да буде објективан, али без формирања било посебног стандарда „објективног посматрача“ или „информисаног корисника“, будући да за то нема довољно основа у прописима, већ са становишта објективних околности конкретного случаја.³⁴

Суд је на крају прихватио мишљење Општег правобраниоца, али се није определио ни за козативни ни за мандаторни приступ, већ је само истакао да тест алтернативног дизајна не може бити довољан да се утврди да дизајн није условљен функцијом производа. С друге стране, прихваћено је и становиште Општег правобраниоца да европски прописи у области дизајна, као ни пратећи документи не дају основ за увођење било новог стандарда „објективног посматрача“, било коришћење „информисаног корисника“ у оцени условљености функцијом производа.³⁵ Уместо тога, суд се одлучио за објективну оцену условљености функцијом производа имајући у виду све околности случаја, а не неки посебан стандард. Притом су прихваћене околности које је Општи правобранилац навео у свом мишљењу: спорни дизајн, објективне околности које би могле указивати на разлоге избора елементарног изгледа предметног производа, подаци о могућности да се евентуално иста техничка функција оствари другим дизајном, подаци о томе да постоје алтернативни дизајни који обављају исту функцију, што мора бити поткрепљено доказима.³⁶

Према мишљењу изнетом у теорији, овом одлуком Суд правде Европске уније успоставио је сопствени мултифакторски приступ у оцени условљености функцијом производа. Овај тест заправо подразумева испитивање дизајна у 4 корака, који заправо представљају критеријуме предложене од стране општег правобраниоца. Тиме суд није одбацио ни мандаторни ни козативни приступ, већ је оба укључио као појединачне критеријуме у шири тест који треба применити.³⁷ Мултифакторски тест, односно *ad hoc* одлучивање према објективним околностима случаја, је још раније предлаган у теорији, додуше без указивања на конкретне критеријуме.³⁸ Осим тога мултифакторски тест је као што смо видели практикован у предмету америчког суда *Berry Sterling*. Оно што је

34 Opinion of Mr. Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 19 October 2017, case C-395/16 *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH* (у даљем тексту Opinion), пара. 21–67.

35 Суд је на овај начин избегао да дође до повезивања теста индивидуалног карактера и теста нефункционалности. вид. Uma Suthersanen, „An Autonomous EU Functionality Doctrine for Shape Exclusions“, 2020, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705189, 4. 2. 2022, 20.

36 *DOCERAM*, пара. 37.

37 U. Suthersanen (2020), 8.

38 O. F. Afori, 871.

интересантно јесте да је приступ у заштити који су судови са оба континента користили исти. Реч је заправо о *ad hoc* објективном мултифакторском тесту. Међутим, сами критеријуми су различити, са изузетком критеријума алтернативног дизајна, који се примењује у оба случаја. Суд у одлуци *Berry Sterling* предност даје критеријуму постојања ранијег патента, начину рекламирања и питању најбољег могућег дизајна, док Суд правде Европске уније већи акценат ставља на питање објективног утврђивања намере аутора дизајна. Ипак, критеријуми европског суда су према нашем мишљењу шири по значењу, односно апстрактнији, те би се под њих могли подвести и критеријуми америчког суда.

V Неусловљеност функцијом производа у домаћем праву

Решење нашег права, у складу са обавезом хармонизације, је уподобљено европским прописима. Законом се најпре прописује да се правом заштите индустријског дизајна не може заштитити спољашњи изглед производа који је искључиво одређен техничком функцијом производа. Такође, прописано је да се правом заштите индустријског дизајна не може заштитити спољашњи изглед производа који мора да буде репродукован у свом тачном облику и димензијама, како би се омогућило да буде механички повезан са, или постављен у, око или уз други производ, тако да сваки производ може да обавља своју функцију.³⁹ Наведеним одредбама закона су регулисани аспекти који се тичу присуства техничке функције код дизајна производа. Ипак, само је првом одредбом регулисан услов неусловљености функцијом производа. Када је реч о другој одредби, она се тиче изузетка од заштите у односу на оне елементе који се морају изградити на тачно одређени начин, како би се уклопили, јер је то неопходно ради остваривања техничке функције. Ова правила представљају посебну тему која превазилази оквире овог рада, те се њима нећемо бавити.

Сходно наведеном, и нашим законом је прописан услов одсуства техничке функције код индустријског дизајна. Ипак, то одсуство не мора бити апсолутно и потпуно, већ је, сходно слову закона, довољно да дизајн не буде искључиво условљен техничком функцијом производа. Разлози за овакво прописивање су начелно исти као у европском праву, односно мали је број дизајна који би били потпуно лишени било какве техничке функције. Сходно томе, да би се заштитио индустријски дизајн потребно је да дизајн не буде искључиво условљен функцијом коју производ обавља. Извесни значај постоји и у односу на утврђивање постојања услова индивидуалног карактера, будући да је законом указано

39 ЗПЗИД, чл. 8 ст. 1–2.

на то да се приликом утврђивања постојања услова индивидуалног карактера мора водити рачуна и о степену слободе аутора приликом стварања дизајна. Један од аспеката који несумњиво утиче на слободу аутора јесте и функција коју тај производ треба да обавља. Стога је утврђивање функције производа, као и одступања од ње у стварању дизајна, вишеструко значајно за право заштите индустријског дизајна.

Поред тога условљеност техничком функцијом игра одређену улогу и у погледу обима заштите. Наиме, поред могућности да се изјави дисклејмер на функционалне делове, законом је прописано да се при утврђивању обима права узима у обзир степен слободе аутора приликом стварања дизајна. Као и у случају индивидуалног карактера, функција коју производ обавља је један од параметара о којима се мора водити рачуна приликом одређивања степена слободе аутора. Тако, на пример, јаче присуство функционалних елемента код производа сужава слободу аутора у погледу стварања индустријског дизајна, па је тиме оправдано пружити заштиту имајући у виду и веома мале разлике.

Међутим, без обзира на то што неусловљеност техничком функцијом има веома велики значај, у закону не постоје неке прецизније смернице у погледу тога када ће се сматрати да је дизајн искључиво условљен техничком функцијом. Ово је законодавац препустио на оцену судској пракси. Како су одлуке у овој области чак и на нивоу европског континента ретке, одлуке *DOCERAM* и *Berry Sterling* за наше право имају прворедни значај. С једне стране, наша држава је, у складу са обавезом хармонизације, своје право ускладила са постојећим прописима Европске уније у области права заштите индустријског дизајна. Како би се обавеза хармонизације остварила у потпуности, поред преузимања прописа Европске уније потребно је и усклађивање са праксом органа Европске уније. Тумачење прописа Суда правде Европске уније у многоме олакшава и обезбеђује једнообразну примену прописа Европске уније на целом европском континенту. Према нашем мишљењу, наведене критеријуме, како из пресуде Суда правде Европске уније, тако и из предмета *Berry Sterling*, не би било лоше навести у ЗПЗИД-у примера ради. Иако је Општи правобранилац у предмету *DOCERAM* сматрао да не треба правити листу критеријума (као у праву жига) које судови треба да примене, јер то није предвиђено прописима,⁴⁰ сматрамо да би то било корисно када је реч о нашем праву. Наиме, навођење оваквих критеријума *exempli causa* би у многоме олакшало примену помало штуре одредбе чл. 8 ст. 1 ЗПЗИД будући да надлежним органима може бити нејасно шта се подразумева под дизајном који је „искључиво одређен техничком функцијом производа“. Чак и да наведени критеријуми не

40 Opinion, пара. 68.

постану део законске регулативе, сматрамо да би они своје место морали наћи у методологији и пракси Завода за интелектуалну својину и Управног суда, будући да се њима јасно указује који облик производа треба сматрати условљеним функцијом производа.

VI Закључак

Као што смо из изложеног видели, смисао услова неусловљености функцијом производа индустријског дизајна има своје примарно оправдање у заштити конкуренције. Наиме, иако ово схватање може бити критиковано, друштвена сврха овог ограничења налази се у спречавању настајања монопола који би претерано и непотребно ограничавали тржиште. Не може се допустити да појединац само захваљујући чињеници да је титулар права заштите индустријског дизајна искључи трећа лица у коришћењу функције одређеног производа, која није његова творевина и која припада јавном домену. Ипак, како модерни дизајни прате функцију производа, то се мора допустити заштита дизајна који је у одређеној мери функционалан, али тако да се тиме не ограничава конкуренција.

Оптимум у решавању наведене дилеме управо треба да пружи доктрина функционалности у праву заштите индустријског дизајна. Овој доктрини различити правни системи приступају на различите начине. Као што смо видели, у америчком праву је неусловљеност функцијом производа схваћена као присуство естетских елемената, односно орнаменталност. Међутим, пракса је била неконзистентна у погледу тога да ли овај услов треба испитивати мозаично или, пак, према укупном утиску. С друге стране, европско право има јасно дефинисан услов неусловљености функцијом производа предвиђен европским и националним прописима држава чланица. Такође, постојала је неконзистентност у погледу примене мандаторног или козативног приступа у оцени овог услова, све до одлуке Суда правде Европске уније *DOCERAM*. Овом одлуком је примењен објективни мултифакторски приступ, који подразумева примену и мандаторног и козативног приступа, а приближан је методу коју примењују амерички судови. Имајући у виду исцрпност спроведене анализе од стране суда и свеобухватност решења, критеријуме дате овом пресудом би требало увести у наше право, било кроз измену закона, било кроз праксу органа који га примењују.

Коришћена литература

- Bentley Lionel, Sherman Brad, *Intellectual property law*, London, 2001.
- Влашковић Божин, „Тродимензионални знакови који нису подесни за заштиту жигом“, *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању II* (ур. Божин Влашковић), Крагујевац, 2013. (Vlašković Božin, „Trodimensionalni znakovi koji nisu podesni za zaštitu žigom“, *Pravne i infrastrukturne osnove za razvoj ekonomije zasnovane na znanju II* (ur. Božin Vlašković), Kragujevac, 2013)
- Gielen Charles, von Bombhard Verena (eds.), *Concise European Trademark and Design Law*, Alphen aan den Rijn, 2017.
- Dinwoodie Gerame, Janis Mark, *Trade Dress and Design Law*, Austin, 2010.
- Du Mont Jason J., Janis Mark D., „Functionality in Design Protection Systems“, *Journal of Intellectual Property Law*, Nr. 261/2012.
- Saidman Perry J., „Functionality and Design Patent Validity and Infringement“, *Journal of The Patent and Trademark Office Society*, 2009.
- Suthersanen Uma, „An Autonomous EU Functionality Doctrine for Shape Exclusions“, 2020, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3705189, 4. 2. 2022.
- Suthersanen Uma, „Function, Art and Fashion: Do We Need the EU Design Law?“, 2011, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945142, 4. 2. 2022.
- Suthersanen Uma, *Design Law in Europe*, London, 2000.
- Torremans Paul, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 2019.
- Fischman Afori Orit, „The Role of the Non-Functionality Requirement in Design Law“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Nr. 1/2010.
- Фрухт Мирослав, *Дизајн у производњи*, Београд, 1987. (Fruht Miroslav, *Dizajn u proizvodnji*, Beograd, 1987)
- Carani Christopher V., „Design Patent Functionality: A Sensible Solution“, *Landslide*, Nr. 2/2014.

Nikola MILOSAVLJEVIĆ

Lecturer at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

RESEMBLANCES, DIFFERENCES AND OVERLAP REGARDING TRADEMARK AND INDUSTRIAL DESIGN

Summary

The author in the following paper examines the lack of functionality, as one of the requirements for design protection. At first, he analyzes the notion, classification, and significance of functionality requirement using the abstraction method. Next, he displays the paramount aspects of functionality doctrine application in the USA and European law and makes a comparison between them. In the end, the author explains the significance of using the decision reasoning of foreign law in our legal system, which is the main point of this paper.

Key words: *Industrial Design. – Lack of Functionality. – Functionality Doctrine. – Comparison. – DOCERAM.*

Датум пријема рада: 22. 3. 2022.

Датум исправке рада: 18. 5. 2022.

Датум прихватања рада: 1. 6. 2022.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 347.768 ; 347.447.6

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22211A

Владимир ПЕШИЋ*

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ПРАВНА ПРИРОДА КЛАУЗУЛЕ *DEL CREDERE* У ТРГОВИНСКИМ УГОВОРИМА**

Сажетак

У овом раду размајтра се питање одређења правне природе клаузуле *del credere* у неким трговинским уговорима са мандајном грађанскоправном основом. Ошуда је рад усмерен на преиспитивање ставова изнетих у правној теорији у вези са овом темом и заузимање јасној и доследној ставу у том погледу. Иако је већинско схватање у теорији да је у основи ове клаузуле инстинктивна јемства, а што је и *de lege lata* изричито предвиђено, аутор показује зашто такво схватање није прихватљиво. Ова клаузула није део неке шире правне услове, већ (само) додатак одредба трговинског уговора којом се појачава одговорност једне од уговорних страна. У раду се анализирају одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима, као и различита схватања изнета у српској правној теорији. Такође, аутор јажњу поклања и језичком одређењу саме клаузуле, како би се и у том светлу разјаснило њено значење.

Кључне речи: Клаузула *del credere*. – Одговорност уговорника. – Јемство. – Комисион.

* Електронска адреса аутора: vladimirpesic75@gmail.com.

** Награђени рад на конкурс у фондације „Професор др Мирко Васиљевић“.

I Појам клаузуле *del credere*

1. Терминологија

Приликом закључења неког трговинског уговора у чијој основи је уговор о налогу,¹ уговорне стране могу да се споразумеју и да у уговор унесу додатну одредбу којом ће појачати одговорност једне од њих за њено делање приликом закључења уговора за који је добијен налог. Таква одредба у уговору означава се као клаузула *del credere*,² тачније клаузула *star(e) del credere*.³ Равноправно је у употреби и њен еквивалент на нашем језику, па се често говори о делкредере клаузули или делкредере одговорности.⁴ Ово последње користи се и у језику Закона о облигационим односима.⁵

2. Језичко дефинисање појма

Приликом дефинисања ове клаузуле, уобичајено се полази од широко распрострањеног одређења преко јемства, те се тако каже да путем делкредере клаузуле уговорник јемчи за извршење уговорне обавезе трећег лица, са којим је закључио уговор по налогу свога сауговорача. Међутим, језичко значење термина указује на то да се не ради о класичном јемству, већ пре свега о некој врсти „гаранције“ да ће трећи извршити своју уговорну обавезу.⁶

У српском језику израз јемчити/јамчити користи се, пре свега, да означи гарантовање за нешто или за некога, односно ти термини се посматрају као синоними у том смислу што означавају примање на себе одговорности, одговорности која обавезује на старање о нечему.⁷ То, истина, указује на јемство као установу грађанског права, али треба водити рачуна о томе да ли су испуњени услови за примену те установе, те да ли се, стога, у конкретном случају има на уму јемчење у обичном или

1 Детаљније о тим уговорима вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018, 127 и даље.

2 *Ibid.*, 137, 151, 220.

3 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021, 233; Славко Царић, „Појам и значај уговора о комисиону у правној теорији и пословној пракси“, *Правни животи*, бр. 11/2002, 389.

4 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 240, 268.

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, чл. 781, 801.

6 М. Васиљевић, 151.

7 Упор. Милица Вујанић *et al.*, *Речник српског језика*, Нови Сад, 2011, 175, 493.

правно-техничком говору. Наиме, јемчити значи и „уопште потврђивати нешто са сигурношћу“,⁸ што указује на смисао ове клаузуле, који иде за тим да се уговорник обавезе да потврди да ће треће лице извршити своју обавезу. Ова напомена вреди утолико што се и у речницима делкредере клаузула дефинише преко јемчења,⁹ али сам превод не показује да се мисли (само) на облигационоправни институт, па треба узети да је пре реч о уобичајеном гарантовању.¹⁰ Уз то, и у правној литератури се израз *del credere* користи да означи гарантну функцију неког института,¹¹ а не да обавезе једно лице да изврши туђу обавезу, што је суштина јемства.

Већ по самом изговору речи, јасно је да назив ове клаузуле води порекло из италијанског језика.¹² Но, и пре савременог италијанског, латински језик имао је реч *credere* која је значила веровати, имати поверење.¹³ Дакле, сам израз указује на однос налогодавца и налогопримца (на пример, комитента и комисионара) као на однос поверења.¹⁴ У том погледу можемо рећи да, на пример, код комисиона комитент закључује уговор са комисионаром с (појачаном) вером да ће уговор који комисионар закључи са трећим заиста бити извршен и да ће комитент тако бити у потпуности намирен. Јер, ако треће лице не изврши своју уговорну обавезу, комисионар ће бити одговоран, те ће, примера ради, код продајног комисиона, сам морати да плати цену.¹⁵

Као добра полазна дефиниција за даље разматрање клаузуле *del credere* може нам послужити једна која је приказује као клаузулу „која се уноси у уговор у привреди, најчешће у уговор о трговинском заступању

8 *Ibid.*, 485.

9 Мирјана Косовић, *Српско-италијански комерцијално-правни речник*, Београд, 1994, 28.

10 На то указује и дефинисање израза делкредере у речницима. Такође, треба подсетити и да значење речи зависи од контекста у којем се користи и сврхе за коју се њено значење покушава разјаснити. Roy Goode, *Commercial law*, 2nd edition, London, 1995, 23.

11 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 485.

12 Израз делкредере потиче од немачког *Delkredere*, који, са своје стране, води порекло од италијанског *del credere* (на веру), а означава трговачку гаранцију, јемство посредника да ће продата роба бити плаћена. Вид. Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, 3. допуњено и исправљено издање, Нови Сад, 2008, 341.

13 Од глагола *credo* – поверити, веровати. Обрад Станојевић, Милена Јовановић, *Латински за правнике*, пето прерађено и допуњено издање, Београд, 1987, 141.

14 Миодраг Трајковић, „Комисиони правни посао *star del credere*“, *Анали Правног факултета у Београду* – *Анали*, бр. 1–2/1965, 96.

15 За дефинисање појма у енглеском правном језику, вид. Cambridge dictionary, доступно на адреси: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/del-credere-agent>, 25. 12. 2021.

и уговор о комисиону, на основу које се дужник обавезује повериоцу да ће лице са којим је он као комисионар или заступник закључио уговор своју обавезу испунити у целости“.¹⁶

II Трговински уговори са клаузулом *del credere*

У трговинском праву и пословној пракси најзначајнији уговор јесте уговор о продаји. Но, бројни уговори служе купопродаји као основном послу, омогућавајући или олакшавајући њено закључење или испуњење.¹⁷ Читав је низ таквих уговора, тачније услуга које се у промету робом пружају, те на тај начин олакшавају и убрзавају трговину, чине је ефикаснијом. Сви они јесу споредни у односу на уговор о продаји, али то не значи да су далеко мањег значаја од њега. Често до куповине и продаје и не може доћи, а да се пре тога не закључи један помоћни уговор, а често и више њих. Различита је садржина сваког од тих уговора, различито је и њихово трајање, у разним облицима су заступљени у пракси.¹⁸

Као посебна категорија у оквиру тих уговора о привредним услугама јављају се уговори у чијој је основи грађанскоправни уговор о налогу, дакле, уговори који имају мандатну правну природу. Управо у тим уговорима појављује се делкредере клаузула као додатна одредба о појачаној одговорности једне од уговорних страна. Поменута клаузула најчешће се користи при закључењу и остварењу уговора о комисиону, премда није страна и другим уговорима.¹⁹ Тако, честа је и у уговору о трговинском заступању, али и у уговору о отпремању (шпедицији). Ипак, отпремање је у својој основи комисиони правни посао, док трговински заступник тек по овлашћењу налогодавца закључује уговор са трећим, и то у име и за рачун налогодавца. Стога, имајући у виду да делкредере клаузула иде за тим да налогопримца натера на пажљивији избор сауговорача,²⁰ јер одговара и за његов рад, највише интереса за уговарањем ове одредбе свакако ће бити код комисиона. Отуда и не чуди што се приликом расправљања о овој клаузули, у првом реду расправља о њој као додатној одредби уговора о комисиону.²¹

16 Илија Бабић, *Лексикон облигационе права*, Београд, 2018, 61.

17 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 218.

18 Ewan McKendrick, *Contract law*, 8th edition, London, 2009, 1.

19 „Клаузула *del credere* се додаје редовном комисиону, као што може да се дода и другим уговорима робног промета са циљем да посебном гаранцијом увећа ефикасност посла.“ М. Трајковић, 100.

20 М. Васиљевић, 151

21 М. Трајковић, 98; С. Царић, 389; М. Васиљевић, 151.

Делкредере клаузула присутна је како у европско-континенталном, тако и у англосаксонском правном систему. Међутим, иако обавља исту функцију, ова клаузула се у острвском праву појављује у уговори-ма који се друкчије посматрају него у континенталном праву. Заправо, она се у енглеском (и другим правима која следе *common law* традицију) јавља код агентуре (*agency contract*). То је уговор о заступању у оквиру којег су три наша именована уговора – посредовање, заступање и комисион.²² Агентура је однос у којем заступани (принципал) даје овлашћење заступнику (агенту) да за њега успоставља правне односе са трећима.²³ Посматрано из угла делкредере клаузуле, таква агентура је она у којој агент гарантује своје принципалу да ће треће лице да изврши своје обавезе према принципалу.²⁴ Будући да агент у овом случају има право на већу провизију, приметно је да је разликовање обичне и делкредере агентуре схваћено на исти начин као у српском праву.²⁵

1. Клаузула *del credere* код уговора о комисиону

Уговором о комисиону обавезује се једна уговорна страна, комисионар, „да у своје име, а по налогу и за рачун друге уговорне стране [комитента] обави један или више уговора робног промета, уз награду“.²⁶ Дакле, код овог уговора, комитент иступа у своје име, али за рачун свог налогодавца, што ће рећи да је искључиво он у уговорном односу са трећим лицем са којим закључи уговор у извршавању првог, комисионог уговора, премда све користи припадају комитенту, као налогодавцу. Ова чињеница од значаја је за даљу анализу односа у које задире делкредере клаузула. Но, пре тога, осврнимо се на значај који комисиони правни посао има у привредном промету, те на разјашњење одакле управо код овог уговора најшира примена предметне клаузуле.

Уговор о комисиону је од свог настанка имао велики привредни значај, а тако је остало до данас. Његов значај огледа се у томе што доприноси убрзању трговине; комитентима, нарочито као трговцима, штеди и време и новац, а највише је користан у том смислу што произвођачи

22 Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 27.

23 Више вид. Н. Јовановић, 281, 282; R. Goode, 166. Код агентуре, заступнички однос настаје кад је агент од принципала овлашћен да преговара и закључује уговоре у име принципала. Кад се успостави агенцијски однос, агент је овлашћен да обавезе принципала на уговорне односе са трећим лицима. Е. McKendrick, 130.

24 R. Goode, 170.

25 Н. Јовановић, 289.

26 С. Царић, 371. Вид. ЗОО, чл. 771.

могу да се пласирају на њима непознато, али комисионару и те како познато тржиште, те на тај начин прошире своје подручје пословања.²⁷

Имајући у виду да се сама трговина развила у средњовековним италијанским градовима,²⁸ и комисиони уговор јавио се тако у трговачким градовима северне Италије, као реакција на општу правну и привредну несигурност.²⁹ Следствено томе, развојем комисионог посла, развијали су се и различити његови појавни облици, сходно настајућим и нарастајућим привредним потребама. Једна од врста комисиона јесте онај са делкредере клаузулом. Првенствено се делкредере комисион примењивао у оним пословима у којима су трговци налагали комисионарима да за њих наплате неки дуг на сајму или им предају наплаћену вредност.³⁰

У правној теорији постоји неуједначеност одређивања појма делкредере комисиона. Исто тако, чини се да се недовољно пажљиво приступа дефинисању овог појма, будући да се неретко дефинише преко јемства, а да се губе из вида важне особине јемства као правног института. Но, ово је, добрим делом, последица чињенице да и сам Закон о облигационим односима изричито одређује да комисионар путем делкредере клаузуле јемчи комитенту за испуњење обавеза свог сауговарача, односно трећег лица.³¹ Предвиђа се, дакле, „делкредере одговорност у погледу посебног јемства за рад трећих лица са којима је [комисионар] закључио одговарајуће уговоре у своје име а за рачун комитента.“³²

Суштина комисиона са клаузулом *del credere* огледа се у томе што се помоћу ње појачава одговорност комисионара, за шта комисионар има право на посебну накнаду.³³ Наиме, на тај начин се одступа од редовног тока ствари, односно од основног правила по коме комисионар одговара за савестан избор трећег лица са којим је закључио уговор

27 С. Царић, 372; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 238; М. Васиљевић, 147.

28 О настанку и развоју трговине и трговинског права, више вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 35 и даље.

29 С. Царић, 373.

30 „Такође се претпоставља да је прва примена *del credere* била коришћена у уговорима који су у Ђенови били познати под именом *cambiare per terza persona*.“ М. Трајковић, 97.

31 ЗОО, чл. 781. У правној теорији, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 240.

32 Славко Царић, „Члан 801“, *Коментар Закона о облигационим односима – књига друга* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац, Крагујевац, 1980, 595.

33 Сходно називу клаузуле, ради се о делкредере провизији. Вид. ЗОО, чл. 871 ст. 2. „Награда (провизија) комисионара код комисиона *stare del credere* је обично двоструко већа него код обичног комисионог посла.“ С. Царић (2002), 389.

за рачун комитента, али не и за рад тог лица.³⁴ За разлику од тог тзв. обичног комисиона, комисионар ће код делкредере комисиона комитенту одговарати и за делатност трећег лица³⁵ које је претходно стручно изабрао и дао му инструкције и упутства.³⁶ Из овога се закључује да је критеријум поделе из које произлази делкредере комисион управо одговорност комисионара.³⁷ Тиме се јасније наглашава логика делкредере клаузуле него ако као критеријум разликовања узмемо просто строгаћу комисионареве обавезе,³⁸ иако је разликовање превасходно терминолошко. Ипак, смисао клаузуле је да комисионара, пре свега, натера да с појачаном пажњом изабере треће лице с којим ће закључити уговор, јер ће, у супротном, одговарати за „неуредности“ тог лица, а не да му (само) повећа и појача обавезе тиме што ће извршити обавезу трећег лица, које то не учини.³⁹

2. Клаузула *del credere* код других трговинских уговора

а) Уговор о трговинском заступању

Уговор о трговинском заступању одликује трајнији пословни однос⁴⁰ између налогодавца и трговинског заступника, као уговорних страна, те је обавеза трговинског заступника да се стално стара да трећа лица закључују уговоре са његовим налогодавцем, али и да у том смеру посредује, па и да, по овлашћењу свог саговорача, са тим трећим лицима закључи уговоре, док је обавеза налогодавца да плати провизију.⁴¹ Попут комисиона, и трговинско заступање не само као уговор, већ и као делатност има велики значај у привредном животу. Тим послом привредни субјекти лакше допремају своје производе и услуге до крајњих корисника,⁴² односно „брже, стручније и јефтиније“ закључују уговоре.⁴³

34 *Ibid.*, 376.

35 *Ibid.*, 389.

36 С. Царић (1980), 594.

37 М. Васиљевић, 150.

38 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 240.

39 С. Царић (2002), 389.

40 Реч је о трајном посредовању, а не заступању у грађанскоправном смислу. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 230–231.

41 ЗОО, чл. 790.

42 Мирјана Радовић, „Провизија трговинског заступника“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2015, 133.

43 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 231.

Постоје разне врсте трговинског заступања. За овај рад је значајна подела на обично и делкредере заступање.⁴⁴ И на овом месту вреди напомена дата код разматрања делкредере клаузуле у уговору о комисиону у вези са критеријумом поделе. Наиме, свакако је јасније назначење да се трговинско заступање овако разврстава на основу одговорности заступника,⁴⁵ а не, „према строгаћи заступникове обавезе“.⁴⁶ Такође, као код комисиона, и овде законодавац, одређујући делкредере облик уговора, изричито говори да трговински заступник јемчи налогодавцу да ће трећи извршити своју обавезу. У питању је, дакле, „посебан случај уговора о трговинском заступању уз писмено јемство трговинског заступника, то је тзв. уговор о делкредере трговинском заступању“.⁴⁷ Но, овом клаузулом заступник појачано одговара, у том смислу што одговара и за извршење обавезе трећег лица.⁴⁸ Из тог разлога, заступник има право и на посебну накнаду.⁴⁹ Накнада се дугује ако је заступник преузео одговорност према налогодавцу за испуњење обавезе трећег лица, „из уговора који је закључен уз његово посредовање или овлашћено заступање“.⁵⁰

Следствено самом називу клаузуле и одговорности, трговински заступник ће прихватити да се закључи овакав уговор у случају кад има потпуно поверење у „пословни углед и солидност трећих лица“ са којима закључује уговор или које доводи у везу са налогодавцем.⁵¹ Отуда, и код овог уговора клаузула *del credere* има значајну улогу и доприноси сигурности у правном промету, а заступнику омогућава већу накнаду.⁵²

б) Уговор о отпремању (шпедицији)

Уговор о отпремању (шпедицији) је уговор уређен у Закону о облигационим односима као посебан уговор, иако је у питању посебна врста комисиона. Наиме, реч је о комисиону у превозу путем ког комисионар (отпремник) преузима обавезу да у своје име а за рачун комитента организује превоз одређене робе.⁵³

44 Детаљније о врстама трговинског заступања, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 232–233; М. Васиљевић, 137.

45 М. Васиљевић, 137.

46 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 233.

47 С. Царић (1980), 626.

48 М. Васиљевић, 137.

49 ЗОО, чл. 801 ст. 2.

50 М. Радовић, 144; М. Васиљевић, 145.

51 С. Царић (1980), 626.

52 *Ibid.*, 627.

53 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 241, 264 и даље; ЗОО, чл. 827.

Шпедиција није само уговор, већ једна изразито развијена и значајна трговачка делатност, заснована на стручности и специјализованости шпедитера, што доприноси ефикасности превоза и трговине.⁵⁴

Будући професионални привредни субјекти, шпедитери су спремни да неретко преузму већу одговорност при обављању свог посла и извршењу уговора закључених са комитентима, како би на тај начин увећали своју добит. Тако се као посебан облик издваја делкредере отпремање, различито од тзв. обичног отпремања, сходно начину на који отпремник одговара за трећа лица.⁵⁵ Код делкредере отпремања, каже се у теорији, отпремник јемчи налогодавцу да ће треће лице ваљано испунити своју обавезу из уговора закљученог у извршавању уговора о отпремању.⁵⁶ Другим речима, отпремник одговара и за избор и за рад других лица која је ангажовао у извршењу уговора закљученог с комитентом.⁵⁷ И овде је дубиозно означање делкредере клаузуле као јемства, јер је питање да ли можемо одговорност за нечији рад означити као преузимање туђе обавезе.

Из тога разлога, а имајући у виду и чињеницу да је овај уговор посебна врста комисиона, те да су ефекти делкредере клаузуле код трговинског заступања исти као код комисиона, у наредним редовима ћемо размотрити схватања о правној природи ове клаузуле претежно кроз комисион као најзначајнији уговор код кога се појављује дати уговорни углавак. Та се схватања, *mutatis mutandis*, односе и на трговинско заступање и шпедицију.

III Схватања о правној природи клаузуле *del credere*

Спор око правне природе делкредере клаузуле довео је до три различита схватања у вези са тиме. Тако, на једној страни су аутори који сматрају да је у питању јемство, а такво је мишљење преовлађујуће. С друге стране, има правних писаца који сматрају да ова клаузула своју основу налази у осигурању. Истина, присталице сваког од тих становишта проналазе заједничке одлике делкредере клаузуле и ширег правног института под који га покушавају подвести, али се тим упоређивањима ипак могу упутити замерке. Управо као реакција и на једно и на друго становиште израсло је оно по коме је реч само о посебној клаузули код

54 Детаљније о шпедицији као делатности, те особито о уговору о шпедицији, вид. Небојша Јовановић, *Саобраћајно право*, Београд, 2017, 143 и даље.

55 *Ibid.*, 161.

56 *Ibid.*

57 ЗОО, чл. 834 ст. 1.

уговора о комисиону и других уговора, а што, чини се, у доброј мери одговара суштини ове правне појаве.

1. Јемство као правна природа делкредере клаузуле

Како у општем облигационом, тако и у трговинском праву, јемство служи као лично средство обезбеђења⁵⁸ испуњења уговора (у привреди).⁵⁹ Суштина уговора о јемству јесте да се њиме јемац обавезује према повериоцу одређеног дужника да ће испунити обавезу тог дужника у случају да он то не учини.⁶⁰ Са своје стране, смисао делкредере углавком у уговору о комисиону јесте да комисионар њиме гарантује комитенту да ће трећи извршити своју обавезу из уговора који је са њиме закључио, јер ће у супротном он (комисионар) сносити одговорност за то, али се не обавезује да изврши туђу обавезу. У теорији се појављују различити аргументи *pro et contra* схватања о јемству као правној природи делкредере клаузуле, имајући у виду испреплетеност ових правних појава.

Најпре, чињеница је да су права и обавезе комисионара и јемца суштински различите,⁶¹ иако има и сличности међу њима. Јемац се обавезује да ће платити туђи дуг,⁶² док код делкредере комисионар преузима обавезу да гарантује да ће друго лице извршити своју обавезу, а да ће у случају неиспуњења сносити одговорност, дакле, одговорати за штету по правилима уговорне одговорности. У вези са овиме је и околност да се код јемства претпоставља дуг (постојећи, будући или условни) неког трећег лица⁶³ које је у уговорном односу са повериоцем, који тако помоћу још једног дужника обезбеђује своје потраживање. Насупрот томе, код комисиона, у непосредном односу са трећим лицем је комисионар, па комитент није поверилац тог лица, што доводи до тога да комисионар не може повериоцу јемчити у облигационоправном смислу да ће извршити обавезу неког лица са којим поверилац (комитент) није у непосредном правном односу. Једноставно, такве ситуације овде нема. У том смислу вреди напомена да се јемство закључује како би се „учинио услуга главном дужнику, док комисион *del credere* настаје у интересу повериоца – комитента, често и без знања трећег лица“.⁶⁴

58 Јаков Радишић, *Облигационо право – општи део*, 12. издање, Ниш, 2018, 371; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 100.

59 М. Васиљевић, 63.

60 Ј. Радишић, 374.

61 М. Трајковић, 98.

62 Ј. Радишић, 375.

63 *Ibid.*

64 М. Трајковић, 98.

Што се тиче права јемца и комисионара, ту се као кључна разлика уочава начин на који се ова лица намирују од трећих лица која су их својим неизвршењем обавеза довела у ситуацију да они те обавезе изврше, односно да за њих одговарају. Код јемства долази до изражаја институт персоналне суброгације, те се јемац који је намирио повериоца главног дужника суброгира у положај тог повериоца и има право регреса према дужнику чију је обавезу извршио.⁶⁵ За разлику од тога, нема механизма да се комисионар суброгира у положај комитента као повериоца према трећем лицу, јер он њему није поверилац, већ му је то управо комисионар. Због тога, комисионар који би и исплатио дуг трећег лица јер је гарантовао свом комитенту да ће то лице извршити своју обавезу, неће имати потребе за регресом. Наиме, он се налази у правном односу са тим лицем по другом основу, те ће редовним средствима из тог другог уговора (са трећим лицем) моћи да потражује исплаћено.⁶⁶

Упркос изнетим различитостима, јемство и делкредере комисионар се у одређеним тачкама подударају. Прво, јемац и делкредере комисионар солидарно одговарају свом повериоцу. Ово произлази из чињенице да је јемство код уговора у привреди, према оборивој законској претпоставци, солидарно⁶⁷ као и да је изричито прописано да делкредере комисионар солидарно одговара са трећим лицем за чије је испуњење обавезе јемчио.⁶⁸ Друго, у питању су акцесорни споразуми који зависе од самосталног (главног) уговора, деле његову правну судбину.⁶⁹ Трећа сличност између јемства и комисиона са делкредере клаузулом јесте у томе што престају, по правилу, када престане и главна обавеза, главни уговор. Ипак, могућ је и њихов ранији престанак, при чему јемство престаје пре главног дуга у законом предвиђеним случајевима,⁷⁰ док делкредере споразум може престати пре уговора о комисиону на основу споразума уговорних страна.⁷¹ Но, чини се да све ове сличности нису довољне да пониште суштинске различитости између ових института у погледу права и обавеза лица која у њима егзистирају, те тако покажу да ова клазула ипак нема природу јемства, како се већински истиче у теорији.

65 Ј. Радишић, 377; М. Трајковић, 98; ЗОО, чл. 1003.

66 М. Трајковић, 98.

67 ЗОО, чл. 1004 ст. 4.

68 ЗОО, чл. 781 ст. 1. Ипак, треба водити рачуна да је законодавац стао на становиште да се код делкредере комисиона ради о јемству.

69 И. Бабић, 61; Ј. Радишић, 375.

70 Ј. Радишић, 377.

71 И. Бабић, 61.

2. Осигурање као правна природа делкредере клаузуле

Као друго схватање у вези са природом делкредере клаузуле појављује се оно које у тој клаузули види уговор о осигурању.⁷² И заиста, доста је заједничких карактеристика ових института. То ће се најбоље видети ако се посматрају битни елементи уговора о осигурању, те њихова подударност са одликама које има делкредере комисион и последицама које он производи.⁷³ Предмет осигурања у овом случају било би потраживање из уговора који комисионар закључи са трећим лицем извршавајући налог свог комитента, као једно имовинско добро на коме треба да се деси осигурани случај којим се остварује ризик.⁷⁴ Овде се ризик састоји у инсолвентности дужника, односно у свим несигурностима извршења посла.⁷⁵ Поред тих елемената, овде би премију осигурања представљала посебна, делкредере провизија коју осигураник (у овом случају комитент) плаћа да би за осигуравача (овде комисионара) настала обавеза да исплати накнаду из осигурања ако се деси осигурани случај, односно ако треће лице не изврши своју уговорну обавезу чије извршење комисионар гарантује.⁷⁶ Та накнада из осигурања, односно осигурана сума била би, заправо, она новчана свота коју би делкредере комисионар накнадио свом комитенту у случају кад треће лице није извршило своју обавезу (примера ради, није платило цену из уговора о продаји).

Овако посматрано, делкредере клаузула може да се подведе под уговор о осигурању. Ипак, она се с њиме не може поистоветити, односно не може налазити своју основу у том уговору. Аргументи који се у прилог таквом ставу износе превасходно су практичне природе, не погађају чисто правне аспекте (примера ради, кад настаје обавеза исплате осигуране суме делкредере комисионара, а када осигуравајућег друштва, и сл.).⁷⁷ Међутим, чињеница да осигурањем као делатношћу могу да се баве само осигуравајућа друштва основана као акционарска друштва у систему дозволе,⁷⁸ и да само она могу закључивати уговоре о осигурању и бити у улози осигуравача, показује се као ваљани разлог зашто делкредере комисион не може имати природу осигурања, иако је и сам комисионар специјализовано и стручно лице. Следствено томе, нема

72 Вид. М. Трајковић, 99.

73 Нав. према М. Трајковић, 99.

74 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 435.

75 М. Трајковић, 99.

76 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 436.

77 Нав. према М. Трајковић, 99–100.

78 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 434.

полисе осигурања чијим закључењем настаје уговор о осигурању. Истина, комисионар, по самом закону, мора писмено да јемчи за испуњење обавезе трећег лица,⁷⁹ али такво писмено нема ни форму ни садржину полисе осигурања.

Изузимајући претходне аргументе, али не умањујући њихов значај, главна замерка оваквом одређивању природе делкредере клаузуле јесте та што се беспотребно наглашава њена подређеност некој широј правној установи, односно правном послу, поништавајући уговору с таквим углавком уопште природу комисиона (или, *mutatis mutandis*, трговинског заступања и шпедиције).

Пре него што изложимо схватање о делкредере клаузули као једној додатној одредби уговора, поменимо на овом месту да је у теорији било покушаја да се, поред наведена три, створи и четврто становиште о природи ове клаузуле. То је становиште, такорећи, без аргумената, а и не доводи ни до бољег разумевања института ни до решења проблема. Наиме, неки аутори сматрају да је делкредере комисион *sui generis* уговор са елементима и јемства, и осигурања.⁸⁰ Без залажења у детаљније разматрање оваквог става и његово побијање, треба истаћи да и са оваквом клаузулом комисион не мења своју природу, нарочито не у толикој мери која би га издвојила као неки засебан, у датом праву непознат уговор.⁸¹ Другим речима, тиме се појам не објашњава, него то, „само показује да писац не може дату појаву да сврста ни под једну до сада познату правну категорију“.⁸²

3. Делкредере клаузула као додатна одредба трговинског уговора

С обзиром на мањкавости наведених схватања, остаје да делкредере клаузулу посматрамо само као додатну одредбу трговинског уговора у који се уноси,⁸³ а не да јој поричемо такву индивидуалност и подводи-мо је под неки шири институт, односно неки други уговор. Јер, видели смо, различита су права и обавезе комисионара и јемца, односно осигуравача, а и свака врста трговинског уговора има правила специфична

79 ЗОО, чл. 781.

80 Нав. према М. Трајковић, 100.

81 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 472.

82 Владимир Јовановић, „Комитент и треће лице“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2-3/1961, 139.

83 „Реч је о акцесорној клаузули која не мења карактер комисиона, нити на било који начин утиче да овај уговор почне да се претвара у неки други посао.“ М. Трајковић, 100.

за ту врсту уговора,⁸⁴ те није примерено вештачки спајати њихове различите карактеристике. Делкредере комисион јесте посебан појавни облик комисионог правног посла, а не нови уговор, нити својеврсна преображајна одредба. Дакле, комисионар и са клаузулом *del credere* остаје комисионар, са правима и обавезама које припадају сваком комисионару.⁸⁵ Специфичност се огледа у појачаној одговорности комисионара за испуњење обавезе трећег лица, као и у посебној провизији коју је комитент дужан да плати.⁸⁶ Наиме, напоменули смо да је одговорност комисионара критеријум поделе на тзв. обични (редовни) и делкредере комисион. Код уговора о комисиону са делкредере клаузулом комисионар не одговара само за савестан избор трећег лица (*culpa in eligendo*), него и за резултат посла, односно за извршење обавезе трећег лица.⁸⁷ Другим речима, таквом клаузулом комисионар се сматра „гарантом који солидарно одговара са трећим лицем за извршење обавезе према комитенту“.⁸⁸

IV Закључак

Делкредере клаузула појављује се у трговинским уговорима у чијој основи је уговор о налогу, и то код комисиона, трговинског заступања, те шпедиције. Но, најчешћу примену ова клаузула остварује код уговора о комисиону, те су у раду схватања о њеној правној природи објашњена, преваходно, преко тог уговора. Одговор на питање правне природе делкредере клаузуле и нема велики практични значај, будући да је сâм Закон о облигационим односима изричито стао на становиште да се ради о јемству. Упркос томе, у раду се износе аргументи којима се показује неоснованост таквог става. Истина, између предметне клаузуле и облигационоправног јемства има сличности, али се крупне разлике јављају у погледу права и обавеза лица која се појављују у тим правним пословима. Тако, јемац се обавезује да плати туђи дуг, што ће рећи да је предуслов за јемство постојање дуга неког трећег лица које је у уговорном односу са повериоцем. Супротно томе, делкредере комисионар (као и трговински заступник, односно шпедитер) гарантује да ће треће лице

84 R. Goode, 146.

85 М. Васиљевић, 151; М. Трајковић, 100., „Комисион ‘делкредере’ задржава сва битна општа обележја основног уговора о комисиону. Комисионар из комисиона ‘делкредере’ такође иступа у своје име а за рачун налогодавца и тако задржава битне особине уговора о комисиону.“ И. Бабић, 160.

86 М. Трајковић, 101; И. Бабић, 160.

87 М. Васиљевић, 152.

88 В. Јовановић, 153. Више о дејствима која овиме наступају вид. М. Трајковић, 101 и даље.

испунити своју обавезу из уговора закљученог са њим. Комисионар се не обавезује нужно да ће извршити туђу обавезу, већ да ће свом повериоцу одговорати по правилима уговорне одговорности у случају да треће лице не изврши своју обавезу. Са аспекта права ових лица, разлика се огледа у томе што јемац након испуњења туђег дуга долази у позицију повериоца и може да се регресира од лица чију је обавезу испунио. Такве персоналне суброгације нема код делкредере уговора, будући да је делкереде уговорник у непосредном односу са трећим лицем, те ће по основу тог односа, редовним путем, моћи да намири своје потраживање.

Поред становишта о јемству, у теорији се уочава и оно које ову клаузулу посматра преко уговора о осигурању, а које се теже побија од првог због великих сличности. То значи да су сви битни елементи уговора о осигурању присутни код овог уговорног углавка, па у том смислу делује да се његова природа може одредити преко осигурања. Међутим, главни недостатак оба ова становишта је у томе што делкредере клаузули одричу самосталност, односно својство додатне одредбе уговора.

Ради се, дакле, само о једној од уговорних одредби која доводи до појачане одговорности уговорне стране која се њоме обавезује, премда то лице остаје уговорник са свим правима и обавезама односног уговора, а не неког другог. Одговорност је појачана на тај начин што делкредере уговорник своје сауговарачу одговара не само за савестан избор, него и за делатност, односно за рад трећег лица. Овакав став показује и чињеница да и са језичког аспекта делкредере клаузула првенствено означава обавезивање неког лица да гарантује за другог, а не да лично извршава његове обавезе. Делкредере уговорник потврђује да ће треће лице извршити своју уговорну обавезу. Премда не представља правни аргумент, језичко одређење у сваком случају је пожељно, јер што прецизније одредимо правне појмове и појаве, мање простора остављамо за погрешна тумачења и тиме недоследности у примени, до чега може лако доћи код делкредере клаузуле и одговорности коју она рађа.

Коришћена литература

- Бабић Илија, *Лексикон облигационој права*, 4. издање, Београд, 2018. (Babić Ilija, *Leksikon obligacionog prava*, 4. izdanje, Beograd, 2018)
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 16. izdanje, Beograd, 2018)
- Вујанић Милица *et al.*, *Речник српској језика*, Нови Сад, 2011. (Vujanich Milica *et al.*, *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad, 2011)

- Goode Roy, *Commercial law*, 2nd edition, London, 1995.
- Јовановић Владимир, „Комитент и треће лице“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2–3/1961. (Jovanović Vladimir, „Komitent i treće lice“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2–3/1961)
- Јовановић Небојша, *Саобраћајно право*, Београд, 2017. (Jovanović Nebojša, *Saobraćajno pravo*, Beograd, 2017)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)
- Клајн Иван, Шипка Милан, *Велики речник страних речи и израза*, Нови Сад, 2008. (Klajn Ivan, Šipka Milan, *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad, 2008)
- Косовић Мирјана, *Српско-италијански комерцијално-правни речник*, Београд, 1994. (Kosović Mirjana, *Srpsko-italijanski komercijalno-pravni rečnik*, Beograd, 1994)
- McKendrick Ewan, *Contract law*, 8th edition, London, 2009.
- Радишић Јаков, *Облигационо право – општи део*, 12. издање, Ниш, 2018. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo – opšti deo*, 12. izdanje, Niš, 2018)
- Радовић Мирјана, „Провизија трговинског заступника“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2015. (Radović Mirjana, „Provizija trgovinskog zastupnika“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2015)
- Станојевић Обрад, Јовановић Милена, *Латински за правнике*, 5. издање, Београд, 1987. (Stanojević Obrad, Jovanović Milena, *Latinski za pravnike*, 5. izdanje, Beograd, 1987)
- Трајковић Миодраг, „Комисиони правни посао star del credere“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1965. (Trajković Miodrag, „Komisioni pravni posao star del credere“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/1965)
- Царић Славко, „Појам и значај уговора о комисиону у правној теорији и пословној пракси“, *Правни живот*, бр. 11/2002. (Carić Slavko, „Pojam i značaj ugovora o komisijonu u pravnoj teoriji i poslovnoj praksi“, *Pravni život*, br. 11/2002)
- Царић Славко, „Члан 801“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980. (Carić Slavko, „Član 801“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Gornji Milanovac – Kragujevac, 1980)

Vladimir PEŠIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LEGAL NATURE OF *DEL CREDERE* CLAUSE IN COMMERCIAL CONTRACTS

Summary

This paper considers the legal nature of “del credere” clause in some commercial contracts based upon contract of agency. Therefore, the author aims to discuss various opinions on this topic in legal theory, as well as to take a clear and consistent attitude towards the subject. Although major opinion in legal doctrine is that warranty represents the basis of this clause, and that is de lege lata explicitly provided, the author points out why such point of view is not acceptable. This clause is not a part of some wider legal institution, but (only) an additional commercial contract provision with the purpose to make contractual liability of one of the contracting parties stricter. Furthermore, the author of the paper also analyzes the provisions of the Serbian Law on Obligations, as well as various opinions found in Serbian legal theory. The author pays attention to lingual determination of the clause, in order to examine its meaning in that way as well.

Key words: *Del Credere Clause. – Contractual Liability. – Warranty. – Commission agency.*

Датум пријема рада: 31. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 6. 2022.

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 (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У напмени 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 до 150 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 5.

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. 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 ујоредном њраву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *casopis@pravnicuiprivredi.org.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

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, *Коментаријар Закона о стечајном посредству*, 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.

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 њласник 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 њласник 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 (*Handelsgesetz-buch*), 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

Часопис *Право и привреда* излази од 1993. године као наставак часописа *Привредно правни приручник* који је излазио од 1963. године.

У часопису се објављују оригинални научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука и прикази књига. Од 2020. године часопис излази и у електронској форми (eISSN 2683-5592).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује редакција.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника и чланова редакције часописа. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима. За те ставове редакција не одговара.

Претплата за 2022. 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:

Зоран Томић

Компатибилност управно-процесних начела

Гордана Илић-Попов

Проактиван приступ према запосленима друштвено одговорне компаније и пореска политика у Републици Србији

Сања Данковић Степановић

Вертикални (рестриктивни) споразуми: ефективност упркос ризику од нарушавања конкуренције

Стефан Шокињов

Одговорност зависног друштва за штету коју проузрокује контролно друштво у праву конкуренције Европске уније

Наташа Петровић Томић

Вансудско решавање спорова из осигурања у режиму Закона о заштити потрошача

Катарина Доловић Бојић

Правни режим непокретности стечених средствима из уговора о кредиту закљученог пре или у току трајања брака

Урош Здравковић

Право купца на смањење цене услед продавчеве повреде уговора о међународној продаји робе

Ранко Совиљ

Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?

Марко Томић

Јавни бележници и компанијско право у Републици Србији – оснивање привредних друштава и записници са седница органа друштава

Никола Милосављевић

Неусловљеност функцијом производа као услов за признање права заштите индустријског дизајна