



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
3

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

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Штампа

Intermex, 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
3

2022

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

Слободан МАРКОВИЋ

Положај Србије у глобалној и европској хармонизацији
права интелектуалне својине 425

Предрај ЦВЕТКОВИЋ

Примена технологије у правном контексту: пример
legaltech-а 447

Сйрахиња МИЉКОВИЋ

Разрешење недоумица о томе шта је *goodwill* и да ли
прималац франшизе има права поводом *goodwill*-а 461

Свейислав ЈАНКОВИЋ

(Не)извесност цене путне карте у ваздушном саобраћају 478

Бојан ТЕРЗИЋ

Правна природа кредитних накнада – сажета упоредна
разматрања 499

Сйефан ЈОВАНОВИЋ, Давид ВУЧЕНИЋ

Дозвољеност изјављивања ревизије у поступку признања
стране судске одлуке 533

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милица ЊЕГОВАН

Изазови реформе механизма решавања инвестиционих
спорова..... 557

Ана НИКОЛИЋ

Одлучивање о привременој мери у индивидуалном радном
спору – између „теорије“ и праксе..... 577

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 598

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

***Slobodan* MARKOVIĆ**

The Position of Serbia in the Global and European Harmonization
of Intellectual Property Law 425

***Predrag* CVETKOVIĆ**

Application of Technology in Legal Context: The Case of
Legaltech 447

***Strahinja* MILJKOVIĆ**

Resolution of Unconscious What Goodwill is and Whether the
Franchise Receiver Has the Rights to Occasion of Goodwill 461

***Svetislav* JANKOVIĆ**

(Un)Certainty in the Price of Air Ticket 478

***Bojan* TERZIĆ**

The Legal Nature of the Credit Fees – Summary Comparative
Considerations 499

***Stefan* JOVANOVIĆ, *David* VUČINIĆ**

Admissibility of Appeal on the Points of Law in the Procedure for
Recognition of Foreign Judgments 533

STUDENT PAPERS

***Milica* NJEGOVAN**

Challenges of the Investment Dispute Settlement Reform. 557

***Ana* NIKOLIĆ**

Preliminary Measure in an Individual Labour Dispute –
Between “Theory” and Practice. 577

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 598

НАУЧНИ РАДОВИ

УДК: 347.77(497.11:4-672EU)

CERIF: S 124, S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22301A

др Слободан М. МАРКОВИЋ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПОЛОЖАЈ СРБИЈЕ У ГЛОБАЛНОЈ И ЕВРОПСКОЈ ХАРМОНИЗАЦИЈИ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ**

Сажетак

Захваљујући Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) из 1994. активiran је процес трансилантације неолибералног модела заштите интелектуалне својине из зајадних високо индустријализованих земаља на остатак света, укључујући и најмање развијене земље.

С обзиром на своје политичке аспирације, Србија има обавезу рецеиције TRIPS-а и права Европске уније. Последично, правничка слика у Србији је пренушно заокружена изв. хармонизацијом, а не креацијом права које је у функцији развојних интереса земље. Тако је критеријум за оцену квалитета процеса њихова усклађеност са правом ЕУ, а не њихова коресподентност са пошребом националног развоја и блаосиња.

* Електронска адреса аутора: slobodanmarkovic0227@gmail.com.

** Овај рад представља резултат ауторовог истраживања на стратешком пројекту „Савремени проблеми правног система Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду за 2022. годину.

Са неколико примера трансиланација права интелектуалне својине из права ЕУ, аутор илустрира две противречне појаве које праће овај процес. Прва је сужавање простора националном законодавцу да донесе норму која би знатно боље кореспондирала са актуелном националном пошребом. Друга појава је скоковито унапређење домаће законодавства на бази несјорних вредности европској привредно-културној свейи.

Кључне речи: Трансиланација права. – Хармонизација права. – TRIPS. – Европска унија. – Глобализација. – Неолиберализам.

I Уводне напомене

Право интелектуалне својине, као облик присвајања нематеријалних добара, интригантна је тема за науку јер тражи, а не налази општеприхваћене одговоре на основна питања свог друштвеног утемељења. Упркос површним сличностима, дубинска паралела између својине на стварима и интелектуалне својине не може се утврдити. Својина на стварима је етичко-правни концепт уређења друштвених односа поводом оскудних материјалних ресурса, те има порекло у најранијим периодима друштвене организације. Насупрот томе, интелектуална својина је концепт изграђен на увиду да слободно тржиште (конкуренција) исказује слабост на плану продукције јавних добара, у која се убрајају и интелектуална добра, попут проналазака и ауторских дела. Отуда је интелектуална својина облик системске државне интервенције на тржишту, а (поодмакла) настојања да јој се прибави својство универзалног права човека на имовину плод су утицаја партикуларних интереса тржишних субјеката.

Право интелектуалне својине показује следећу историјску закономерност: а) оно се спонтано јавља као резултат деловања друштвених сила у државама релативно високог степена привредног развоја, и б) у тим државама приступало се крајње селективно прописивању предмета и обима присвајања интелектуалних добара: интелектуалном својином штитила су се само интелектуална добра у секторима у којима је домаћа привреда најјача или има најбоље перспективе развоја, док је све остало било изван домашаја заштите, тј. препуштено слободној конкуренцији. На тај начин, право интелектуалне својине било је инструмент политике националног технолошког, привредног и културног развоја, односно инструмент националног протекционизма. То је било могуће захваљујући владавини начела територијалности у овој грани права, које каже да субјективна права интелектуалне својине настају и важе само у земљи по чијем закону су призната.

Иако је развој међународне трговине и саобраћаја крајем XIX века довео до успостављања првих универзалних међународних правила, право интелектуалне својине је све до пред крај XX века претежно било домен слободе националног законодавца да уреди ову материју у складу са националним интересом. У том периоду је право интелектуалне својине било препознато као инструмент развоја у индустријализованим земљама, док је у неразвијеним земљама његов значај био маргиналан јер је слободна конкуренција (другим речима, имитација туђих достигнућа) била превасходна полуга развоја.

На светском плану ствари су се драматично промениле ступањем на снагу Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) 1995. године.¹ Глобализација тржишта, с једне стране, и све веће учешће вредности интелектуалних добара у структури вредности робе у међународној трговини, с друге стране, довели су земље извознице такве робе до закључка да непостојећа или недовољно делотворна заштита интелектуалне својине у земљама увозницама представља тзв. нецаринску баријеру у међународној трговини. Другим речима, у таквим земљама увозницама је немогуће интернализovati позитиван екстерни ефекат ауторских дела, проналазака, дизајна и др. јер привреда тих земаља може та добра легално да експлоатише и тако конкурише „изворном“ произвођачу не само у тој земљи, него и на трећим тржиштима где нема адекватне заштите интелектуалне својине. Дакле, изместивши проблем међународне заштите интелектуалне својине на терен заштите слободе међународне трговине, развијене земље су ту тему ставиле у надлежност Светске трговинске организације (СТО). Иако свесне штетних последица TRIPS-а по сопствене економије, земље у развоју и неразвијене земље пристале су на обавезу увођења високих стандарда заштите интелектуалне својине као на део „пакета“ договора који је обухватао и Општи споразум о трговини и царинама (GATT).² Тим споразумом су ове земље „награђене“ одређеним повољним аранжманима за извоз сопствене робе (сировине и полуфабрикати) у развијене земље.

Дакле, од ступања на снагу TRIPS-а, релативно уједначен систем јаке заштите интелектуалне својине постоји у свих 164 земаља чланица СТО, без обзира на степен економског развоја тих земаља. Европска унија, као и све њене државе чланице, ратификовале су TRIPS.

ЕУ има и сопствени корпус права интелектуалне својине, који се састоји од множине уредби и директива. Иза нормативне делатности ЕУ у овој области не стоји настојање да се право интелектуалне својине

1 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

2 Општи споразум о трговини и царинама (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

систематски уреди на нивоу који би био виши од онога који је достигнут TRIPS-ом, већ се доминантно тежи успостављању јединственог унутрашњег тржишта ЕУ. У ту сврху се прво идентификују области у којима постојеће разлике између националних закона узрокују најтежа нарушавања једнакости услова пословања унутар ЕУ, а затим се приступа уклањању тих разлика путем јединствених наднационалних прописа (уредбе) или путем хармонизације националних закона (директиве). Отуда је право ЕУ у области заштите интелектуалне својине несистематско и релативно непрегледно, чему посебно доприносе повремене ревизије старих прописа, или доношење нових који задиру и у односе већ уређене старим прописима. У коначници, право интелектуалне својине у ЕУ углавном повишава летвицу коју је поставио TRIPS.

Србија је аспирант на чланство у СТО и у ЕУ, те је у обавези да своје прописе и институционалну инфраструктуру учини у свему компатибилном са одредбама TRIPS-а и европског *acquis communautaire*. Нека одмах буде констатовано да наша земља ту обавезу извршава релативно савесно, те да је домаће право интелектуалне својине већ бар једну деценију у високом степену усклађено са захтевима СТО и ЕУ, с тим да се на одређеним дотеривањима стално ради.

II Ефекат глобалне и европске хармонизације права интелектуалне својине

1. Право интелектуалне својине као глобални правни трансплант

Међу правним историчарима и компаративистима стално тиња дебата о узроцима и природи законодавних процеса. С једне стране, не може се оспорити веза између права, с једне, и специфичности локалних културних, економских и политичких прилика које диктирају потребу за нормирањем једног друштвеног односа, с друге стране. Као културна појава, право еволуира заједно са укупним друштвеним контекстом у којем делује.³ Истовремено, фасцинантне су размере и дуговечност рецепције права из једне у другу земљу, без обзира на разлике у укупном друштвеном миљеу тих држава.⁴ Штавише, у литератури се може

3 Теза по којој је право плод деловања изванправних социјалних фактора провлачи се од Монтеस्कјеа преко немачке национално-романтичарске правне школе и Карла Маркса до савремених теоретичара, као нпр. Пјера Легранда (вид. Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, Nr. 2/1997, 114).

4 Алан Вотсон наводи као примере трансконтиненталну рецепцију античког римског приватног права и енглеског *common law* система, који су опслужили, и у

наћи теза да је највећи део корпуса националног права у свету, заправо, плод рецепције страног права, односно трансплантације права из једне у другу земљу. При том се не негира феномен адаптације преузетог права на локалне прилике, као један од услова његове делотворности.

Правни историчари и компаративисти детаљно се баве проучавањем узрока, тока и последица рецепције Хамурабијевог законика, античког римског права, енглеског *common law*-а, кинеског права, француског *Code Civile*-а, шпанског, португалског и совјетског права. Два последња велика таласа трансплантације права десила су се после другог светског рата (1945–1970) и после распада Источног блока (1990–2010), а трећи је још у току. У првом таласу је учињен покушај САД да кроз програм реформи за развој рашири своје право на просторе Латинске Америке и делове Африке и Азије (посебно Јапан). Истовремено, дошло је до „извоза“ совјетског права у земље Источног блока. У другом таласу трансплантације је на простору транзиционих земаља централне и југоисточне Европе, као и бившег СССР-а дошло до конкуренције између англоамеричког права, права ЕУ и континенталних система заснованих на француском, немачком или холандском праву.⁵ Паралелно с тим текао је и процес економске глобализације, снажно подржан рапидним развојем информационо-комуникационе технологије. Светски тријумф идеологије неолиберализма и демократије послужио је као погонско гориво за актуелни талас трансплантације права из развијених земаља у неразвијене земље.

Како се заштита интелектуалне својине нашла у првим линијама међународних економских интереса развијеног света, она је постала једна од приоритетних области глобалног регулисања. Трансплантација западног концепта права интелектуалне својине на целу планету, путем TRIPS-а, представља феномен који је скоро без преседана. Према врло слободној процени аутора, TRIPS је довео до планетарне унификације око 40% материјалног права интелектуалне својине, 40% је хармонизовано, а 20% је остало као простор за самостално уређивање од стране појединих држава. По свему судећи, у овом тренутку нема ниједне друге тако широке и комплексне области приватног права која би се по степenu уједначености и географском простирању могла поредити с правом интелектуалне својине.⁶

делимично измењеном облику још увек опслужују потребе држава различитог политичког, друштвеног и економског уређења, и које припадају различитим културним круговима. Allan Watson, „Comparative Law and Legal Change“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 27, Nr. 2/1978, 313–314.

5 Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, Jean-Francois Richard, „The Transplant Effect“, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, Nr. 1/2003, 163–164.

6 „Трансплантација права интелектуалне својине путем Светске трговинске организације постала је једна од најупадљивијих области правне реформе наметнуте од

Док се у класичном компаративном праву као најзначајније земље „извоза“ права сматрају Енглеска (у постколонијалном периоду и САД и Аустралија), Француска, Немачка, скандинавске земље, Швајцарска и Аустрија,⁷ дотле су актуелни правни транспланти у многим областима, мање више, без националне одреднице. Доминира концепт права западне индустријске цивилизације, као прагматична мешавина различитих националних правних традиција, која треба да обезбеди сигуран и повољан правни амбијент за деловање међународног капитала у целом свету.

Према једној типологији правних транспланата,⁸ право интелектуалне својине које је преко TRIPS-а реципирано у такорећи целом свету, доминантно припада категорији споља наметнутих транспланата. Реч је, дакле, о „транспланту чије прихватање је мотивисано жељом да се задовоље стране државе, индивидуе или ентитети, било мирењем са њиховим захтевима, било настојањем да се искористе могућности и обећања које они нуде.“⁹ Другим речима, у питању је трансплант који је у супротности са националним интересом у том тренутку, и који иначе не би био прихваћен у домаћи национални поредак слободном вољом законодавца у регуларној законодавној процедури. Спектакуларан унификацијско-хармонизацијски ефекат TRIPS-а на глобалном плану свакако не би био могућ да развијене земље нису прибегле тактици „централног напада“, тј. везивања трансплантације права интелектуалне својине за мултилатерални преговарачки оквир (СТО) који ниједна земља не може једнострано да напусти без крупне штете по своје међународне економске и политичке интересе. На тај начин је обезбеђен пристанак владиних преговарача на TRIPS.

Познато је да споља наметнути транспланти имају проблем са легитимношћу као претпоставком њихове ефикасне имплементације у домаћем правном поретку. Постоји ризик од изостанка домаћих прописа којима се транспланти операционализују и тешкоћа у принудном

стране индустријализованих земаља у контексту неолибералне глобализације заговаране Вашингтонским консензусом, тако да има практичног значаја да се анализира трансплантација ТРИПС-а као важног међународног споразума са аспекта упоредног права.“ Wei Shi, *Intellectual Property in the Global Trading System*, Berlin, 2008, 51.

7 Вид. D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, 173–174.

8 Jonathan M. Miller, „A Typology of Legal Transplants – Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, Nr. 4/2003, 842 и даље. Аутор разликује: а) транспланте који штеде трошак, б) споља наметнуте транспланте, в) предузетничке транспланте и г) транспланте који генеришу легитимност.

9 *Ibid.*, 847.

спровођењу права (пасивност полиције, управе и правосуђа у случајевима повреде права). TRIPS има уграђени лек и за ту ситуацију: а) предвидео је обавезу свих држава чланица да обезбеде одређене механизме и институте принудног спровођења права интелектуалне својине,¹⁰ и б) проширио је механизам за решавање трговинских спорова између држава чланица GATT-а и на решавање спорова поводом примене TRIPS-а, изложивши ону државу која не поштује обавезе из TRIPS-а ризику од билатералних реторзионих мера.¹¹

Приликом операционализације обавеза из TRIPS-а, недостајућа кореспондентност правног транспланта са националном потребом за регулисање те области на тај начин надомештена је дужношћу сваке земље да буде верна међународној обавези коју је прихватила. Овде се, међутим, не ради о типу транспланта који генерише легитимност у смислу у којем тај појам користи Милер (*Miller*). Док он има у виду трансплант који одговара објективној потреби за правним регулисањем, али му је због непопуларности последица потребна додатна легитимација у виду референце на квалитетан инострани модел, овде је реч о транспланту који своју легитимност вуче из међународно обавезујућег акта (изнуђене) сагласности државе да га примени. Пракса да се оно што не може да прође домаћу законодавну процедуру, „гура“ кроз међународне конвенције добила је сликовит назив: „прање прописа“, односно „прање политике“.¹²

Могуће је покушати да се феномен TRIPS-а, односно трансплантације права интелектуалне својине објасни из угла фактора који утичу на промене права путем транспланта, како их види Вотсон.¹³ Поћи ћемо од фактора *ireizoznaitie ioyirebe*. То је скуп циљева који се трансплантом желе постићи, али не гледано из угла објективног посматрача друштва, већ гледано из угла *силе ириийиска* као другог фактора промене. У нашем случају, *сила ириийиска* је спољна и долази од развијених земаља које имају економске, политичке и, у крајњој линији, војне потенцијале

10 Цело 3. поглавље TRIPS-а (чл. 41–61) посвећено је тзв. принудном спровођењу права.

11 Чл. 64 TRIPS-а упућује на одредбе чл. 22 и 23 GATT-а од 1994. године, којима се уређује поступак решавања спорова између држава.

12 Карактеристике ове праксе су да се прикривају стварни циљеви одређене политике или прописа, као и одговорност за њих, те да се заобилази регуларна законодавна процедура у којој би се могло наићи на пресудан отпор. Вид. нпр. Ian Hosein, „The Sources of Laws: Policy Dynamics in a Digital and Terrorized World“, *The Information Society International Journal*, Vol. 20, Nr. 3/2004, 187–199.

13 Он види девет фактора: врста извора права (судска пракса, обичај, закон), сила притиска, сила отпора, трансплационе преференције, правници који обликују право, фактор дискреције, ширина области регулисања, инерција и препознате потребе. Вид. A. Watson, 322 и даље.

којима чине свој притисак веродостојним. Њихова *йрејознайша йошреба* је да у свим земљама света инсталишу поредак у којем ће интелектуална својина бити заштићена на ефикасан начин, како би титулари интелектуалне својине могли у свакој земљи засебно да уберу друштвену вредност предмета заштите. Будући да су титулари интелектуалне својине највећим делом субјекти са држављанством, пребивалиштем или седиштем у некој развијеној земљи, то *йрејознайша йошреба* добија карактер потребе да се глобално заштити постојећа конкурентска предност коју развијене земље имају у области технологије и тзв. индустрије културе. *Врсйа извора йрава*, као трећи фактор, веома доприноси промени. Наиме, међународни споразум у преговарачком оквиру на који пресудан утицај има *сила йришйиска*, идеалан је за трансформацију доминантне политичке воље у право, јер замењује политичку расправу императивом „владавине права“. *Сила ошйора*, као четврти фактор, укључује широки фронт представника домаће привреде и академске заједнице, који су свесни да TRIPS није у функцији развоја домаће привреде. Она је сломљена не само опипљивошћу могуће освете *силе йришйиска*, него и чињеницом да је рецепција права интелектуалне својине трансформисана у форму извршавања преузете међународне обавезе. Коначно, *ширина обласйи реулисана*, као пети фактор, утиче на промену тако што је пропорционална *сили ошйора*. Наиме, што је област регулисања шира, теже је постићи друштвену сагласност за промену, тј. отвара се простор за деловање *силе ошйора*. У конкретном случају, сматрамо да је *сила йришйиска* била толико надмоћна, да је поменути фактор промене био скоро ирелевантан.

Будући да се овде ради о споља наметнутој трансплантацији права, фактори инерције, дискреције, преференције и правничке струке, које помиње Вотсон, немају директан значај.

Тако смо на примеру трансплантације права интелектуалне својине дошли до верификације Вотсонове формуле, по којој до правне промене долази кад *йрејознайше йошребе*, ослабљене *дискреционим факйором*, активирају *силу йришйиска*, одређену *ширином обласйи реулисана*, да делује на *извор йрава*, те ова надвлада *инерцију* и *силу ошйора*.¹⁴

Иако се TRIPS често истиче као прекретница у међународном регулисању права интелектуалне својине, односно као спектакуларно успешан подухват глобалне рецепције једног модела права интелектуалне својине, његов асиметрични учинак је јасан. Он је, под фирмом успостављања глобалног тржишта, афирмисао модел заштите интелектуалне својине у развијеним земљама као универзални стандард, узрокујући трансфер богатства из неразвијених земаља у развијене

14 *Ibid.*, 333.

земље и отварајући тако питање улоге права интелектуалне својине у развоју националних економија. То је довело до стања у којем више од половине света има дубоку резерву према актуелном праву интелектуалне својине.

Без обзира на чињеницу да је захваљујући неодољивом дејству *силе њришиска* дошло до глобалне рецепције TRIPS модела права интелектуалне својине, у земљама у којима је тај трансплант донео само трошкове и друге тешкоће у приступу заштићеним интелектуалним добрима (без видљивих стимулативних ефеката на домаће креативне и инвентивне потенцијале) остао је проблем мобилисања енергије домаћих институција да примењују реципирано право, посебно да инвестирају своје ресурсе у механизме принуде у случају повреде права. Отуда је данас у току пост-трансплантациони период током којег *сила њришиска* настоји да рашири по целом свету специфичну идеологију правне заштите интелектуалне својине, а чији циљ је тзв. подизање свести о праву интелектуалне својине. Не улазећи дубље у ово занимљиво питање, истичемо само да тај пројекат почива на неколико премиса: а) интелектуална својина је облик својине, те се мора штитити као право човека; б) поштовање права интелектуалне својине је за сваку земљу тест владавине права; в) непоштовањем права интелектуалне својине угрожава се темељ технолошког и културног напретка заједнице; г) чак и ако нема непосредан позитиван ефекат на домаћу привреду, поштовање права интелектуалне својине је фактор привлачења страних директних инвестиција и поверења страних трговинских партнера.

Како је овде реч о наставку процеса трансплантације права (који је мање-више окончан) у виду трансплантације идеологије која треба да подржи ефикасну примену тог права, има смисла да се опет присетимо Милерове типологије транспланта и концентришемо на тип који он зове предузетнички трансплант (енг. *entrepreneurial transplant*).¹⁵ Реч је транспланту који је резултат деловања интересних група у земљи реципијенту, које настоје да њиме створе себи повољнији правни положај. Те групе су у литератури добиле назив „нормативни предузетници“ (енг. *norm entrepreneurs*).¹⁶ Не мора нормативни предузетник бити увек мотивисан имовинском коришћу, већ може следити и друге, нематеријалне, чак идеалистичке циљеве. У нашем случају, његов циљ је да подржи ефикасну примену реципираног права интелектуалне својине тако што ће инвестирати своје стручне, моралне и материјалне ресурсе у подизање јавне свести о интелектуалној својини.

15 J. M. Miller, 849.

16 Овај врло сугестиван и касније широко прихваћен термин појављује се у чланку Cass Robert Sunstein, „Social Norms and Social Roles“, *Columbia Law Review*, Vol. 96, Nr. 4/1996, 903–968.

Ко су нормативни предузетници у земљама реципијентима права интелектуалне својине? Логично је да су то у првом реду привредни представници из развијених земаља, њихове асоцијације, локални стручњаци (нпр. адвокати) и сл. Парадоксално је, међутим, да у ову групу спадају и владе тих земаља, односно одговарајуће владине агенције. Њихов интерес је да демонстрирају оданост идеји владавине права, избегавајући свако пропитивање о природи и суштини тог права, односно последицама његове примене на домаћи развој.

2. Право интелектуалне својине као предмет хармонизације у оквиру ЕУ

У тренутку ступања на снагу TRIPS-а 1995. године неке основе за хармонизацију права интелектуалне својине у ЕУ су већ постојале. Реч је о Конвенцији о издавању европских патената (1973),¹⁷ Директиви о хармонизацији закона држава чланица у погледу жигова (1988),¹⁸ Директиви о заштити рачунарских програма (1991),¹⁹ Директиви о хармонизацији рока трајања ауторског и одређених сродних права (1993),²⁰ и Директиви о координацији одређених правила ауторског права и сродних права која се примењују на сателитско емитовање и кабловско реемитовање (1993).²¹ Све уредбе и највећи број директива из области права интелектуалне својине ЕУ је донела после ратификације TRIPS-а.

Државе чланице ЕУ су у време доношења TRIPS-а већ имале прописе који су послужили као модел за глобалну трансплантацију, тако да су касније уредбе и директиве само спорадично биле у функцији

17 Конвенција о издавању Европских патената (*European Patent Convention*; даље у фусногама: КЕП). Важно је напоменути да ова конвенција није акт ЕЕЗ, односно ЕУ, већ представља вишестрани регионални споразум који сад обухвата 38 држава чланица, међу којима и Србију. До данас је ова конвенција остала темељ патентног права у ЕУ.

18 Директива о хармонизацији закона држава чланица у погледу жигова (*First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*, OJ L 40, 11. 2. 1989).

19 Директива о заштити рачунарских програма (*Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs*, OJ L 122, 17. 5. 1991).

20 Директива о хармонизацији рока трајања ауторског и одређених сродних права (*Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights*, OJ L 290, 24. 11. 1993).

21 Директива о координацији одређених правила ауторског права и сродних права која се примењују на сателитско емитовање и кабловско реемитовање (*Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission*, OJ L 248, 6. 10. 1993).

рецепције појединих одредби TRIPS-а. Једина уредба која у целини служи рецепцији одредби TRIPS-а је Уредба о принудној лиценци за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља (2006).²²

Хармонизација и унификација прописа у области права интелектуалне својине, која се спроводи у ЕУ, по својој свеобухватности, интензитету и последицама има мање размере од оне која се десила на глобалном нивоу. Разлог томе је у чињеници да су чланице ЕУ, нарочито пре доношења TRIPS-а, биле индустријске земље релативно уједначеног степена развоја, у којима је право интелектуалне својине спонтано еволуирало до стадијума у којем одражава потребе њиховог привредног и културног развоја. За те земље, TRIPS је означавао међународну кодификацију права интелектуалне својине на нивоу који је био исти или нижи од оног који је већ постојао у чланицама ЕУ. Све што је на основу директива и уредби „додавано“ тиче се само оних детаља који су осетљиви са становишта јединства унутрашњег тржишта ЕУ.

Каснијим пријемом у ЕУ једног броја држава бившег Источног блока, дошло је до нарушавања постојеће равнотеже: те земље су имале не само инфериорну привреду, већ и правно наслеђе које није било блиско западном концепту заштите интелектуалне својине. За њих је рецепција TRIPS-а била највећи изазов, па тек затим рецепција права ЕУ. Ипак, слободна политичка воља сваке државе да крене напорним путем европских интеграција (имајући у виду све предности и недостатке тог процеса), даје основа за тврдњу да право интелектуалне својине, у мери у којој оно представља правни трансплант из ЕУ, без обзира на проблематичне последице, није лишено легитимности.

3. Србија и хармонизација права интелектуалне својине

Србија има завидну традицију у регулисању правне заштите интелектуалне својине. Штавише, и у периоду социјализма је одређени облик тржишног начина привређивања омогућавао да се одржава концепт приватног права на интелектуалним добрима, који је био врло близак ономе у западном свету. Крајем осамдесетих година XX века је СФРЈ учинила одсудни корак ка реформи домаћег патентног права, и на тај начин трасирала будућност нашег права интелектуалне својине

22 Уредба о принудној лиценци за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља (*Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on compulsory licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems*, OJ L 157, 9. 6. 2006). Прецизности ради, овом Уредбом се у право ЕУ имплементира члан 31-bis TRIPS-а.

у оквирима западног неолибералног концепта. То је урађено са визијом прикључења СФРЈ тадашњој Европској економској заједници. Од тада, па чак и током тешких времена међународне изолације СРЈ, TRIPS и право ЕУ били су значајан репер за доношење прописа из ове области. У тренутку формализације обавезе Србије да приступи хармонизацији свог правног система са правом ЕУ (Споразум о стабилизацији и придруживању из 2008. године), наша земља је већ имала законе у области права интелектуалне својине, који су били у извесној мери усклађени са TRIPS-ом и *acquis communautaire*.

Ни на који начин не желећи да доводимо у питање политичку одлуку да Србија једном постане чланица ЕУ, сматрамо да је легитимно стручно питање да ли и у којој мери TRIPS/ЕУ право интелектуалне својине, које је реципирано код нас, одговара потребама националне привреде и културног развоја.

Према једном од најмеродавнијих показатеља перформанси националне привреде, Србија са БДП-ом од непуних 8.000 долара *per capita*, налази се у рангу земаља које се категоришу као земље у развоју.²³ У овој прилици не желимо да проблематизујемо однос који у неразвијеним земљама и земљама у развоју постоји између користи од високог степена заштите интелектуалне својине (привлачење страних директних инвестиција, трансфер технологије, подстицај домаћем стваралаштву) и штете (одлив девиза и тешкоће у приступу користима од заштићених интелектуалних добара). Уместо тога покушаћемо путем неколико примера да покажемо да један део реципираног права интелектуалне својине нема никакво утемељење у друштвеним односима, вредностима и правнополитичким циљевима Србије. Оно је правноекономски баласт који Србија мора да вуче на својим плећима ради вишег политичког циља – евентуалног приступања ЕУ. Истовремено, потврдићемо и да већи део реципираног права интелектуалне својине има утемељење у привредно-културном ткиву српског друштва, чиме се демонстрира позната и неспорна теза о припадању наше земље европском привредно-културном простору.

а) Проналазак као предмет иашенјине зашћишије

У свом чл. 27 ст. 1 TRIPS прописује да се патентом штите проналасци производа и проналасци поступка из било које области технологије. Другим речима, TRIPS не оставља могућност државама чланицама да искључе из патентне заштите проналаске из оних технолошких области

23 Вид. The World Bank, GDP per capita (current US\$) – Serbia, доступно на адреси: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=RS>, 5. 5. 2022.

које су у тој земљи тек у развоју. Последишно, државе чланице не могу користити инструменте патентног права за вођење развојне индустријске политике, јер у свету глобалног тржишта и слободне међународне трговине нема места за уважавање те потребе земаља у развоју.²⁴

Једина ограничења патентирања која TRIPS допушта у свом чл. 27 ст. 3 су она која су 1973. године већ постојала у Конвенцији о европском патенту, и односе се на биљке, животиње, битно биолошке поступке њиховог добијања, као и на терапијске, дијагностичке и хируршке поступке примењене на живом телу човека или животиње.

Са аспекта нормирања патентне заштите, TRIPS је релативно флексибилан јер не улази у детаље појединих института. То је омогућило Европској патентној организацији (чији је Србија пуноправна чланица), да својевремено изгради такоређи аутономно патентно право за потребе фармацеутске индустрије развијених држава, дајући јој тако моћну полугу у конкурентској борби.

Реч је одредбама чл. 54 ст. 4 и 5. Конвенције о издавању европских патената који уређује новост као услов за патентну заштиту проналаска. Њиме су уведена два правила која се тичу патентбилности фармацеутских материја, која су иначе страна логици патентног права: а) проналазак прве примене познате материје у фармацеутске сврхе не сматра се проналаском примене, него проналаском материје, како би се титулару патента омогућило да заштита обухвати и све друге фармацеутске примене исте материје;²⁵ и б) проналазак друге и *n*-те примене познате материје у фармацеутске сврхе такође није проналазак примене, него проналазак материје, чија заштита је ограничена применом.²⁶

Технички гледано, овде је компромитован патентноправни концепт новости проналаска (материја *per se*, која се користи као лек, сматра се новом иако је већ позната, тј. садржана у стању технике), што се правда потребом да се заштита фармацеутских проналазака доведе у склад са већ поменутом забраном патентирања терапијских,

24 Активна протекционистичка индустријска политика била је допуштена и могућа у државама које су данас развијене све до тренутка док поједине индустријске гране (нпр. фармацеутска) нису достигле онај степен развоја у којем патентна заштита постаје стимуланс за инвестирање и конкурентску борбу. Тако, патентна заштита проналазака лекова није постојала у Великој Британији до 1949. године, Немачкој до 1968. године, Холандији до 1976. године, Швајцарској и Француској до 1978. године, Италији до 1979. године. Вид. Slobodan Marković, „Утицај уједначавања европског патентног права на југословенску фармацеутску и хемијску индустрију“, *Gospodarski vidiki sodelovanja Jugoslavije z Evropsko skupnostjo po letu 1991* (ur. Friedrich Karl Beier, Joseph Straus), Ljubljana, 1991, 196.

25 Ова одредба је у КЕП-у од његовог доношења 1973. године.

26 Ова одредба је резултат новелирања КЕП-а 2000. године.

дијагностичких и хируршких поступака примењених на живом телу човека или животиње. Међутим, суштински ефекат је тај да је обим заштите фармацеутских проналазака знатно увећан, тј. проширено је дејство патента као искључивог права.²⁷

Да нема тог економског подстицаја, могуће је да би изостало појављивање на светском тржишту одређених иностраних иновативних лекова који се, разумљиво, користе и у Србији. Да ли српска фармацеутска индустрија има неке користи од тог подстицаја? Наравно да нема, јер у Србији више нема иновативне фармацеутске индустрије. Парадоксално, глобални капитализам је (не само) у Србији уништио иновативну фармацеутску индустрију стављајући те специјалне фармацеутске норме у патентном праву²⁸ само у функцију обезбеђења домаћег тржишта за економску валоризацију иновативних лекова по високим ценама.

б) Заштита топографија полупроводничких производа

Полупроводнички производ је минијатурно електронско интегрисано коло, које се данас популарно назива „чип“ и које се уграђује у рачунаре, мобилне телефоне, друге електричне уређаје и у комплексне производе као што су возила свих врста.

На иницијативу САД, Европске заједнице и Јапана, као земаља које су предњачиле у производњи чипова, донесен је 1989. године у Вашингтону Споразум о интелектуалној својини у вези са интегрисаним колима.²⁹ Циљ је био да се пружи међународни оквир за обавезу држава да штите топографију чипа, као нематеријално добро које се састоји од тродимензионалног распореда електронских компоненти (диода, отпорника, транзистора...) и њихових међусобних веза, који омогућује да чип функционише. Циљ ове заштите је да се обезбеди привремено искључиво право на експлоатацију заштићене топографије онеме који је инвестирао у настанак те творевине (што је, иначе, основно заједничко својство свих права интелектуалне својине којима се штите интелектуалне творевине).

27 „Приликом доношења ових прописа, формирање воље законодавца било је изложено једном развојном процесу који се, једноставно говорећи, може означити као повлачење на рате пред потребама истраживача у фармацији.“ (Volker Vossius, Oliver Vossius, „Die Patentierbarkeit der 2. medizinischen Indikation nach deutschem und europaischem Patentrecht“, *GRUR*, 1983, 485).

28 Закон о патентима Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон, 95/2018, 66/2019 и 123/2021, чл. 10 ст. 3 и 4.

29 Вашингтонски Споразум о интелектуалној својини у вези са интегрисаним колима (*Washington Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*).

Поменути Споразум ни до данас није ступио на снагу јер га је прихватио недовољан број држава.³⁰ Парадоксално, изостали су потписи свих развијених земаља које су произвођачи чипова.

Тек је TRIPS учинио променио ситуацију: својим чл. 35 он је обавезао све државе чланице да интегришу у своје прописе заштиту за топографије полупроводничких производа у складу са Вашингтонским Споразумом о интелектуалној својини у вези са интегрисаним колима. Последишно, тај облик права интелектуалне својине је ушао у законе свих чланица Светске трговинске организације, укључујући ЕУ и њене чланице.

Као резултат хармонизације прописа са TRIPS-ом и правом ЕУ, Србија има Закон о заштити топографија полупроводничких производа, који је 2019. амандиран Законом о изменама и допунама.³¹

Овај стопостотни правни трансплант у нашем праву може се упоредити са авионским мотором монтираним на тротинет. Другим речима, осим могућности да се легитимише као држава која је хармонизовала своје законодавство са прописима TRIPS-а и ЕУ, Србија је добила пропис чија се сврсисходност не може повезати са ефектима његове реалне примене (нема ни једне регистрације топографије), него тек са политичким ефектима испуњења услова европских интеграција.

в) Право жиџа

За разлику од патентног права, право жиџа је део права интелектуалне својине који не тражи високе економско-технолошко-развојне претпоставке за реализацију своје друштвене мисије. Зато оно није оптерећено проблематиком националног економског развоја, и може релативно складно функционисати у земљама веома различитих привредних прилика.

TRIPS уређује жигове на релативно општи и неутралан начин, чиме је Европској унији остављен простор да својим прописима уреди исту материју необично детаљно. То је урађено Директивом о хармонизацији прописа о жигу (која обавезује и Србију као државу кандидата за чланство у ЕУ), као и Уредбом о жигу ЕУ која је наднационални закон на целој територији ЕУ.³²

30 Прецизније, потписало га је 10 држава света, међу којима је и Србија, а ратификацију су извршиле само Босна и Херцеговина, Египат и Санта Луција.

31 Закон о заштити топографија полупроводничких производа, *Службени гласник РС*, бр. 55/2013.

32 Директива о хармонизацији прописа о жигу (*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the*

Домаћи Закон о жиговима је резултат настојања да се прописи у овој области „у потпуности“ хармонизују са поменутом Директивом и Уредбом.³³ За разлику од претходних примера, хармонизовано право жига је неспорни добитак и квалитет у домаћем законодавству. Ипак, ни ова правна трансплантација није без (донекле разумљивих) проблема. Они су, доминантно, техничког порекла, али са могућим суштинским последицама. Осврнућемо се на два примера: чл. 49 ст. 3 и чл. 54 ст. 2 тач. 3 Закона о жиговима.³⁴

У првом случају, реч је о трансплантацији чл. 10 ст. 3 Директиве о жиговима, који на енглеском почиње са: „*The following, in particular, may be prohibited under paragraph 2*“ (затим следи списак искључивих овлашћења титулара жига). Наш законодавац тај енглески текст преводи као: „У смислу става 2 овог члана носилац жига има право да забрани и следеће:“ (следи списак искључивих овлашћења). У српском језику „и следеће“ значи „не само оно што је набројано, него и још нешто друго“. На тај начин законодавац „откључава“ списак искључивих овлашћења титулара жига, чинећи га отвореним (*exempli causa*), а не исцрпним.

Евидентно је да је енглески термин „*in particular*“ преведен тако да значи „посебно“, „нарочито“ и сл. Доиста, та значења термина „*in particular*“ постоје у енглеском језику, али постоји и значење које једино има смисла у овом контексту, а то је „специјално“ одн. „то и ништа друго“.

У другом случају, одредба чл. 14 ст. 1. тач. 3 Директиве није целовито транспонована у чл. 54 ст. 2 тач. 3 Закона о жиговима. Из њега је изостављено да титулар жига не може да забрани другом лицу да у складу са добрим пословним обичајима користи у привредном промету тај знак у сврхе идентификације или упућивања на робу или услуге самог титулара жига (тзв. референцијално коришћење). Уместо тога, наш законодавац је прописао само један допуштени облик референцијалног коришћења туђег жигом заштићеног знака, а то је кад је његово коришћење неопходно ради назначења намене робе, односно услуге, посебно кад је реч о резервним деловима или прибору. Дакле, наш законодавац је потпуно игнорисао део текста ЕУ директиве о жиговима, који је сасвим нов у односу на претходну ЕУ Директиву о жиговима из

Member States relating to trade marks, OJ L 336, 23. 12. 2015).

Уредба о жигу ЕУ (*Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16. 6. 2017).*

33 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 6/2020.

34 Детаљније вид. Slobodan M. Marković, „The Referential Use of Another’s Trademark in the Context of Comparative Advertising“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović, Enis Omerović), Cham, 2021, 3–24.

2008. године. У нагађању шта би могао бити разлог за то, постоји један иронични моменат. Наиме, ЕУ законодавац је опште правило о допуштености референцијалног коришћења, с једне стране, и пример који је наш законодавац преузео, с друге стране, повезао речима „*in particular*“. Овог пута, међутим, имао је у виду оно супротно могуће значење тих речи: „нарочито“, а не „то и ништа друго“. Испада да је наш законодавац, опет сасвим игноришући контекст, и у овом случају одабрао погрешно значење енглеске фразе „*in particular*“.

Суштинске последице ових преводилачко-номотехничких пропуста нису занемарљиве. У првом случају, отвара се простор за тумачење да било која радња коришћења туђег жигом заштићеног знака може бити подведена под капу искључивог субјективног права. У другом случају, наш законодавац је релативно широко ограничење жига у случају тзв. референцијалног коришћења редуковао само на један случај (који је европски законодавац, иначе, дао само као пример). У оба случаја замисливи су спорови у којима би једна страна, позивајући се на слово Закона, могла инсистирати на свом праву које не би имала да је „хармонизација“ ваљано спроведена.

Поменуће номотехничке слабости свакако се не могу узети као пресудне приликом опште оцене ефеката хармонизације нашег права жига са правом ЕУ. Општа оцена је да су у наше право уведени модерни концепти који имају две особине. Једна је неспорно добра: законске норме су експлицитније и јасније, што је значајан допринос правној сигурности. Друга је проблематична јер афирмише отклон од традиционалне функције жигом заштићене ознаке (указивање на порекло производа, одн. спречавање забуне у промету) и приближавање идеји заштите репутације ознаке као вредности по себи, независно од опасности настанка забуне у промету. Проблематичност ове појаве узрокована је непознаницом да ли та појава представља резултат стабилног, иреверзибилног развоја права жига, или је реч о **пролазном** тренду јачања и ширења права интелектуалне својине и на друштвене односе који су раније били у домену слободе конкуренције.

ī) Ауторско и сродна њрава

Резултат хармонизације нашег ауторског и сродних права са правом ЕУ је тешко једнозначно оценити. Најупечатљивији утисак је да је у овој области трансплантација права вршена на механички начин, дописивањем преведених одредби из релевантних директива ЕУ. Важећи Закон о ауторском и сродним правима темељи се на терминологији и организационој структури Закона из 2009, који је у међувремену

амандиран четири пута.³⁵ Како је хармонизација прописа посао који нема краја, у току су радови на доношењу новог Закона.

Најочигледнија последица механичке трансплантације права јесте нарушавање структурне и термилошке кохерентности Закона, чиме је он постао, у номотехничком смислу, најслабији део домаћег законодавства у области права интелектуалне својине. Томе посебно иде на руку наглашено фрагментарни карактер ЕУ директива у овој области. Све оне се односе на ужа питања која је потребно јединствено уредити у циљу успостављања јединства унутрашњег тржишта ЕУ. Последица тога је да се у законски текст уносе посебна правила која су већ обухваћена општијим правилима која су одраније садржана у Закону.³⁶ Од оваквог номотехничког приступа штету трпи и структура Закона.³⁷

Истовремено, окупираност „хармонизацијом“, као условом европских интеграција, одвраћа нашег законодавца од труда да побољша и унапреди законски текст на местима где је то одавно налог струке и потребе домаће правне културе.³⁸ Сматрамо да је Србији у догледној

35 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 29/2016 – одлука УС и 66/2019.

36 Ево једног примера који се тиче ауторскоправног третмана прераде туђег ауторског дела. У нашем Закону од раније постоји опште правило да аутор има право да другоме забрани или дозволи коришћење ауторског дела које настало као прерада његовог дела (ЗАСП, чл. 19 ст. 1). То је једно од фундаменталних правила које каже да у обим ауторскоправне заштите улазе и дела прераде. Механичка трансплантација одредаба ЕУ Директиве о заштити рачунарских програма резултирала је нормом чл. 20 ст. 5 која гласи: „Аутор рачунарског програма има искључиво право да дозволи или забрани умножавање рачунарског програма који је настао као резултат прилагођавања, превођења, аранжирања или измене његовог рачунарског програма, без утицаја на права лица које је извршило такве измене.“ Евидентно је да је ова норма излишна, јер на примеру рачунарског програма као ауторског дела потврђује опште правило из чл. 19 ст. 1 ЗАСП-а.

Ево још једног примера који се односи на трансплантацију одредаба ЕУ Директиве о правној заштити база података (*Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases*, OJ L 77, 27. 3. 1996). У нашем Закону одувек постоји опште правило по којем „Ауторским делом сматра се и збирка, која с обзиром на избор и распоред саставних делова, испуњава услове из члана 2 став 1 овог закона.“ (ЗАСП, чл. 5 ст. 1). У поступку „хармонизације“, у ЗАСП је уграђена одредба чл. 5а, ст. 2, која гласи: „Ауторским делом сматра се база података која с обзиром на избор и распоред њене садржине испуњава услове из члана 2 став 1 овог закона.“ Другим речима, од свих могућих врста збирки (енциклопедија, зборник, антологија, графичка мапа...), наш законодавац је потврдио опште правило о збиркама на примеру базе података.

37 Као пример нека послужи Глава 2 „Ауторско право“, Одељак 1 „Ауторско дело“, у које је наш законодавац уградио дефиницију базе података, која није ауторско дело, да би се садржином права произвођача базе података бавио тек у Глави 3 „Сродна права“, Одељку 5 „Право произвођача базе података“.

38 Примера ради, у Глави 2 „Ауторско право“, Одељку 6 „Пренос ауторског права“ законодавац ствара конфузију појмова: пренос права, уступање права и промет пра-

будућности потребан комплетно изнова конципиран и писан законски текст, који ће правне транспланте интегрисати у своје ткиво на системски и термилошки рационалан начин, уз истовремено отклањање дуго постојећих појмовних неспоразума.

Суштински гледано, међутим, мора се констатовати да је трансплантација ЕУ права у наш ЗАСП донела неспорна освежења, рационална решења (посебно у области судске заштите права) и повећала укупну правну сигурност.

IV Закључак

Током неколико минулих деценија једини покретач законодавних процеса у материјалном праву интелектуалне својине у Србији јесте императив хармонизације са прописима ЕУ.³⁹ Тај императив се извршава кроз текући процес трансплантације међународног и иностраног права у домаће право. Покушаћемо да тај процес оценимо кроз Вотсонове категорије: сила притиска, препозната потреба, дискрециони фактор, ширина области регулисања, извор права, инерција и сила отпора.

У нашем контексту, *силу ирријиска* бисмо најшире могли одредити као групу најразвијенијих земаља света које своју идеологију и праксу заснивају на идеји неолибералног глобализма. У ужем смислу, за Србију, сила притиска је ЕУ, која идеји глобализма додаје још један слој: изградњу јединства унутрашњег тржишта. *Прејознајта иојпреба* јесте да у свим земљама мора владати висок стандард заштите интелектуалне својине, независно од локалних привредних прилика, како би свет постао глобално тржиште. ЕУ је ову *ирејознајту иојпребу* унапредила у захтев за хармонизацијом и унификацијом прописа у складу са њеним директивама и уредбама. *Ширина рејулисања* је огромна. Реч је о целини системских законских норми којима се утврђују и распоређују искључива имовинска права на нематеријалним добрима, чиме се ограничава конкуренција. С обзиром на толику ширину регулисања, трансплантација се спроводи путем „прања“ прописа кроз међународне споразуме као *изворе ирава*. *Ти извори ирава* се проглашавају међународним правним стандардима, чиме се политички стигматизује свако

ва. Та конфузија, затим, прожима целу материју уговора, наслеђивања и промета права на основу закона. Последично, Закон је у сукобу са теоријом и удбеницима, који у законодавном процесу бивају перманентно и арогантно игнорисани.

39 Истини за вољу, мора се признати да је један део законодавне активности приликом доношења важећег Закона о ауторском и сродним правима био резултат потребе за прецизнијим уређењем материје организација за колективно остваривање ауторског и сродних права.

ко такве стандарде не прихвата. Улогу институције коју је почетна *сила њриџиска* одредила као инструмент за глобално „прање“ прописа јесте СТО, чиме је Светској организацији за интелектуалну својину одузета дотад искључива надлежност за међународно нормирање права интелектуалне својине. Ово отимање надлежности је било нужно за *силу њриџиска*, како би она овде могла да изнуђује пристанак држава чланица путем царина и квота које су такође у надлежности СТО. Дакле, *ширина реџулисања* је детерминисала „прање“ прописа да би се сузбио *дискрециони фактор* у државама рецепције трансплантата. Наиме, свака држава, па и Србија, нема слободу да из *извора њрава* дискреционо пробере оно што јој одговара, а изостави оно што није у њеном интересу. ЕУ као *сила њриџиска* има још чистију ситуацију: њени прописи као *извор њрава* (тзв. *acquis communautaire*) су *дискрециони фактор* скоро елиминисали.

Инерција је фактор који омета трансплантацију ЕУ права у Србију. То је један објективан и неплански фактор који се доминантно испољава кроз ограничени капацитет државних и других институција да обезбеде несметани живот реципираном праву (нпр. организационе и кадровске слабости судског система). Уз то, свакако постоје и свесне *силе оџџора* које (било због партикуларних, било због општих интереса) оспоравају легитимитет описаној трансплантацији права. Питање легитимитета нас води директно у поље политике (*pro et contra* евроинтеграције Србије), што излази изван оквира овог рада.

Коришћена литература

- Berkowitz Daniel, Pistor Katharina, Richard Jean-Francois, „The Transplant Effect“, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, Nr. 1/2003.
- Legrand Pierre, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, Nr. 2/1997.
- Marković Slobodan M., „The Referential Use of Another’s Trademark in the Context of Comparative Advertising“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Zlatan Meškić, Ivana Kunda, Dušan V. Popović, Enis Omerović), Cham, 2021.
- Marković Slobodan, „Uticaj ujednačavanja evropskog patentnog prava na jugoslovensku farmaceutsku i hemijsku industriju“, *Gospodarski vidiki sodelovanja Jugoslavije z Evropsko skupnostjo po letu 1991* (ur. Friedrich Karl Beier, Joseph Straus), Ljubljana, 1991.

- Miller Jonathan M., „A Typology of Legal Transplants – Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, Nr. 4/2003.
- Robert Sunstein Cass, „Social Norms and Social Roles“, *Columbia Law Review*, Vol. 96, Nr. 4/1996.
- Shi Wei, *Intellectual Property in the Global Trading System*, Berlin, 2008.
- Vossius Volker, Vossius Oliver, „Die Patentierbarkeit der 2. medizinischen Indikation nach deutschem und europaischem Patentrecht“, *GRUR*, 1983.
- Hosein Ian, „The Sources of Laws: Policy Dynamics in a Digital and Terrorized World“, *The Information Society International Journal*, Vol. 20, Nr. 3/2004.
- Watson Allan, „Comparative Law and Legal Change“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 27, Nr. 2/1978.

Slobodan M. MARKOVIĆ, PhD

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

THE POSITION OF SERBIA IN THE GLOBAL AND EUROPEAN HARMONIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Summary

The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) from 1994 triggered the process of transplantation of a neoliberal model of intellectual property protection from Western highly industrialized countries to the rest of the world, including the least developed countries.

Because of its political aspirations, Serbia has the obligation to implement TRIPS and the law of the European Union. Consequently, the legal profession in Serbia is currently preoccupied with harmonization, and not with the creation of norms that are in the function of the country's development interests. Thus, the criterion for assessing the quality of regulations has become their compliance with EU law, and not their correspondence with the need for national development and well-being.

With several examples of transplants of intellectual property law from the EU, the author illustrates two contradictory phenomena that characterise this

process. Firstly, narrowing the space for the national legislator to adopt a norm that would correspond much better to the current national need. Secondly, leap forward of the domestic legislation on the basis of indisputable values of the European economic and cultural world.

Key words: *Legal Transplantation. – Harmonization of Law. – TRIPS. – European Union. – Globalization. – Neo-liberalism.*

Датум пријема рада: 30. 6. 2022.

Датум прихватања рада: 31. 7. 2022.

УДК: 004.4:34 ; 349::007

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22302A

др *Преграј Н. ЦВЕТКОВИЋ*^{*}
редовни професор Универзитета у Нишу – Правног факултета,
Србија

ПРИМЕНА ТЕХНОЛОГИЈЕ У ПРАВНОМ КОНТЕКСТУ: ПРИМЕР *LEGALTECH-A*^{**}

Сажетак

Технологија најређе је експоненцијално, док знање о технологији расте линеарно. Из овој разлоја технолошки најређак често има реметилачки (енг. disruptive) ефекат на све области друштва, па и на право. Дисциплина која изучава примену технологије на право назива се LegalTech. У економском смислу, LegalTech је део привреде који повезује технолошко пржиште са пржиштем правних услуга. Према критеријуму сћејена улива технологије на традиционалне задатке правне струке, област LegalTech-а дели се на LegalTech 1.0, 2.0. и 3.0. Развој LegalTech-а укључује следеће области: анализу текста, претраживање информација, аутоматизација услуга и предиктивну анализу. Насио као резултат дигитализоване друштвене свести, LegalTech је ту да остане. Најори академске заједнице кључни су за правно реулисан, технолошки уравнотежен и социјално контролисан развој LegalTech феномена. Примена

^{*} Електронска адреса аутора: *peri@prafak.ni.ac.rs*.

^{**} Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

технолојије у праву не значи аутоматизацију по сваку цену – она би требало да се заснива на комплементарности најора људи и учинка те технолојије у дружању оптималној квалитетној правних услуга.

Кључне речи: Право и технологија. – Паметни уговори. – Право и програмирање. – Конвертовање људској језика у код. – Логичко програмирање.

I Увод

Дигитализација је технологија опште примене (енг. *General Purpose Technology*) од најширег друштвеног значаја; она није фрагмент друштвене стварности који има повремену интеракцију са правним нормама. Стога, „дигитализован“ приступ мора да постане део институционалне меморије правног дискурса. Технологија напредује експоненцијално, док знање о технологији расте линеарно. Из овог разлога технолошки напредак често има реметилачки (енг. *Disruptive*) ефекат на све области друштва, па и на право. Теза о линеарном расту знања о технологији посебно је квалификована када се ради о правницима који су по дефиницији склони догматизму и мање спремни за искорак.

Ниво регулаторног оптерећења све је већи. Имајући у виду бројност и обим домаћих и међународних извора, решавање одређеног правног питања захтева преглед хиљада страница материјала који се налазе у документима различитим по пореклу, правној снази, карактеру и циљу. Све већи број прописа генерише комплексне, обимне и ресурсно интензивне правне задатке. Ове задатке могу да обављају правници: ипак, примена технолошких решења је дугорочно ефикаснија (а самим тим и економски исплативија): у овој чињеници лежи мотив за примену технологије у праву.

Док се правна информатика и њене сродне научне дисциплине баве академским истраживањем и стварањем теоријских основа за потребе будуће имплементације, развила се читава индустрија која примењује дигиталну технологију на правну област: ова се област назива *LegalTech* (технологија примењена на право; енг. *Legal Technology*).

LegalTech заснива се на коришћењу савремених информатичких технологија у области права (правној пракси, пре свега). У економском смислу, *LegalTech* је део привреде који повезује технолошко тржиште са тржиштем правних услуга. Стога, није изненађујуће са становишта применљиве терминологије да је употреба „правне информатике“ и сродних дисциплина преовлађујућа у академској литератури, док концепт

LegalTech користе углавном правници практичари или технолошки предузетници који своје производе нуде правном сектору.

Сваки нови талас технолошких промена унапређивао је и аутоматизовао компоненте рада адвоката. То је довело до убрзаног развоја *LegalTech-a* током последњих неколико година.

II Систематизација *LegalTech-a*

Не постоји опште прихваћена систематизација фаза развоја *LegalTech* феномена. Чини се да највише оправдања има подела заснована на степену уплива технологије на (до тог уплива) традиционалне задатке правне струке.¹ Ова је подела тростепена: *LegalTech* 1.0, 2.0. и 3.0.

LegalTech 1.0 подразумева технологију и софтвер који имају карактер помоћног алата за рад правника (софтвери за обраду текстова, програми за видео конференције, он-лајн едукацију итд.). Описани алати не мењају традиционални начин функционисања правне струке: оно на шта утичу је формат комуникације.

LegalTech 2.0 уз помоћну функцију додаје и аутоматизацију одређених радњи које се предузимају у оквиру правног позива. У ова решења се убрајају и паметни уговори² или тзв. „токенизација правних процеса“.³

1 Вид.: Markus Hartung, Michael Bues, Gernot Halblieb, *Legal Tech: How Technology is Changing the Legal World*, C.H. Beck, München, 2018, 5; Oliver R. Goodenough, „Getting to Computational Jurisprudence 3.0“, *The Challenge of Innovation in Law 2015*, доступно на адреси: https://iris.unitn.it/bitstream/11572/111654/1/santosuosso-goodenough-tomasi_challenge_2015.pdf#page=20, 1. 3. 2022.

2 Паметни уговори су самоимплементирајући и самоизвршиви компјутерски програми засновани на програмском алгоритму. Реч је о компјутерским програмима који аутентификују, омогућавају, и имплементирају норме уговора садржане у програмском коду. Једном када се уговор стави у програмски код, једини начин на који се може одвијати извршење програма (који је „превод“ уговора у традиционалном смислу) је према тако учитаном коду. Аутор канонске дефиниције паметног уговора је Ник Сабо. Он опредељује паметни уговор као компјутерски протокол (програм) за реализацију трансакције у складу са условима уговора. Апарати за самопослуживање (енг. *vending machines*) су илустрација функционисања паметног уговора: програмирани су да када се испуне одређени услови (и када је новац убачен у машину) производ буде испоручен без потребе за људском интервенцијом. О паметним уговорима вид. више у Предраг Н. Цветковић, „Синтеза правног текста и програмског кода: случај рикардијанског уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 90/2021, 61–76.

3 Токенизација је дигитализован процес издавања токена на блокчејну који садрже у себи неко право. Токен је дигитални фајл који представља право које је у њему садржано. Токенизација је нови облик дигитализације имовине. Право садржано у токenu може бити свако право које је подобно да добије свој дигитални облик:

Конечно, постоји фаза развоја *LegalTech* 3.0, у оквиру које се циљ технологије не исцрпљује у акцесорној улози и аутоматизацији: у оквиру ове фазе установљава се оквир за доношење аутономних одлука. *LegalTech* 3.0 је ознака за технолошки систем који доноси одлуку на основу независно прикупљених података и учења.⁴

III Карактеристике вештачке интелигенције од значаја за *LegalTech*

У академској заједници постоји интензивна дебата о будућем регулаторном оквиру за вештачку интелигенцију, укључујући одговорност за њене одлуке. На овом месту ваља указати на дилеме везане за коришћење израза „вештачка интелигенција“.

Вештачка интелигенција обухвата методе којима се омогућава да машине обављају задатке који захтевају људски интелект: у најкраћем, вештачка интелигенција претпоставља способност рачунара да покаже когнитивне способности, односно да опонаша функционисање људског ума.

Постоји разлика између јаке и слабе вештачке интелигенције. Слаба вештачка интелигенција се фокусира на извршавање одређеног задатка на основу унетих уноса: уноси се обрађују кроз алгоритам и

право својине на покретној или непокретној ствари, удео у привредном друштву, право интелектуалне својине, финансијски инструмент, право на учествовање у добити (право на дивиденду), право на камату, право да се захтева испуњење одређене чинидбе и слично. Закон о дигиталној имовини (*Службени гласник РС*, бр. 153/2020, чл. 2 ст. 1 тач. 2) дефинише дигитални токен као врсту дигиталне имовине који означава било које нематеријално имовинско право које у дигиталној форми представља једно или више других имовинских права, што може укључивати и право корисника дигиталног токена да му буду пружене одређене услуге. Законом о дигиталној имовини Републике Србије предвиђене су три врсте дигиталне имовине: виртуелне валуте, дигитални токени и стабилна дигитална имовина. У теорији, различити појединачни облици дигиталне имовине уобичајено се сврставају у једну од четири основне врсте те имовине: 1) криптовалуте – које представљају средство плаћања попут готовог или електронског новца; 2) инвестиционе токене – који дају права слична правима повезаним са пословањем привредних друштава (нпр. право на дивиденду, право гласа и сл.); 3) корисничке токене – који дају право на коришћење робе или пружање услуга у оквиру унапред одређеног затвореног система; 4) хибридне токене – који имају обележја два или више напред наведених токена, служе различитим сврхама, а сврха се неретко мења током њиховог постојања. Вид. Alexis Collomb, Primavera De Filippi, Klara Sok, „Blockchain Technology and Financial Regulation: A Risk-Based Approach to the Regulation of ICOs“, *European Journal of Risk Regulation*, Nr. 10/2019, 263–264.

4 LegalTech 3.0. почива на машинском учењу. О машинском учењу вид. више у делу III.

добије се очекивани резултат. Јака вештачка интелигенција обавља функције на начин да током времена развије способности сличне когнитивним (уместо да их само симулира, као што је то случај са „слабом“ вештачком интелигенцијом).

Уз израз „вештачка интелигенција“, често се као заменљиви користе и изрази „машинско учење“ и „машинска интелигенција“. У оба се случаја ради о подврстама вештачке интелигенције.

Машинска интелигенција је погодан назив за означавање технолошких апликација у области права јер покрива читав спектар функција (учење, решавање проблема, одређивање приоритета) које те правне технолошке апликације нуде. Машинска интелигенција је облик слабе вештачке интелигенције: програм омогућава да машина функционише у одређеним аспектима као људска интелигенција (нпр. да одређује приоритете приликом решавања одређених проблема). Функције машинске интелигенције су далеко од онога што би јака вештачка интелигенција (тј. хипотетичка машина са когнитивним способностима човека) могла да обавља.

Машинско учење (енг. *Mashine Learning*; даље „МЛ“) је грана вештачке интелигенције чији је циљ конструисање алгоритама и рачунарских система који су способни да се адаптирају на аналогне нове ситуације и уче на бази искуства. МЛ је вештачка интелигенција која се усредсређује на податке, при чему рачунар користи алгоритме уграђене у софтвер да из тих података учи и да се аутоматски побољшава кроз искуство тог учења. Циљ МЛ алгоритама је да се изгради модел заснован на узорку података који може доносити одлуке или предвиђања о новим, раније непознатим узорцима података, а да није експлицитно програмиран да то уради. МЛ се користи у широком спектру апликација, попут препознавања слика или говора, аутоматско превођење језика, управљање аутономним превозним средствима (средствима без возача).

Такође, постоји разлика између „надгледаног“ машинског учења (енг. *supervised*), и машинског учења „без надзора“ (енг. *unsupervised*).⁵

5 Надгледано учење подразумева да алгоритам располаже подацима који су већ повезани са очекиваним излазом. Пример за надгледано учење је предвиђање цена некретнина. За функционисање алгоритма МЛ-а потребни су подаци о некретнинама: квадратура, број соба, карактеристике, да ли кућа има башту или нема итд.; затим је потребан податак о ценама ових кућа. Користећи податке који долазе из великог броја некретнина, њихове карактеристике и цене, могуће је да се развије надгледани модел машинског учења способан да предвиди цену нове куће на основу примера које алгоритам обрађује. Подаци који се уносе у алгоритам се обрађују у циљу дефинисања цене (одређен је / мапиран циљ / излаз због којег се подаци уносе у процес алгоритамске обраде). Машинско учење без надзора (ненагледано) значи да алгоритам нема везу / мапу ка очекиваном одговору (као што је питање цене код надгледаног учења), већ је потребно да се на улазу

IV Правци развоја *LegalTech*-a

У оквиру *LegalTech* развоја као сектора практичне примене информатичких достигнућа у области права, појавиле су се следеће перспективне области развоја: анализа текста, претраживање информација, аутоматизација услуга и предиктивна анализа.

1. Анализа текста

Анализа текста у контексту *LegalTech*-a подразумева аутоматско сортирање неструктурираних текстуалних података у циљу проналажења релевантних информација. Огромна количина информација захтева анализу која је компликована, скупа и временски неефикасна. Добро дизајнирани алгоритми могу анализирати хиљаде докумената боље и брже од најбољег правника. Такви алати претражују документе и аутоматизују избор правног концепта или правног поступања у конкретном случају чиме смањују ризике погрешног тумачења норме.

Софтвер за анализу текста се користи како би се откриле нове информације или помогло да се одговори на специфична истраживачка питања из великог броја докумената. Најпре се прикупљају неструктурирани подаци из текста. Затим се откривају и уклањају аномалије издвајањем релевантних информација. Након екстракције релевантних података, софтвер конвертује информације у структурирани облик који се даље може анализирати.

Анализа текста користи различите методе за обраду текстова, а једна од најважнијих је *Natural Language Processing* (конвертовање природног језика).⁶ Напредни софтвер за анализу текста комбинује ана-

дефинише структура податка који добија. Пример за ненадгледано машинско учење је кластеризација (груписање) информација где је циљ проналажење кластера улазних података. Груписање се обично користи за одређивање сегмената купаца у маркетиншким подацима. Могућност да одреде различите сегменте купаца помаже маркетиншким тимовима да приступе овим сегментима купаца на јединствен начин (ради се о карактеристикама као што су пол, старост, образовање, место становања, висина дохотка и слично). Пример за „ненадгледано“ машинско учење је и: груписање ДНК образаца за анализу еволуционе биологије у генетици; системи препорука, који укључују груписање корисника медија са сличним обрасцима бирања садржаја како би се препоручио сличан садржај; откривање неисправних механичких делова на уређајима (тј. антиципација потребе за одржавањем).

6 Правни документи пишу се на природном језику. Компјутери не разумеју овај језик, чак и када тај језик користи концизне сентенце писане у структурираној правној прози. Природан језик је експресиван, али инхерентно двосмислен и неодређен. Са друге стране, програмски језици имају за циљ управо елиминисање неодређености. Конвертовање правила из уговора на „природном језику“ у програмски код захтева да се превазиђе разлика између ова два начина изражавања. Технике

литику текста са технологијом машинског учења и обрадом природног језика како би се аутоматски идентификовале и структурирале релевантне информације из текстуалних података садржаних у правним документима.⁷

2. Претраживање информација

Основни предуслов за функционисање правног система као таквог је његова универзалност и доступност информација о важећим правним нормама: описана доступност је темељ правне претпоставке да постоји знање о праву субјектата заснованог на одређеној норми. Стога не треба да чуди што је аутоматска претрага правних информација од почетка била један од главних задатака коришћења технологије у правном контексту.

„Аналогно“ претраживање огромних (првобитно на папиру) база података увек је представљало значајан изазов у правној пракси. Ради се једном од кључних, али истовремено и најзахтевнијих послова за правнике. Упоредо са развојем права и појавом феномена „регулаторне инфлације“ (која је омогућавала „затрпавање документима“), то језгро правног посла постало је оптерећујуће на начин који утиче на квалитет правне анализе.

Вредно је напоменути да, иако се на правнике никада није гледало (и још увек се не гледа) као на технолошку авангарду, први системи за проналажење текстуалних информација су створени захваљујући њиховим напорима. Ово не би требало да изненади: право је област заснована на тексту и потреба за коришћењем текстуалних информација у правној пракси понекад далеко превазилази такву потребу у другим областима друштвеног живота. У складу с тим, постојао је мотив правника да активно учествују у раду на аутоматизацији преузимања информација из правних докумената.⁸

„конвертовања природног језика“ ослањају се на статистичке и стохастичке анализе, а не на установљавање механизма за одређивање смисла. Илустрације ради, у програмском језику реч „испука“ посматра се само као низ симбола (енг. *string*), а не назив за обавезу продавца да преда робу купцу – за програмски код она је објекат који захтева формализоване инструкције и дефинисање секвенци поступања усмерених ка предаји робе од продавца купцу. Рачунар анализира правну прозу (не чита га у контексту писаног текста) тако што је дели, детектује обрасце и дефинише статистичке податке о анализираном тексту. Вид. више Brian S. Haney, „Applied Natural Language Processing for Law Practice“, 2020, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483758, 1. 3. 2022.

7 Вид. на пример пројекат *Kira Systems*, доступно на адреси: <https://kirasystems.com>, 1. 2. 2022.

8 Успеси комерцијалне имплементације у домену тражења правних информација у закону очигледно су одговарали развоју истраживања у тој области. Од једно-

Постоје два главна приступа проналажењу правних информација. Први концепт је заснован на закључивању заснованом на претходним правним ситуацијама (одлукама, ставовима; енгл. *Case-Based Reasoning* – ЦБР): примењује се у пољу вештачке интелигенције и филозофије закључивања усмереног на решавање нових проблема на основу решења сличних проблема у прошлости. Претраживање функционише кроз постојање јасно дефинисаних правних појмова, структура и њихових међусобних односа које омогућавају организовање информација на начин који отвара простор за њихово претраживање. Други приступ темељи се на техникама конвертовања природног језика (*Natural Language Processing* – НЛП).⁹ НЛП је домен вештачке интелигенције који се бави аутоматизацијом анализе, преводом језичке конструкције и генерисањем природног језика од стране рачунарског система. Претпоставка овог система је да правне информације могу да буду организоване на различите начине. Стога НЛП омогућава да се упит о одређеној информацији унесе на природном језику – језику људске комуникације (неформалном језику посматрано из перспективе програмског кода). Тиме се омогућава интеракција човека и рачунара кроз људски језик: подаци у форми људског језика конвертују се у форму разумљиву рачунарском систему који потом из њих преузима одговарајуће значење.

3. Аутоматизација правног одлучивања

Питање у вези са конструкцијом машине способне да суди у правним предметима је изненађујуће рано покренуто. Лусиен Мал први је изложио не само могућност аутоматизације преузимања правних информација, већ и могућност аутоматизације правног расуђивања.¹⁰ Аутоматизацију правног расуђивања посматрао је кроз две визуре: ужу и ширу.

Ужа визура је била дефинисана кроз доношење одлука у оквиру одређене специјализоване правне области. Ширу визуру претпостављало је постојање „машине за консултације“ која би правнику дала

ставне претраге засноване на кључној речи, истраживање информација у праву је прошло дуг процес. Треба истаћи да су се произвођачи база података комерцијалних правних информација дуго уздржавали од преласка на напредније приступе претраживању. Ово је наишло на критике корисника ових система што је приморало компаније да активније прате тренд развоја вештачке интелигенције. Генезу развоја претраживања правних информација вид. у Jon Bing, „Let there be LITE: a brief history of legal information retrieval“, *European Journal of Law and Technology*, Nr. 1/2010, доступно на адреси: <http://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/15>, 1. 3. 2022.

9 Вид. напомену 6 и пратећи текст.

10 Lucien Mehl, *Mechanisation of Thought Processes*, London, 1959, 757 и даље.

савете у питањима везаним за више правних области; била би заснована на класичној логици као могућем методу аутоматизације у области права. Претпоставке је илустровао на примеру машине која решава правна питања из области пореског права. Пореско право има често бинарну природу (нпр. примењује се једна или друга пореска стопа) и стога је постало једна од првих грана у којој је функционални систем аутоматизације нашао реалну примену.¹¹ Убрзан развој истраживања вештачке интелигенције и права резултирао је преласком са чисто теоријских разматрања на практичне акције.¹²

Научни приступ аутоматизацији одлучивања у делокругу закона, а самим тим и приступ његовој примени, развијају се паралелно са општим трендовима у области истраживања вештачке интелигенције. Разликују се два приступа.

Први приступ вештачку интелигенцију заснива на класичној логици и њеним симболима. Логика спада у аналитички арсенал сваког правника. Правници су одувек користили логику. Сама конструкција норме (диспозиција и санкција) погодује представљању у форми логичког исказа. Правници логику схватају интуитивно: ипак, њено коришћење за формално представљање (па и рашчлањивање) правног правила захтева додатна знања. Ова знања су тим пре неопходна што постоје правила која нису подобна за логичко представљање: празнине, двосмисленост или нејасноћа неретко су свестан избор креатора норме (па и уговора) како би се обезбедила маргина флексибилности функционисања уговора. Структура уговора (корелација права и обавеза праћена одговорношћу за неизвршење) погодује представљању у логичким исказима. Пионир у овом смислу је Лејман Ален (енг. *Layman*

11 Пример примене алгоритамске обраде на пореско законодавство је ТАКСМАН (*TAXMAN*) систем намењен рачунарском моделирању изабраних одредби законодавства Сједињених Америчких Држава којима се уређује опорезивање статусних промена корпорација (спајање, припајање, подела, издвајање). Систем је био у стању да спроведе једноставно правно резонување и да на основу описа случаја који се односи на статусне промене предузећа анализира изнете чињенице у смислу одабраних правних концепата садржаних у одредбама пореског законодавства. Вид. Thorne L. McCarty, „Reflections on TAXMAN: An experiment in artificial intelligence and legal reasoning“, *Harvard Law Review*, Nr. 90/1976, доступно на адреси: https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/hlr90§ion=51, 31. 1. 2022, 837–893.

12 Логичко програмирање коришћено је за формализовање Закона о британском држављанству из 1981. Упркос чињеници да је предметни закон показивао типичне законодавне проблеме (лексичка сложеност, двосмисленост и позивање на до сада уведене законе), већи део тог закона је успешно преведен у програмски језик под називом „Пролог“. Вид. Marek J. Sergot, Fariba Sadri, Robert Kowalski, F. Kriwaczek, Peter Hammond, H. T. Cory, „The British Nationality Act as a Logic Program“, доступно на адреси: http://epilog.stanford.edu/logicprogramming/readings/british_nationality.pdf, 31. 1. 2022, 370–386.

E. Allen). Он је развио метод формулисања уговорних одредби (енг. *Writings in signs*) симболима формалне логике.

Норма се претвара у алгоритам путем системског рашчлањивања (пулверизације) правног текста кроз логичку матрицу чиме се омогућава процес алгоритмизације уговора кроз кораке. Однос примарних елемената уговора дефинише логички однос између њих коришћењем шест оператора.¹³ Други концепт укључује „расплинуту“, „фази“ (енг. *fuzzy*) логику.¹⁴ Овај концепт заснован је на примени машинског учења у правном контексту.¹⁵

4. Предиктивна анализа

Предиктивна анализа се састоји у аутоматском предвиђању вероватноће да ће се одређени догађаји десити у будућности на основу историјских података; нпр. предвиђање исхода судских поступака на основу података о постојећој пракси судова, као и чињеницама у предмету чији се исход предвиђа.¹⁶ Заснована је на напредним моделима машин-

- 13 Ален користи формалну логику за експресију уговора употребом шест операција: импликације, коимпликације, коњукције, ексклузивне дисјункције, инклузивне дисјункције и негације. Анализом силогизама правних текстова обезбедио је основ за савремено истраживање о начинима на које се програмски језици могу користити за дефинисање правних докумената (пре свега уговора): тиме се омогућава раздвајање конститутивних елемената у правном документу и сведено дефинисање логичког односа између њих. Предност описане анализе је могућност детектовања и контрадикторности текста, као и различитих опција за интерпретацију норме (има ставова да је систем изражавања дефинисан правилима формалне логике прецизан и да допушта једноставно секвенцирање, али је за право недовољно експресиван. Вид. више Предраг Н. Цветковић, „Уговор као алгоритам: уводна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 92/2021, 15–34.
- 14 Расплинута логика (енг. *fuzzy logic*), за разлику од класичне логике дефинише аналитички апарат којим се могу моделирати искази чија истинитосна вредност може припадати континуалном прелазу од тачног ка нетачном. Ово се остварује дефинисањем скупа „расплинутих вредности“ који свакој вредности даје степен истините вредности у континуираном опсегу од неистинитог до потпуно тачног. Вид. више у: Célia da Costa Pereira, Andrea G. B. Tettamanzi, Beishui Liao, Alessandra Malerba, Antonino Rotolo, Leendert van der Torre, „Combining fuzzy logic and formal argumentation for legal interpretation“, *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2017, доступно на адреси: <https://www.academia.edu/download/76687461/document.pdf>, 31. 1. 2022, 49–58; Farnaz Sabahi, Mohammad-R. Akbarzadeh-T., „Introducing validity in fuzzy probability for judicial decision-making“, *International Journal of Approximate Reasoning*, Nr. 6/2014, доступно на адреси: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0888613X13002922>, 31. 1. 2022, 1383–1403.
- 15 О машинском учењу видети више у делу III.
- 16 Spencer Williams, „Predictive Contracting“, *Columbia Business Law Review*, Nr. 1/2019, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/856/>, 31. 1. 2022, 621–695.

ског учења. Алгоритми се већ користе на различите начине у доношењу одлука о финансирању судских спорова. Овакву услугу нуди немачка компанија за финансирање судских спорова „Iubel“: реч је о компанији која наплаћује потраживања потенцијално оштећених и преузима правне трошкове њихове заштите. Алгоритми се користе за израчунавање шанси за правну победу и повезаних ризика за неуспех у спору. Страна која процењује да ли ће или не учествовати у спору може да процени да ли судски спор има смисла и да ли потенцијални удео у добити на који имају право у случају победе покрива ризик.¹⁷ Кључна препрека је квалитет података који се уносе у процесе машинског учења.

V Закључак

Кључни нетехнолошки изазови везани за развој *LegalTech* концепта не мењају се. Машина може да предложи решења, али не може да формулише правила. Човек је тај који дефинише правне принципе. Време није одузело валидност тези да ће аутоматизовани систем у оквиру права бити успешнији у анализи одредби правних извора (било да се ради о прописима или правним одлукама у форми пресуде, управног акта или арбитражне одлуке) него у области расуђивања везаног за чињенице конкретног случаја и дефинисање образложења правног става заснованог на доказима.

Неспорно је да преклапање права и технологије постоји: *LegalTech* је ту да остане. Он је настао као резултат нове, дигитализоване друштвене свести која генерише и одређену социјалну снагу. Том снагом утиче на све процесе, укључујући настанак, примену и контролу примене правне норме. Постоји и одређена дихотомија у овом процесу: док правна јуриспруденција радо истражује „технолошке“ области у закону, правно тржиште карактерише конзервативан приступ новим технологијама и спорост у примени иновација у пракси.

Једна од опасности у овом смислу је што је савремена технологија омогућила неограничен приступ било којој правној информацији. То доводи до превеликог прилива података чиме се, као што је речено, правно одлучивање „затрпава“ информацијама. Ово је тешкоћа за „аналогну“ анализу правних докумената, али и за анализу засновану на аутоматизацији. Велики и стално растући број електронских база података доступних на мрежи, испуњених стотинама хиљада судских одлука, заједно са способношћу стварања предиктивних модела заснованих

17 Вид. више Iubel, So funktioniert der Rechtsschutz ohne Wartezeit, доступно на адреси: <https://iubel.de/#so-funktioniert-der-rechtsschutz-ohne-wartezeit>, 31. 12. 2021.

на тим одлукама, креира комплексне ситуације чак и у случајевима једноставне употребе технологије у области права.

Напори академске заједнице се имају посматрати са пуним поштовањем: без њих не би било могуће постојање и настанак *LegalTech* тржишта. Ово тржиште мора да буде сагледано на начин који не тражи аутоматизацију по сваку цену, већ настаје као већ комплементарна веза напора људи и учинка технологије у пружању највишег могућег квалитета правних услуга.

Коришћена литература

- Bing Jon, „Let there be LITE: a brief history of legal information retrieval“, *European Journal of Law and Technology*, Nr. 1/2010, доступно на адреси: <http://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/15>, 1. 3. 2022.
- Goodenough Oliver R., „Getting to Computational Jurisprudence 3.0“, *The Challenge of Innovation in Law 2015*, доступно на адреси: https://iris.unitn.it/bitstream/11572/111654/1/santosuosso-goodenough-tomasi_challenge_2015.pdf#page=20, 1. 3. 2022.
- da Costa Pereira Célia, Tettamanzi Andrea G. B., Liao Beishui, Malerba Alessandra, Rotolo Antonino, van der Torre Leendert, „Combining fuzzy logic and formal argumentation for legal interpretation“, *Proceedings of the 16th edition of the International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2017, доступно на адреси: <https://www.academia.edu/download/76687461/document.pdf>, 31. 1. 2022.
- McCarty Thorne L., „Reflections on TAXMAN: An experiment in artificial intelligence and legal reasoning“, *Harvard Law Review*, Nr. 90/1976, доступно на адреси: https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/hlr90§ion=51, 31. 1. 2022.
- Mehl Lucien, *Mechanisation of Thought Processes*, London, 1959.
- Sabahi Farnaz, Akbarzadeh-T. Mohammad-R., „Introducing validity in fuzzy probability for judicial decision-making“, *International Journal of Approximate Reasoning*, Nr. 6/2014, доступно на адреси: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0888613X13002922>, 31. 1. 2022.
- Sergot Marek J., Sadri Fariba, Kowalski Robert, Kriwaczek F., Hammond Peter, Cory H. T., „The British Nationality Act as a Logic Program“, доступно на адреси: http://epilog.stanford.edu/logicprogramming/readings/british_nationality.pdf, 31. 1. 2022.
- Haney Brian S., „Applied Natural Language Processing for Law Practice“, 2020, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3483758, 1. 3. 2022.

Hartung Markus, Bues Michael, Halblieb Gernot, *Legal Tech: How Technology is Changing the Legal World*, C.H. Beck, München, 2018.

Цветковић Предраг Н., „Синтеза правног текста и програмског кода: случај рикардијанског уговора“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 90/2021. (Cvetković Predrag N., „Sinteza pravnog teksta i programskog koda: slučaj rikardijanskog ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 90/2021)

Цветковић Предраг Н., „Уговор као алгоритам: уводна разматрања“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 92/2021. (Cvetković Predrag N., „Ugovor kao algoritam: uvodna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 92/2021)

Collomb Alexis, Filippi Primavera De, Sok Klara, „Blockchain Technology and Financial Regulation: A Risk-Based Approach to the Regulation of ICOs“, *European Journal of Risk Regulation*, Nr. 10/2019.

Williams Spencer, „Predictive Contracting“, *Columbia Business Law Review*, Nr. 1/2019, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/pubs/856/>, 31. 1. 2022.

Predrag N. CVETKOVIĆ, PhD

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

APPLICATION OF TECHNOLOGY IN LEGAL CONTEXT: THE CASE OF LEGALTECH

Summary

Technology is advancing exponentially, while knowledge of technology is growing linearly. This is the very reason for a disruptive effect technological progress often has on all areas of society including law. The discipline that studies the application of technology to law is called LegalTech. In economic terms, LegalTech connects the technology market with the legal services' providers. Using the degree of influence of technology on the traditional tasks of the legal profession as the criterion, the field of LegalTech is divided into LegalTech 1.0, 2.0. and 3.0. The development of LegalTech includes the following areas: text analysis, information research, automation of legal services and predictive analysis of legal issues. Created as a result of digitalization, LegalTech is here to stay. The efforts of the academic community are crucial for the legally regulated, technologically balanced, and socially controlled development of the LegalTech

phenomenon. The application of technology in law does not mean automation at all costs: it should be based on the complementarity of human efforts and the performance technology delivers in the process of providing legal services' optimal quality.

Key words: *LegalTech. – Smart Contracts. – Law and Programming. – Natural Language Processing. – Logic Programming.*

Датум пријема рада: 13. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 6. 2022.

УДК: 347.74:339.187 ; 347.447.62

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22303A

др *Страхинја* Д. МИЉКОВИЋ*

ванредни професор Универзитета у Приштини – Правног факултета са привременим седиштем у Косовској Митровици, Србија

РАЗРЕШЕЊЕ НЕДОУМИЦА О ТОМЕ ШТА ЈЕ GOODWILL И ДА ЛИ ПРИМАЛАЦ ФРАНШИЗЕ ИМА ПРАВА ПОВОДОМ GOODWILL-А

Сажетак

Франшизини као специфичан метод уговорној инвестиционој пословања у савременим тржишним околностима све више добија на значају. Правни систем Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише уговор о франшизини. Све до тренутка усвајања Нацрта грађанског законика позитивно законодавство Србије не регулише уговор о франшизини, па самим тим не познаје институти goodwill-а као један од битних елемената уговора о франшизини. Goodwill представља благодат и корист од доброј имена и репутације; то је привлачна сила која доноси кунце. Goodwill је од значаја за успешно пословање даваоца франшизе и франшизини мреже и представља један од разлога зашто пошенијални прималац франшизе приступа франшизини мрежи. Пружањем одговора на питања шта је goodwill; да ли су goodwill и репутација синоними; које су врсте goodwill-а и која су права примаоца франшизе поводом goodwill-а, верујемо да ћемо успети

* Електронска адреса аутора: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs.

да разјаснимо њихову нејасноћу њиховом овој институцији које ће бити од значаја будућој судској и њиховој пракси у Србији.

Кључне речи: *Goodwill*. – Уговор о франшизингу. – Давалац франшизе. – Прималац франшизе.

I Увод

1. Појам франшизинга

Франшизинг као специфичан метод уговорног инвестиционог пословања у савременим тржишним околностима све више добија на значају. Франшизинг не представља ништа друго до дистрибутивну технику који уговором интегрише дистрибутивни систем уместо ланцем власништва, а којим се управља из једног центра.¹ Уговором о франшизингу једна уговорна страна (давалац франшизе) на одређено време и на одређеној територији уступа право да послује под његовом фирмом коришћења франшизног пакета права (*franchise package*)² уз обавезу обуке и пружања административних и маркетиншких услуга другој уговорној страни, примаоцу франшизе који се обавезује да ће у пословању своје франшизинг јединице користити уступљени франшизни пакет права и за то плаћати континуалну франшизну накнаду (*continuing franchise fee*).³ Разлози који се могу идентификовати, а значајно утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за

1 Robert W. Emerson, „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, Nr. 5/1990, 1503, 1508.

2 Под пакетом права подразумевају се: право коришћења заштићеног имена даваоца франшизе за производ или услуге, *know-how*, пословни и технолошки методи, процедурални систем и друга права на производно и интелектуално власништво – „...*trade name, and/or trade mark and/or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights*...“ Вид. Европски кодекс етике за франшизинг (*European Code of Ethics for Franchising*), доступно на адреси: <https://eff-franchise.com/code-of-ethics/>, 3. 4. 2022, чл. 1.

3 Континуална франшизна накнада у себи обухвата накнаду за коришћење: 1) брэнда; 2) визуелног идентитета; 3) пратеће подршке и 4) *know-how*-а даваоца франшизе. Континуална франшизна накнада најчешће се наплаћује на месечном нивоу, с тим да није непозната ни пракса плаћања на недељном нивоу. Један од најприхваћенијих, а истовремено и најефикаснијих начина обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је путем „метода процента бруто прихода“ (*royalties fee*). Као основица за процентуално утврђивање узима се у обзир бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице у текућој пословној години. Укупан просечан износ континуалних франшизних накнада креће се у распону од 5 до 7% оствареног бруто прихода примаоца франшизе.

растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу.⁴

Франшизинг као пословни концепт, а самим тим и уговор о франшизингу, прошао је у еволуцијском развоју кроз две фазе, и то: а) фазу традиционалног концепта и б) фазу интегралног концепта.⁵ Интегрални концепт почива на текућој пословној сарадњи даваоца франшизе и примаоца франшизе, која се поред услуга, производа, знакова разликовања, односи на целокупно пословање, маркетинг (*advertising*) стратегије и планове, права интелектуалне својине, контролу, *know-how*, *goodwill* и методе пословања.

Даваоцу франшизе, франшизинг као метод уговорног инвестиционог пословања пружа могућност да уз минимална инвестициона улагања и минималне инвестиционе ризике прошири своје пословање на циљаном тржишту чинећи то на трошак примаоца франшизе, уједно пребацујући на њега ризик неуспеха развоја франшизинг *network*-а. Примаоцу франшизе закључењем уговора омогућава се приступ развијеној франшизинг мрежи – *franchising network*-у. Приступањем франшизинг мрежи прималац франшизе користи све предности развијеног, и у пракси провереног и успешног, система пословања даваоца франшизе који је од стране потенцијалних потрошача препознат као пословање које одликује изграђен *image* и *brand*. Коришћење успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност пословања приликом вођења сопствене франшизинг јединице, представљају опредељујуће разлоге да потенцијални прималац франшизе приступи франшизинг мрежи.

2. Позитивноправна регулатива уговора о франшизингу и Нацрт грађанског законика Републике Србије

Правни систем Републике Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише уговор о франшизингу, па самим тим припада категорији неименованих уговора. Тренутно, франшизинг уговорни односи се регулишу општим правним начелима Закона о облигационим односима и одредбама о трајању, престанку уговора и правилима о општим условима формуларних уговора.⁶ Неопходно је истаћи да је, из

4 Martin Mendelsohn, *Franchising Law*, 2nd edition, Richmond, 2004, 1.

5 Миле Јовић, „*Franchising* у пракси, истине и заблуде: Кооперација (франшизинг) услов опстанка малих привредника и велике кооперације“, *Зборник радова са сабора малих њивредника*, Врњачка Бања, 1990, 4.

6 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99,

разлога сличности уговора о франшизингу са уговором о лиценци и уговором о трговинском заступању, могућа аналогна примена неких од одредби које се односе на ове уговоре.⁷

Рад на доношењу Грађанског законика Републике Србије одликује се увођењем нових правних института, чиме се по први пут покушавају регулисати правни послови који спадају у категорију неименованих.⁸ Предвиђање уговора о франшизингу у једном правном акту, па чак био он и у форми Нацрта, представља прекретницу у погледу правног нормирања овог уговора. Ипак, и поред најбоље намере редактора да законски регулише послове аутономног трговинског права, често се прибегава правним трансплантима. Један од правних транспланата који своје извориште налази у англо-америчкој пословној и судској пракси, а који предвиђа Нацрт грађанског законика је институт *goodwill*-а.

Питања на која је неопходно одговорити, а којим би се решиле потенцијалне недоумице у судској и пословној пракси су: а) шта је *goodwill*; б) да ли прималац франшизе има право својине на *goodwill*-у; и в) која су права примаоца франшизе поводом *goodwill*-а у тренутку престанка (раскида) уговора о франшизингу. Пружањем одговора на ова питања покушаћемо да разјаснимо дилеме поводом и у вези са институтом *goodwill*-а.

II Недоумице о појмовном одређењу *goodwill*-а

1. Појам и врсте *goodwill*-а

Goodwill као нематеријално право, односно право интелектуалне својине које се везује за пословање давоца франшизе и франшизинг мрежу, је сила која привлачи купце, чинећи препознатљивим и дистинктивним производ или услугу од осталих или сличних производа или услуга на циљаном тржишту.

У правној теорији *goodwill* се дефинише као „благодет и корист из доброг имена, репутације, и повезаности неког пословања. То је оно што разликује раније успостављено пословање од новог пословања на

Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

7 Аналогна примена одредаба којима се регулишу уговор о лиценци и уговор о трговинском заступању оправдава се ставом о правној природи уговора о франшизингу. Заступа се став да је могућа натегнута асимилација уговора о франшизингу са уговором о лиценци. Више о томе вид. Deša Mlikotin–Tomić, *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986, 155.

8 Нацрт грађанског законика Републике Србије – НГЗРС, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 5. 4. 2022.

самом почетку. *Goodwill* неког пословања мора потећи из одређеног центра или извора. Без обзира на то колико проширен или раштркан може бити његов утицај, *goodwill* нема никакав утицај ако нема довољно моћи привлачења да усмери купце ка извору из ког настаје.⁹ Изводи се закључак да је *goodwill* отелотворен у: 1) трговачком имену; 2) логоу; 3) изгледу и 4) пословном простору.

Такође, *goodwill* се дефинише као „очекивање континуиране јавне подршке. То значи сваку позитивну предност коју је власник стекао у обављању свог посла, било да је у вези са простором у којем се обавља посао, било са именом под којим се њиме управља, или са било којом другом ствари која са собом носи корист пословања.“¹⁰

За рачуноводствене сврхе, *goodwill* представља разлику између набавне цене и вредности стечене имовине представљајући економску предност која произлази из репутације мреже и очекивања да ће стални корисници/потрошачи наставити да је подржавају и да привлаче нове клијенте.¹¹ Из овога произлази да се *goodwill* састоји од два елемента: а) репутације конкретног бизниса који већ постоји и б) очекивања да таква репутација настави да привлачи клијенте.¹²

У погледу врсте постоји: 1) *goodwill* даваоца франшизе и 2) *goodwill* примаоца франшизе. *Goodwill* даваоца франшизе је заједнички за франшизинг мрежу у целини, а настаје из робних марки, трговачких имена, система итд. Карактеристика овог *goodwill*-а је у томе да он представља суштину права, односно он представља једно у низу лиценцираних права у оквиру франшизног пакета права (*franchise package*) која давалац франшизе уступа примаоцу франшизе. Управо због *goodwill*-а примаоца франшизе приступа франшизинг мрежи, самим тим то је оно у чему он учествује током трајања уступљене франшизе, и оно што губи престанком франшизе.¹³ За разлику од *goodwill*-а даваоца франшизе, *goodwill* примаоца франшизе у основи рефлектује вредност његовог пословања, које остварује током свог самосталног пословања вођењем франшизинг

9 M. Mendelsohn, 210.

10 Henry Campbell Black, Joseph R. Nolan, Jacqueline M. Nolan-Haley, *Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, West Publishing, St. Paul, 1990, 694.

11 Phillip A. Beutel, Bryan Ray, „Grasping the Value of Intangible Assets“, *International Tax Journal*, Vol. 30, Nr. 1/2004, 35–45; Milena Kavarić, „Goodwill compensation in franchising and distribution contract in European law and bases for an analogous application of the compensation rules applicable to commercial agents“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Nr. 2/2020, 2.

12 Ronald Dore, „Goodwill and the Spirit of Market Capitalism“, *The British Journal of Sociology*, Vol. 34, Nr. 4/1983, 459–482.

13 M. Mendelshon, 212.

јединице у оквиру франшизинг мреже. Треба истаћи да самосталним пословањем, улажући конкретне напоре и ресурсе да освоји тржиште, привуче клијенте, повећа углед мреже итд., прималац франшизе није пасивна страна.¹⁴ Својим успешним управљањем прималац франшизе може унапредити пословни систем, проширити клијентелу на уговореном тржишту, повећати вредност производа и услуга, а самим тим и пословну репутацију целог система и вредност саме франшизе.¹⁵

2. Разлика између *goodwill*-а и репутације

У пословној пракси и правној теорији често се *goodwill* и репутација (*reputation*) коју ужива давалац франшизе – франшизинг мрежа сматрају синонимима. Иако се наизглед ради о појмовима који су слични, *goodwill* и репутација (*reputation*) нису синонимима.¹⁶ Репутација је важна у том смислу да јавност, или довољан део јавности, препознаје пословање на које се *goodwill* односи.¹⁷

Значајног удела у одређивању дистинкције између *goodwill*-а и репутације имала је судска пракса. Од значаја је пресуда у случају *Anhesuer– BuSch. Inc v Budejovicky Budvar* (1984) FSR 413.¹⁸ Суд констатује да је степен развијености пословања, односно да је производ или услуга

14 Наведени став треба узети са резервом, и то посебно у околностима када се уступа развијено франшизинг пословање које одликује изграђен *brand*, где је улога примаоца франшизе минимизирана и своди се на одржавање пословања активним, а то из разлога јер је познатост *brand*-а сама по себи довољна за позиционирање на тржишту у домену привлачења потрошача. Проактивна улога примаоца франшизе може бити од значаја ако се ради о франшизинг пословању које је у развоју, где проактивно учествује у промоцији *brand-a* и развијању пословања.

15 М. Kavarić, 3.

16 Soumya Banerjee, „Trans border Reputation“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 11, Nr. 4/2006, 274–279.

17 М. Mendelshon, 211.

18 Тужилац пиваре (*Budweiser*), покушао је да ограничи продају пива у Енглеској, направљеног у пивари туженог у тадашњој Чехословачкој (чак иако је име пива потицало одатле). У време подношења тужбе пиво тужиоца је било познато у Енглеској, а све захваљујући рекламирању на телевизији, с тим да је пиво било доступно једино у америчким војним базама, тј. и поред рекламирања и познатости није било доступно у слободној продаји. Суд закључује да иако је пиво тужиоца познато и има репутацију, с обзиром на то да није доступно јавности, никакав *goodwill* није настао да би као такав могао бити заштићен од плагирања. На основу пресуде долази се до закључка да без обзира на то што производ даваоца франшизе ужива репутацију, тј. франшизинг мрежа ужива значајну репутацију, мале су шансе да ће доћи до заштите *goodwill*-а све док се не успостави пословање на основу кога ће производ или услуга бити доступни широј јавности. Више детаља о случају доступно на адреси: <https://swarb.co.uk/anheuser-busch-v-budejovicky-budvar-ca-1984/>, 6. 4. 2022.

позната широј јавности на циљаном тржишту, услов настанка *goodwill*-а. У случају да је степен пословања слабо развијен или да је у припремној фази, то није довољно да би се развио *goodwill*.

Репутација која је толико садржински различита од *goodwill*-а утиче на могућност да давалац франшизе ужива правну заштиту од плагирања. Што је виши степен репутације пословања даваоца франшизе и франшизинг мреже (глобално или регионално), то може бити нижи степен развијености пословања на циљаном тржишту који је неопходан да би суд закључио да постоји *goodwill* који може уживати правну заштиту.¹⁹ У супротном, што је нижи степен пословне репутације даваоца франшизе и франшизинг мреже, степен развијености пословања унутар одређеног тржишта представља репер за утврђивање од стране суда да ли постоји *goodwill* и да ли може уживати правну заштиту.

III Права примаоца франшизе поводом *goodwill*-а

Како настаје на основу одређених права интелектуалне својине, а да не би дошло до произвољног тумачења, уговорним клаузулама се предвиђа да *goodwill* као нематеријално право припада даваоцу франшизе.²⁰ Иако је неспорно да *goodwill* припада даваоцу франшизе, једно од најдискутабилнијих питања које тражи одговор је да ли прималац франшизе има право на и поводом *goodwill*-а у тренутку престанка уговора? Дати одговор на ово питање је од значаја, а то превасходно из разлога јер давалац франшизе и по престанку уговора наставља да извучи економске користи од базе клијената и популарности франшизног система који је делом развијан заслугом примаоца франшизе.²¹

1. Решења предвиђена Нацртом грађанског законика Републике Србије и *Principles, definitions and model rules of European private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*

Одредбе Нацрта грађанског законика Републике Србије предвиђају да без обзира на разлог престанка уговора о франшизингу, осим услед раскида због неиспуњења обавеза, прималац франшизе који је својим пословањем допринео значајном повећању обима пословања

19 M. Mendelshon, 212.

20 Већина уговора о франшизингу садржи клаузуле у којима се давалац франшизе наводи да је развио *goodwill* у корист франшизног система на тај начин означавајући контролу над понашањем примаоца франшизе као неопходну за заштиту *goodwill*-а. Више о томе вид. Robert W. Emerson, „Franchise Contract Interpretation: A Two-Standard Approach“, *Michigan State Law Review*, Nr. 3/2013, 661.

21 M. Kavarić, 3–4.

даваоца франшизе, подигао вредност и углед пословне мреже и ако давалац франшизе и након раскида уговора наставља да остварује значајне користи од тог пословања, прималац франшизе има право на накнаду за увећани *goodwill*.²² Читајући наведену одредбу стиче се утисак да редактор полази од принципа да прималац франшизе активно учествује у подизању вредности и угледа франшизинг мреже. Значај наведене одредбе је у томе да се покушава ићи у корак са савременим тенденцијама да прималац франшизе има право на накнаду за увећани *goodwill*.²³

За разлику од Нацрта грађанског законика, одредбе DCFR-a су концизније, предвиђајући и образлажући у коментарима под којим условима прималац франшизе остварује право на накнаду за *goodwill*. Према одредбама DCFR-a, ако уговорни однос престане из било ког разлога (укључујући раскид било које стране због суштинског неиспуњења), једна страна има право на обештећење друге стране за *goodwill* ако и у мери у којој је прва страна значајно повећала обим пословања друге стране, а друга страна наставља да извлачи значајне користи од тог посла; док исплата одштете мора бити разумна.²⁴ Идеја водиља овако предвиђеног решења је у томе да без обзира на то да ли је уговор био на неодређено или одређено време, и без обзира на начин на који је уговор окончан (било због суштинског неизвршења или не), сама чињеница да је уговорни однос престао може довести до преноса *goodwill*-а на даваоца франшизе. Да би остварио право на накнаду, прималац франшизе мора доказати да *goodwill* који преноси на другу страну – даваоца франшизе настаје као резултат раскида уговорног односа. Прималац франшизе захтевајући право на накнаду за пренос *goodwill*-a²⁵ мора да докаже да је значајно повећао обим пословања, односно да је играо

22 НГЗ, чл. 1294 ст. 4.

23 Редактор не полази од става, а и не узима у обзир да прималац франшизе најчешће приступа франшизинг пословању које је на глобалном или регионалном нивоу препознато код потрошача по свом *brand*-у. Управо ова околност, а нарочито када се узме у обзир величина тржишта Републике Србије и познатост *brand*-а који се уступа франшизингом, доводи у питање колико то прималац франшизе може повећати вредност *goodwill*-а глобално или регионално препознатог франшизинг пословања.

24 Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European private law – PDMREPL*, доступно на адреси: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf, 6. 4. 2022, IV. E.-2:305: Indemnity for goodwill.

25 Најтипичнији пример преноса *goodwill*-а је када давалац франшизе има приступ листама клијената и другим сличним подацима, било зато што је прималац франшизе предао такве листе након раскида уговора, било зато што давалац

активну улогу у повећању обима пословања даваоца франшизе. Као страна која тражи накнаду, прималац франшизе мора доказати да створени *goodwill* остаје (или је пренет) даваоцу франшизе и да је значајан.²⁶ Прималац франшизе мора доказати да је накнада коју тражи разумна у датим околностима, односно критеријум разумности неопходно је објективно утврдити.²⁷ Право на накнаду за *goodwill* не спречава примаоца франшизе да тражи накнаду штете због једностраног раскида уговора (кумулација захтева). Приликом утврђивања да ли је накнада за *goodwill* разумна, треба узети у обзир право оштећеног на накнаду штете због једностраног раскида, с тим да се исти губитак не може надокнадити два пута, и то једном као губитак користи (штета у износу очекиване добити) и једном као губитак *goodwill*-а (одштета за пренос *goodwill*-а).

2. Решења земаља са развијеним франшизинг пословањем

За извођење правилног закључка да ли је прималац франшизе власник једног дела *goodwill*-а, и која му права на основу њега припадају по престанку уговора о франшизингу, неопходно је узети у обзир решења (законска и судску праксу) земаља са развијеним франшизинг пословањем.

а) САД

Питање ко је власник *goodwill*-а након раскида уговора о франшизингу решава се на начин да давалац франшизе обезбеђује жигове²⁸ које клијенти локације препознају, док напори примаоца франшизе су такви да је успео да побољша *goodwill brand*-а и можда чак развио *goodwill* који је јединствен за ту специфичну локацију.²⁹ Наведеном дистинкцијом ко

франшизе има приступ тим подацима из разлога јер му их је прималац франшизе редовно прослеђивао током уговорног односа.

26 Треба истаћи да се користи које давалац франшизе остварује на основу уступљеног *goodwill*-а постепено смањују током времена (ово се мора узети у обзир), с тим да се увек полази од претпоставке да ће давалац франшизе и даље извучити значајне користи од генерисаног *goodwill*-а, чак и ако прода своје пословање или листу (базу) клијената трећој страни.

27 PDMREPL, IV. E. – Ch. 3 sec.

28 Скоро сви уговори о франшизи садрже клаузуле које разграничавају власништво даваоца франшизе над жигом и пратећа ограничења на коришћење жига од стране примаоца франшизе. Robert W. Emerson, „Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill after Franchise Termination“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20, Nr. 2/2018, 331–332.

29 Clay A. Tillack, Mark E. Ashton, „Who Takes What: The Parties’ Rights to Franchise Materials at the Relationship’s End“, *Franchise Law Journal*, Vol. 28, Nr. 2/2008, 124–125.

је власник које врсте *goodwill*-а не оставља се простора произвољном тумачењу уговорних страна о томе да је само давалац франшизе власник *goodwill*-а, односно да није било примаоца франшизе *goodwill* и пословање на циљаном тржишту остало би неразвијено. На федералном нивоу заузет је став да *goodwill* повезан са жигом припада даваоцу франшизе.³⁰

У погледу плаћања накнаде за *goodwill* законски акти разликују се од државе до државе, па неки предвиђају да је давалац франшизе у обавези да плати примаоцу франшизе за локални *goodwill* створен током трајања уговорног односа, док други захтевају накнаду за губитак *goodwill*-а у случају једностраног раскида уговора.³¹

Прва група закона (Хаваји, Илиноис, Вашингтон) полази од става да давалац франшизе мора платити примаоцу франшизе за локални *goodwill* који је прималац франшизе помогао да се створи током уговорног односа. Наведени закони генерално захтевају надокнаду за *goodwill* када давалац франшизе има користи од *goodwill*-а примаоца франшизе или када је прималац франшизе онемогућен да има користи од његовог *goodwill*-а због применљиве клаузуле о неконкурентности претходног примаоца франшизе. Ипак, законски акти нису јасни у погледу тога да ли локални *goodwill* користи франшизинг систему на националном нивоу, остављајући разрешење ове дилеме судовима.³² У случају *LaGuardia Assocs. v. Holiday Hosp. Franchising, Inc.*, суд је става да, улажући своје време, труд и капитал, прималац франшизе ствара локални *goodwill* јачајући репутацију производа или услуге на националном нивоу.³³ Наведена пресуда је од значаја јер суд признаје да локални *goodwill* нужно успоставља свест јавности према одређеном послу на одређеној локацији. С друге стране су законски акти (Делавер, Индијана, Минесота, Мисисипи, Мисури, Небраска, Њу Џерсији и Вирџинија) који не захтевају поновни откуп *goodwill*-а од стране даваоца франшизе по раскиду уговора, изузев ако је давалац франшизе прекршио одредбе релевантних закона о франшизингу.³⁴ У околностима када је поновна куповина *goodwill*-а неопходна, накнада за *goodwill* је укључена у одштету примаоца франшизе.³⁵

30 Kerry L. Bundy, Robert M. Einhorn, „Franchise Relationship Laws“, *Fundamentals of Franchising* (eds. Rupert M. Barkoff, Joseph J. Fittante, Ronald K. Gardner, Jr., Andrew Selden), 4th ed, Chicago, 2015, 216.

31 C. A. Tillack, M. E. Ashton, 124–125.

32 K. L. Bundy, R. M. Einhorn, 216.

33 *LaGuardia Assocs. v. Holiday Hosp. Franchising, Inc.*, 92 F. Supp. 2d 119, 125 (E.D.N.Y. 2000), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/92/119/2529576/>, 8. 4. 2022.

34 K. L. Bundy, R. M. Einhorn, 216.

35 Кодекс закона Сједињених Америчких Држава (*United States Code*), чл. 1117а.

Прецедентно право, односно ставови судова по питању накнаде за *goodwill* у тренутку престанка уговора нису јединствена, тј. заузета су различита и супротстављена становишта на федералном нивоу. Од посебног значаја на федералном нивоу су два прецедента, и то: а) *Lee v. Exxon Co. USA*.³⁶ и б) и *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*. У случају *Lee v. Exxon Co. USA*, суд је утврдио да је *goodwill* део продаје између даваоца франшизе и примаоца франшизе. Након што је *Exxon Co.* одлучио да не обнови уговор о франшизингу, понудио је да поново прода франшизу *Lee* по истој цени или највишој понуђеној цени на тржишту. Тужећи *Exxon Co.*, *Lee* је тврдио да цена укључује *goodwill* који је он изградио током периода трајања уговора и стога одређена цена је била превисока. Треба истаћи да суд није нашао да је ово валидан и оправдан захтев тужиоца (*Lee*), заузимајући став да раскид или необнављање уговора не обавезује (може да се деси) даваоца франшизе да сноси било какву одговорност према примаоцу франшизе, укључујући било коју исплату за губитак наводног *goodwill*-а.

С друге стране, у случају *Atlantic Richfield Co. v. Razumic* суд је пресудио у супротном смеру, заузимајући став да прималац франшизе ствара *goodwill* за франшизу.³⁷ Суд наводи да за разлику од закупца који тражи свој интерес док заузима имовину станодавца, прималац франшизе као што је *Razumic* гради *goodwill* како свог сопственог пословања, тако и даваоца франшизе. Заузима се став да прималац франшизе „може оправдано очекивати да његово време, труд и друга улагања која промовишу *goodwill* неће бити уништени“ престанком уговора.³⁸

б) Француска

Француски правни систем дужи временски период је био на становишту да је *goodwill* власништво даваоца франшизе, осим ако не постоје уговорне одредбе којима је наведено да сва технологија, *know-how* и друга права индустријске својине остају власништво даваоца франшизе након раскида уговора. Пузећи, током 2000. године судови почињу да доносе пресуде које одступају од правила да је *goodwill* искључиво власништво даваоца франшизе. У случају *Sarl Nicogli Le Gan Vie SA (2000)* Апелациони суд у Паризу заузима став да *goodwill* такође

36 *Lee v. Exxon Co., U.S.A.*, 867 F. Supp. 365, 366 (D.S.C. 1994), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/867/365/1456279/>, 8. 4. 2022.

37 Robert W. Emerson, „Franchise Goodwill: Take a Sad Song and Make it Better“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 46, Nr. 2/2013, 363–364.

38 *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736, 742 (Pa. 1978), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/1988/373-pa-super-572-1.html>, 8. 4. 2022.

припада и примаоцу франшизне, и да је независан од *goodwill*-а даваоца франшизе. Суд наведени став правда чињеницом да је прималац франшизе страна која би претрпела знатан финансијски губитак губитком *goodwill*-а. Наведени став суда указује на то да *goodwill* не припада само даваоцу франшизе, већ и примаоцу, с тим да *goodwill* даваоца франшизе обухвата регионални, национални или међународни ниво, док примаоцу франшизе припада *goodwill* на локалном нивоу. До 2002. године се идеја да *goodwill* није само власништво даваоца франшизе укоренила.³⁹

Прекретница у погледу питања власништва над *goodwill*-ом дешава се 2002. године када Касациони суд одлучује у случају необнављања уговора о франшизингу, а из разлога што прималац франшизе није навео да је имао своју клијентелу.⁴⁰ Касациони суд заузима став да давалац франшизе има право на клијентелу на националном нивоу, а прималац франшизе има право на локалну клијентелу.⁴¹ Тачније, суд је одлучио, с једне стране, да ако се клијентела на националном нивоу везује за славу трговачког имена даваоца франшизе, онда, с друге стране, локална клијентела постоји само захваљујући планирању и напорима примаоца франшизе. Прималац франшизе поседује и контролише локалне елементе *goodwill*-а, па је клијентела примаоца франшизе део његовог *goodwill*-а, јер чак и ако не поседује жиг и трговачко име које је користио приликом закључења и извршавања уговора о франшизингу, својом активношћу је створио *goodwill*, па према томе је власник *goodwill*-а на локалном нивоу.⁴²

Концепт да је прималац франшизе власник локалног *goodwill*-а довео је до промена, и то у делу да се примаоцу франшизе омогућава право преноса локалног *goodwill*-а другој заинтересованој страни. Као резултат тога, већина уговора о франшизингу укључује преференцијалну клаузулу, са којом се прималац франшизе слаже на право прече куповине даваоца франшизе ако и када одлучи да прода *goodwill*, с тим да ако давалац франшизе одбије да га купи, прималац франшизе право на *goodwill* слободно може пренети на свако заинтересовано лице. Треба истаћи да се давалац франшизе може уговорно заштитити и од ове ситуације.⁴³ Иако давалац франшизе и даље има право прече куповине локалног *goodwill*-а примаоца франшизе, он има ексклузивно право да уговором предвиди трећу страну на коју се локални *goodwill* преноси.⁴⁴

39 Robert W. Emerson, „Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison“, *Entrepreneurial Business Law Journal*, Vol. 3, Nr. 2/2009, 344.

40 *Ibid.*, 345.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, 346.

43 *Ibid.*, 346–347.

44 Више о преференцијалним клаузулама вид. François-Luc Simon, „Le contrat de franchise: un an d’actualité“, *Petites Affiches*, Nr. 224/2006, 31–34.

в) Немачка

На основу одредби немачког Трговачког законика, примаоцу франшизе (на примаоца франшизе се аналогно примењују правна правила која се односе на агента) признаје се право на накнаду за *goodwill* након раскида уговора о франшизингу.⁴⁵ У складу са чланом 896 прималац франшизе може тражити разумну накнаду за *goodwill* од даваоца франшизе након престанка уговорног односа ако и мери у којој докаже да: (1) давалац франшизе ужива значајну корист од клијентеле (другим речима *goodwill*) коју је он акумулирао чак и након раскида уговора; (2) је изгубио право на провизију за будуће продаје или оне недавно обављене због раскида уговора и (3) да је исплата правична.

Питање да ли прималац франшизе има одговарајуће потраживање по раскиду уговора потврђено је од стране Регионалног суда (*Landgericht*) и Вишег регионалног суда (*Oberlandesgericht*) у Целеу, с тим да у овом контексту треба узети у обзир одлуке Регионалног суда у Франкфурту на Мајни, Регионалног суда у Ханау и Регионалног суда у Берлину, који у пресудама потврђују право на накнаду, а у складу са аналогном применом чл. 896.⁴⁶ Предуслови аналогне примене чл. 896 су да је прималац франшизе: (1) интегрисан у организацију даваоца франшизе на начин сличан комерцијалном агенту и (2) да дозволи даваоцу франшизе да користи његову успостављену клијентелу након раскида уговорних односа (обавеза пренеса базе клијената).⁴⁷ Како већина уговора о франшизингу садржи клаузулу ексклузивности или клаузулу неконкурентности, а често и обе клаузуле,⁴⁸ неспорна је чињеница да је прималац франшизе интегрисан у пословни систем даваоца франшизе, чиме је испуњен први услов примене члана 896.⁴⁹ Што се тиче другог предуслова, прималац франшизе обавезан је да своју успостављену базу клијентеле пренесе на даваоца франшизе у тренутку раскида уговора. Овај предуслов је испуњен када се уговором изричито предвиди да се подаци о клијентели редовно прослеђују током трајања уговора. Обавештавање о подацима клијената на добровољној основи, односно не на основу уговорне обавезе, не оправдава аналогну примену чл. 896, па самим тим и обавеза

45 Немачки Трговачки законик (*Handelsgesetzbuch*), доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BjNR002190897.html?msckid=7ca5bbd4c00c11ecbbff0e3ba0c6b5ae>, 10. 4. 2022.

46 Karsten Metzloff, „Germany – Franchisee’s Claim for Compensation upon Termination“, *International Journal of Franchising Law*, Vol. 5, Nr. 4/2007, 7.

47 *Ibid.*, 8.

48 Клаузула неконкурентности и клаузула ексклузивности представљају клаузуле интеграције примаоца франшизе у дистрибутивни систем даваоца франшизе.

49 K. Metzloff, 8.

примаоца франшизе да редовно обавештава даваоца франшизе о активностима и развоју тржишта није довољна за остваривање права на накнаде за *goodwill*. Сходно томе, право на исплату накнаде за *goodwill* је искључено ако прималац франшизе нема обавезу да даваоцу франшизе открије имена својих клијената. Најзначајнија препрека примени овог предуслова је то што већина уговора о франшизингу не предвиђа клаузулу према којој је прималац франшизе дужан да своју успостављену клијентелу пренесе даваоцу франшизе по раскиду уговора, те самим тим и исплате накнаде за *goodwill* су релативно ретке у пракси.⁵⁰ Регионални суд у Менхенгладбаху одбацио је тужбу примаоца франшизе за *goodwill* накнаду након раскида уговора о франшизингу. Доношењем пресуде суд је стао на изричитом становишту да прималац франшизе нема право на накнаду за *goodwill*, изузев ако се уговором изричито не захтева пренос базе купаца.⁵¹

IV Закључак

Иако франшизинг данас представља један од најзначајнијих метода уговорног инвестирања, који по потенцијалног примаоца франшизе има низ предности, треба истаћи да у правним системима као што је правни систем Републике Србије он и даље остаје добрим делом непознаница. Иако правни систем Републике Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише, а упитно је и да ли је посредна правна регулатива адекватна с обзиром на сложеност и специфичност франшизинг уговорног односа, предвиђање у Нацрту грађанског законика представља значајан искорак у овој области. Ипак, као и већина земаља посткомунистичко економско-правног поднебља које теже отварању тржишта веома често се у законским актима предвиђају институти непознати пословној и судској пракси који најчешће представљају продукт савремене америчке пословне праксе. Један такав институт који је уско везан, а може се истаћи и предствала есенцију франшизинг пословања је *goodwill*. *Goodwill* као нематеријално право, односно право интелектуалне својине се везује за пословање даваоца франшизе и франшизинг мрежу. У раду се акценат ставља на одређивање шта је *goodwill* и да ли прималац франшизе има право на њега и поводом њега. Управо из разлога да прималац франшизе може унапредити франшизни пословни систем, проширити клијентелу на уговореном тржишту, повећати вред-

50 *Ibid.*, 9.

51 Fieldfisher, Compensation upon termination, Germany: Agency Compensation denied, доступно на адреси: <https://www.fieldfisher.com/en/insights/franflash-compensation-upon-termination>, 10. 4. 2022.

ност производа и услуга, а самим тим и пословну репутацију целог система и вредност саме франшизе, треба истаћи да има право на и поводом *goodwill*-а. Иако има право на *goodwill* редактор Нацрта грађанског законика не предвиђа на коју врсту *goodwill*-а прималац франшизе има право. У раду су дата решења која потичу из економија са развијеним франшизним пословањем (САД, Француска и Немачка). Право САД (Хаваји, Илиноис, Вашингтон) полази од става да давалац франшизе мора платити примаоцу франшизе за локални *goodwill* који је прималац франшизе помогао да се створи током уговорног односа. У Француском праву, тј. судској пракси полази се од става да давалац франшизе има право на клијентелу на националном нивоу, а прималац франшизе има право на локалну клијентелу признајући на тај начин примаоцу франшизе право на локални *goodwill*. Указујући у раду на право да прималац франшизе има право на локални *goodwill* надамо се да смо отклонили потенцијалну недоумицу која се односи на то како одредити висину накнаде за *goodwill* коју давалац франшизе треба да исплати примаоцу франшизе у тренутку престанка уговорног односа. Ипак, питање које ће остати отворено, а које у будућности може у домаћој судској пракси изазивати дилему је да ли и колико прималац франшизе може утицати на повећање угледа *goodwill*-а развијених франшизних система, и то посебно у околностима када се уступа развијено франшизинг пословање које одликује изграђен *brand*, где је улога примаоца франшизе минимизирана и своди се на одржавање пословања активним, а то из разлога јер познатост *brand*-а сама по себи је довољна за позиционирање на тржишту у домену привлачења потрошача. Управо ово код аутора оставља утисак да прималац франшизе неће остварити право на накнаду за увећани *goodwill*, већ да би с обзиром на степен уложеног труда требало тражити пропорционално смањење износа франшизне накнаде.

Коришћена литература

- Banerjee Soumya, „Trans border Reputation“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 11, Nr. 4/2006.
- Beutel Phillip A., Ray Bryan, „Grasping the Value of Intangible Assets“, *International Tax Journal*, Vol. 30, Nr. 1/2004.
- Bundy Kerry L., Einhorn Robert M., „Franchise Relationship Laws“, *Fundamentals of Franchising* (eds. Rupert M. Barkoff, Joseph J. Fittante, Ronald K. Gardner, Jr., Andrew Selden), 4th ed, Chicago, 2015.
- Dore Ronald, „Goodwill and the Spirit of Market Capitalism“, *The British Journal of Sociology*, Vol. 34, Nr. 4/1983.

- Emerson Robert W., „Franchise Contract Interpretation: A Two-Standard Approach“, *Michigan State Law Review*, Nr. 3/2013.
- Emerson Robert W., „Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison“, *Entrepreneurial Business Law Journal*, Vol. 3, Nr. 2/2009.
- Emerson Robert W., „Franchise Goodwill: Take a Sad Song and Make it Better“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 46, Nr. 2/2013.
- Emerson Robert W., „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, Nr. 5/1990.
- Emerson Robert W., „Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill after Franchise Termination“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20, Nr. 2/2018.
- Јовић Миле, „Franchising у пракси, истине и заблуде: Кооперација (франшизинг) услов опстанка малих привредника и велике кооперације“, *Зборник радова са сабора малих њпривредника, Врњачка Бања*, 1990. (Jović Mile, „Franchising u praksi, istine i zablude: Кооперација (franšizing) uslov opstanka malih privrednika i velike кооперације“, *Zbornik radova sa sabora malih privrednika, Vrnjačka Banja*, 1990)
- Kavarić Milena, „Goodwill compensation in franchising and distribution contract in European law and bases for an analogous application of the compensation rules applicable to commercial agents“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Nr. 2/2020.
- Mendelsohn Martin, *Franchising Law*, Second edition, Richmond, 2004.
- Metzlaff Karsten, „Germany – Franchisee’s Claim for Compensation upon Termination“, *International Journal of Franchising Law*, Vol. 5, Nr. 4/2007.
- Mlikotin–Tomić Deša, *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986.
- Simon François-Luc, „Le contrat de franchise: un an d’actualité“, *Petites Affiches*, Nr. 224/2006.
- Tillack Clay A., Ashton Mark E., „Who Takes What: The Parties’ Rights to Franchise Materials at the Relationship’s End“, *Franchise Law Journal*, Vol. 28, Nr. 2/2008.
- Campbell Black Henry, Nolan Joseph R., Nolan-Haley Jacqueline M., *Black’s Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, West Publishing, St. Paul, 1990.

Strahinja D. MILJKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Priština Faculty of Law in
Kosovska Mitrovica, Serbia

RESOLUTION OF UNCONSCIOUS WHAT GOODWILL IS AND WHETHER THE FRANCHISE RECEIVER HAS THE RIGHTS TO OCCASION OF GOODWILL

Summary

Franchising as a specific method of contractual investment business has become increasingly important. The legal system of the Republic of Serbia does not directly regulate franchising agreement. Until the publication of the Draft Civil Code, legislation didn't mention the franchising agreement, and therefore does not know the institute of goodwill as one of the essential elements of the franchising agreement. Goodwill represents a boon and a benefit from a good name and reputation, it is an attractive force that brings customers. Goodwill is important for successful operation of franchisor and the franchising network. By providing answers to the questions: what goodwill is; whether goodwill and reputation are synonymous; what are the types of goodwill and what are the rights of the franchisee regarding goodwill, we believe that we will be able to clarify potential ambiguities regarding this institute that will be relevant to future judicial and business practice in Serbia.

Key words: *Goodwill. – Franchise Agreement. – Franchisor. – Franchisee.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2022.

Датум исправке рада: 11. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 8. 2022.

УДК: 347.451.9:656.7 ; 366.542

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22304A

др *Светислав* ЈАНКОВИЋ*
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

(НЕ)ИЗВЕСНОСТ ЦЕНЕ ПУТНЕ КАРТЕ У ВАЗДУШНОМ САОБРАЋАЈУ**

Сажетак

У раду се размајтра неизвесности коју ишрије иошрошачи ири куйовини авио-караииа. Она се исйољава у два облика. Прво, као недоречености у цени карийе ириликом њене куйовине, ииако шийо се у иочейним корацима куйовине истиче једна цена, а доцније, ири нейосредном закључењу иовора, иошрошачу се иредочава друиа, коначна цена увећана најчешће за накнаде за реисйировани ирийљаи, оброке у ишоку леиша и осииурање. Друи облик неизвесности иосийоји када је иревоз ваздухойловом састиавни део сложенијеи иовора о орїанизовању иуишовања. Тада је моиуће да се иовећа укуйна цена чийшавој иакейи аранжмана збои иовећања цене иревоза, најчешће из разлоиа иромена на иржишиишу нафийе. Закључује се да су оба иовећања цене карийе неоиравдана, с обзиром на ишо да сийварају неизвесности на сйрани иошрошача, иако је друи облик иравно уређен, и најчешће недвосмислено иредочен кориснику.

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

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

Кључне речи: *Интернетни продаја карата. – Авио-карта. – Уговор о организовању путовања. – Повећање цене карте.*

I Уводно разматрање

Цена путне карте у авио-превозу представља једно од основних мерила хоће ли неко лице, потенцијални путник, одабрати да закључи уговор о превозу са конкретним авио-превозником. Поред цене путне карте, као друго, основно мерило за одабир конкретног уговора о превозу, то јест „лета“, појављују се директност лета (са или без председања), време лета, као и евентуални додатни трошкови у погледу регистрованога или ручног пртљага, аеродромске таксе, доплате за гориво, obroка током лета, осигурања „лета“ у смислу повраћаја новца путнику и томе слично.

Цена путне карте представља обавезу путника (односно другог наручиоца превоза) према превозиоцу као наспрамна, комплементарна облигација превозиочевој да изврши превоз путника на одређеној релацији.¹ Износ, односно висина цене путне карте би према економској, али и правној логици, требало да представља збир трошкова и накнада превозиоцу за обављени превоз. Уже посматрано, то би значило да један њен део треба да обухвати фиксне и варијабилне трошкове превозиоца (куповина или закуп ваздухоплова, трошкови његовог редовног и ванредног одржавања, те трошкови горива и накнаде за коришћење аеродромских постројења, као и трошкови летачке посаде), а други део да буде опредељен за саму превозиочеву зараду. Међутим, последњих 50-ак година у авио-индустрији таква правна и економска логика не мора, и неретко није одлучујућа у структури цене путне карте, већ се она образује спрам других, већином тржишних мерила опредељених у основи истраживањем понуде и тражње за одређеним „производима“ авио-индустрије. Тако, авио-превозиоци су у циљу распрострањивања таквог вида превоза, односно његовог појефтијења и чињења доступнијим ширим слојевима становништва тежили да своју услугу „распарчају“, односно да је поједноставе, и уместо целовите, каква је уобичајено у том развоју цивилне авијације била, учине растављеном на неколико делова, тачније услуга које пружају.² Конкретно, уместо потпуне и

1 Вид. Небојша Јовановић, *Саобраћајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 377.

2 Више о томе вид. Richard Klophaus, „The Economics of Unbundling Air Travel Services“, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/profile/Richard-Klophaus/publication/268428886_THE_ECONOMICS_OF_UNBUNDLING_AIR_TRAVEL_SERVICES/

класичне услуге превоза путника која је у себи (а за цену путне карте коју путник плаћа) обухватала читав „пакет“ услуга (попут самог превоза путника, његовог регистрованог и ручног пртљага, obroka у току лета, али и могућност довоза/одвоза са аеродрома поласка и доласка), превозиоци су схватили да им је ускраћивање неке од услуга помоћних превозу (оброци, пртљак итд.) кључно у примамљивању ширег слоја становништва као потенцијалних путника.

Такво поједностављивање превозиочеве услуге, тачније њено распарчавање доводи до тога да превозиоци могу да понуде већу садржину својих услуга – од простих (само превоз) до сложених (превоз, obroci, пртљак, разврставање путника по класама итд.). Као последица, али и узрок, у зависности из чије се перспективе посматра, појављује се цена путне карте. Из перспективе превозиоца, цена путне карте је, свакако, узрок таквом превозиочевом понашању, односно његовој спремности да некада целовиту услугу подели и упрости тако да може да буде јефтинија (простија) или скупља (сложенија). Из тржишне, али и перспективе путника, цена се појављује као последица различите структуре обухваћених услуга поред самог превоза, а које се односе не само на разврставање по класама путника, већ и на додатности попут осигурања, довоза/одвоза са аеродрома, већег/тежег пртљага те разних других погодности које конкретни превозилац нуди. Као додатна последица могућности упоједињења и упрошћавања врсте и броја превозиочевих услуга се појављују тзв. нискобуџетне авио-компаније (енг. *low cost*), које по врло ниским ценама пружају основну услугу превоза од једног до другог аеродрома.³

Таква могућност за упрошћавањем и усложњавањем услуга и, сходним, ценовним опредељивањем је превозиоцима дата последњих

[links/568bb03408ae0519afc590b/THE-ECONOMICS-OF-UNBUNDLING-AIR-TRAVEL-SERVICES.pdf](https://www.ekonomika.gov.rs/links/568bb03408ae0519afc590b/THE-ECONOMICS-OF-UNBUNDLING-AIR-TRAVEL-SERVICES.pdf), 16. 7. 2022, 1 и даље.

- 3 Република Србија је приступила тзв. Заједничком европском ваздухопловном простору потписивањем вишестраног уговора о истоименој установи 2006. године. То је значило својерсно „отварање“ српског неба и за друге авио-превозиоце (а не, како је до тада био случај, само за домаћу авио-компанију са доминантним тржишним положајем). Приступање споменутом споразуму је имало за последицу улазак на домаће, српско тржиште авио-услуга компанија из иностранства, и то најчешће у привредном испољавању као нискобуџетних (енг. *low cost*) авио-компанија. Више о томе вид. Јелена Куљанин, Мира Паскота, Милица Калић, „Тржиште ваздушног саобраћаја у Србији: Нове авиокомпаније – нови путници“, *Техника – Саобраћај*, бр. 2/2015, 315 и даље. Такви, интегративни процеси нису само одлика европског континента, већ и азијског, афричког и америчког. О томе вид. Alan Knee, Jin Tan, „The ASEAN Single Aviation Market: Liberalizing the Airline Industry“, *Policy Brief*, Nr. 4/2014, 1–3; Evaristus M. Irandu, „Opening African Skies: The case of airline industry liberalization in East Africa“, *Transportation Research Forum*, Vol. 47, Nr. 1/2008, 73 и даље.

педесетак година. Самосталност у вођењу ценовне политике је последица процеса ускраћивања држави (и међународним телима попут ИСАО и ИАТА) надлежности у одређивању цена услуга у авио-превозу и подстицања конкуренције међу све већем броју авио-превозилаца.⁴ Такво „ослобођење“ од државних (или међународних) утицаја у обликовању цене превоза је последица процеса правног „однормирања“ (енг. *deregulation* или *liberalization*, учестало превођеног као „дерегулација или либерализација“) које је у својој суштини пренело приватним авио-компанијама потпуну самосталност у обликовању конкретне цене превоза.⁵ Са друге стране, таква слобода и самосталност су неретко водили ка превозиочевим злоупотребима, што је за последицу имало правну неравнотежу и оштећивање корисника превоза тако што су превозиоци самовољно и према својим интересима одређивали цене. Та самовоља се није испољавала само у једностраном (енг. *take it or leave it*) начину одређивања цена авио-карата, већ и у неизвесности, тачније несазнатљивости тачне цене која је, заправо, варијала од процеса и тренутка закључења уговора о превозу.⁶ Да би се таква једностраност умерила, приступило се процесу правног „преуређивања“ (енг. *reregulation*) већ дате слободе превозиоцима у погледу одређивања цена, па су тако као два основна правила постављени време и мера евентуалне промене већ понуђене цене превоза и јавност, односно обавештеност о свим састојцима цене, то јест услуга које таква цена „покрива“. Управо, примереност цена спрам услуга и правовремена обавештеност путника о свим састојцима цене, те напетост између њих представљају основну хипотезу рада.

II Појам путне карте

Путна карта представља легитимациони папир путем кога се путник представља превозиоцу као лице које има право на услугу у њој описану.⁷ Та услуга може да обухвати поред превоза у ужем смислу (премештаја лица са једног на друго место) и читав низ других права,

4 Вид. Moritz Ferdinand Scharpenseel, „Consequences of E.U. Airline Deregulation in the Context of the Global Aviation Market“, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 22, Nr. 1/2001, 91 и даље.

5 Више о томе вид. Timothy M. Ravich, „Deregulation of the Airline Computer Reservation (CRS) System“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69, Nr. 2/2004, 387 и даље.

6 *Напомена*: У авио-превозу, цена путне карте је, поред наравно релације и времена путовања, одлучујући чинилац у закључивању уговора о превозу. Штавише, путник, то јест корисник превоза цену путне карте види као понуду спрам које се одређује и спрам које мери и друге евентуално понуђене превозиочеве услуге.

7 О путној карти вид. Н. Јовановић, 377 и даље.

попут права на оброке у току лета, право довоза и одвоза са аеродрома, осигурање итд. Путна карта, дакле, указује на повериоца превозничке услуге и гласи по правилу на име. Она је један од доказа поверилачких права према превозиоцу, али није једини доказ о томе. Штавише, и неиздавањем (или, пак, губитком) путне карте, могу се доказивати и остваривати права на која се она односи. Путна карта представља својеврстан израз уговора о превозу и, у краткој форми, сва права и обавезе из уговора о превозу.

У уговору о превозу путника у ваздушном саобраћају, путна карта се издаје на име и у време пре почетка путовања. Три су разлога томе – сигурносни, безбедносни и економски. Сва три разлога служе, заправо, остварењу превозиочевих, а само посредно и путникових интереса. Прво, разлог сигурности се односи на то да превозилац пре започињања превоза у ужем смислу зна тачан број путника и, према томе, њихов распоред у летелици. Друго, безбедносни разлог се односи на тачне путникове личне податке, како би се евентуално избегла најтежа кривична дела у ваздухоплову који је у лету. Најзад, трећи, економски разлог издавања путне карте пре отпочињања превоза састоји се у превозиочевом обезбеђењу намирења потраживања.⁸ Наиме, накнада за превоз лица се плаћа пре отпочињања превоза, за разлику од превоза ствари, из разлога што превозилац нема (законско) заложно право на предмету превоза када врши превоз лица, већ само превоз ствари. Због тога му у превозу ствари накнада може (што је и најчешћи случај, а и у складу је са осталим трговинским услугама) бити плаћена доцније, по извршењу услуге превоза, а ако се и не плати, превозиоцу стоји на располагању заложно право на ствари из чијег остварења ће намирити своје право на превознину.

Путна карта је, дакле, легитимациони папир издат на име и по правилу је отежано преносив (уз нужно обавештавање, некад и сагласност превозиоца), а само изузетно у ваздушном саобраћају може имати и одлике хартије од вредности на име. То је, по правилу, случај са повлашћеним категоријама лица у превозу, попут лица која скупљају кредите у ваздушном саобраћају услед тога што учестало користе услуге од истог превозиоца.

У сваком случају, путна карта, као израз уговора о превозу, неретко, из перспективе путника, представља уговор о превозу, па је правило да се на њој, односно на њеној полеђини истакну битније одлике конкретног уговора о превозу чији израз представља (попут основа и границе превозиочеве одговорности). Због тога, као таква за путника

8 Више о томе вид. Светислав Јанковић, *Ваздухопловно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 218–220.

има велику важност, јер њено стицање се поистовећује са правом на пружање оних услуга које су у њој описане.

Путна карта, односно њено стицање коинцидира са ценом превоза, а пристанком на одређену цену, путник аутоматски зна и које су му услуге обећане као противчинидба за ту цену. Зато је од изузетне важности да путнику буду пружена тачна и правовремена обавештења о врсти и броју услуга које му се обећавају када плати путну карту. Правило о обавештености путника о услугама које „добија“ куповином путне карте је израз начела равноправности уговорних страна у грађанском праву, али и једностране принудности правила у саобраћајном праву која има за циљ погодовање корисничке стране из уговора о превозу, као оне која, најчешће, не утиче на саму садржину тог уговора (већ је прихвата као датост или не прихвата).⁹ Прецизности ради, кроз путну карту је путник правоваљано, правовремено и потпуно обавештен, али проблем представља време пре њеног стицања. Тачније, време након пристанка на њу, њену првобитну цену и доцнијих (обично кроз саму процедуру куповине путне карте) измена који у битноме мењају опсег обећаних услуга и њену цену.

III Начин куповине путне карте

Путна карте се „купује“, односно њу издаје ваздушни превозилац или лице које је овлашћено да је изда („прода“), попут туристичке агенције која у име и за рачун превозиоца врши понуду путне карте (тачније уговора о превозу), наплаћује је и тај износ полаже у рачун превозиоцу (уз, наравно одговарајућу агенцијску провизију). Сам начин куповине путне карте може да буде разноврстан. Могућа је непосредна куповина у просторијама ваздушног превозиоца или туристичке агенције када ће се са лицима, која су иначе пуномоћници по запослењу, закључити уговор о превозу, те као израз таквог уговора добити путна карта (у физичком, материјалном или рачунарском облику). Могућа је и посредна куповина путне карте, када се она, тачније уговор о превозу, увршћује у тзв. пакет услуга туристичког путовања, односно када је организатор путовања (туристичка агенција) нуди као једну од услуга које чине целину (превоз, ноћење у хотелу, оброци и други туристички садржаји). Најчешће је таква путна карта дериват чартер ваздушног превоза, док је путна карта која се непосредно и самостално стиче израз линијског превоза (мада није ограничена само на тај превоз).¹⁰

9 Н. Јовановић, 335–338.

10 Укратко, превозиоци који имају довољан број корисника својих услуга неће користити услуге посредника, попут туристичких агенција, и обрнуто – туристичке

Најзад, путну карту је могуће стицати (куповати) и посредно, али ван просторија превозиоца или туристичке агенције, када се путем одабира у програму понуде тих лица може закључити уговор о превозу.¹¹ То је случај са *online* куповином авио-карата која у последњој деценији постаје преовлађујући начин куповине због своје олакшане доступности (куповина од куће), али и омогућавања кориснику да тачно, према својим потребама, закључи уговор о превозу који му одговара.¹² Дакле, кроз алгоритам претраге, кориснику превоза је омогућено да тачно сазна податке о почетку и завршетку лета, цени и његовој садржини. Имајући у виду тај преовлађујући, *online* начин куповине авио-карата, путнику је најчешће лакше да прилагоди „производ“ својим потребама. Међутим, неретко, такав лакши и приступачнији начин куповине авио-карте представља и учесталији вид спорења између путника и превозиоца. Извор спорова у таквом случају међу њима је својеврсна „игра“ информацијама у којој превозилац постепено открива путнику додатне услуге и додатне трошкове на изворну цену путне карте коју је преко алгоритма путник изабрао да купи.

IV Мерила одређења цене путне карте

С обзиром на већ указано слободно тржиште авио-услуга, јасно је да опречне стране у уговору у превозу, превозилац и путник, теже да задовоље своје интересе у највећој мери, односно економским речником – да максимизују профит.¹³ То, конкретно, значи да превозилац жели да прода авио-карту што скупље, а путник да је купи што јефтиније.¹⁴ Међутим, сама цена путне карте не зависи искључиво од

агенције, као посредници у продаји авио-карата, се појављују онда када су сами превозиоци, најчешће због дејстава сила асиметрије информација, ускраћени за довољан број путника. Вид. Tomasz Stanislaw Szopinski, Robert Nowacki, „The Influence of Purchase Fate and Flight Duration over the Dispersion of Airline Price Tickets“, *Contemporary Economics*, Vol. 9, Nr. 3/2015, 356.

11 Вид. Anastasia Lantseva, Ksenia Mukhina, Anna Nikishova, Sergey Ivanov, Konstantin Knyazkov, „Data-driven Modeling of Airline Pricing“, доступно на адреси: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1877050915033815?token=6226E78E0F5E7C80F3C25E91E7F0DE21A16021E5F2BD8FF7792A453D958BD6BF0237D2F7B5BCD1AA517906273897AF8B&originRegion=eu-west-1&originCreation=20220727091845>, 28. 6. 2022, 268.

12 Више о томе вид. Т. М. Ravich, 392.

13 Juhar Ahmed Abdella, NM Zaki, Khaled Shuiab, Fahad Khan, „Airline ticket price and demand prediction: A survey“, *Journal of King Saud University – Computer and Information Sciences*, Vol. 33, Nr. 4/2021, 376.

14 Тачније, превозилац жели да у што већој мери искористи привредни потенцијал ваздухоплова, било да га је купио (када привредну искористивост мери спрам набавне цене), било да га је закупио (када привредну исплативост мери спрам

тежњи споменутих супротстављених страна у уговору о превозу, већ од низа других чинилаца. То су, пре свега, време куповине карте, класа путовања, дужина путовања, директност (без преседања) лета, иностраност лета, врста превозиоца (чартер, линијски или тзв. нискобуџетни) итд.¹⁵ У последњих десетак година, један од основних и најутицајнијих чинилаца је *време* када је уговор о превозу закључен односно, метафорички изражено, када је купљена путна карта. То коинцидира са распрострањеношћу куповине авио-карата путем интернета, односно могућности да путник спрам својих жеља (економски одређених као преференци) изабере уговор о превозу који му по свим мерилима одговара (имајући у виду, најпре, цену и квалитет).¹⁶

Као основна правилност, која је последица економског праћења понашања путника, јесте да се јефтиније карте за исти лет купују раније, тачније што се пре закључи уговор о превозу, већа је вероватноћа да ће цена превозиочеве услуге, односно путне карте бити јефтинија; и

закупнине). Вид. Alan H. Silberman, „Price Discrimination and the Regulation of Air Transportation“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 31, Nr. 3/1965, 199.

15 Већина тих чинилаца се може свести на два основна који стоје на превозиочевој страни, а која се састоје у предвидљивости тражње за конкретним летом (енг. *demand prediction*) и могућностима ценовне различитости (енг. *price discrimination*). Преко испитивања тржишта и установљавања заинтересованости за одређеном „рутом“, односно повезаношћу и учесталосту летова између два места, авио-превозилац посредно добија податак и о исплативости установљења линије (или само периодичног чартер превоза). Са друге стране, кроз ценовну разуђеност и различитост, превозилац добија податак о спремности потенцијалних путника да плаћају различите цене (спрам тога да ли је у питању пословно путовање или оно у циљу разоноде, одмора и других разлога). Више о томе вид. J. A. Abdella, NM Zaki, K. Shuiab, F. Khan, 376 и даље. Таква ценовна различитост је узрокована са три појаве, тачније типа. *Прво*, квантитативна различитост, када је превозилац вољан да спусти цену путне карте ако се оне купују у већем броју. Таква појава је својствена у уговору о алотману, путем кога туристичка агенција од угоститеља закупљује већи број просторних (смештајних) капацитета, па их сходно томе набавља по нижој цени по којој (уз незнатно увећање своје провизије) их даље продаје путницима. Истоветно је када туристичка агенција купује већи број карата и тако остварује попуст код превозиоца, а онда их препродаје путницима уз незнатно увећање (са којим је путна карта у својој укупности опет јефтинија у односу на ситуацију када је путник, појединачно, купује непосредно од превозиоца). *Друго*, квалитативна различитост се односи на класу путовања – бизнис, економска или прва, а тиме се посредно одражава врста, број и квалитет услуга које путник добија у току извршења уговора о превозу. Најзад, *треће*, путници са повластицама, који за исти лет (чак у истој класи) купују карту по јефтинијој цени а због припадности клубу лојалности превозиоца, прикупљања авио-кредита итд. Више о томе вид. Jelena Petrović, Nikola Petrović, „Price Discrimination Strategy of Low-Cost Airlines“, *Industrija*, Vol. 43, Nr. 1/2015, 28.

16 Више о интернет куповини авио-карата вид. Shu-Fen Yu, „Price perception of online airline ticket shoppers“, *Journal of Air Transport Management*, Vol. 14, Nr. 2/2008, 66 и даље.

обрнуто, што се касније купи карта, већа је вероватноћа да ће њена цена бити већа у односу на почетни тренутак доступности њене куповине. То може довести, и најчешће доводи до ситуације да у истом ваздухоплову на истом лету (путу од полазног до одредишног аеродрома) седе путници који су у истој класи лета (пословна, бизнис или прва), а који су превозичеву услугу платили по различитим ценама. Таква правилност (у аглосанксонској терминологији одређена као куповина *as soon as possible*, односно у латинској, *priori tempore...*) показала се тачном посебно имајући у виду међународне летове, али не и у погледу домаћих летова.¹⁷ Међутим, она није до краја и искључиво тачна, с обзиром на то да се неретко појављују ситуације у којима цена карте утолико опада уколико се приближава почетак лета.¹⁸ Објашњења је више, а као основно се наводи тежња да превозилац „попуни“ лет до краја, односно да не лети празним ваздухопловом (премда се и ситуација лета празних ваздухоплова дешава, али је њој циљ очување права на лет на одређеној рути). Таква, како се и у домаћем језику уобичајно израз *last minute* куповина (карте или туристичког аранжмана), са становишта пружаоца услуге је оправдана, како би се, како тако, покрили трошкови летелице и посаде, односно како не би долазило до отказивања лета, када би се за оне који су већ купили путну карту морале да обезбеде унапред предвиђене накнаде.¹⁹

Отуда, јасно је да нема само превозилац стратегију у одређивању цене, већ и путници приликом закључења уговора о превозу, а што се највише испољава у тактизирању у куповини авио-карте, односно у одлучивању о ранијој или каснијој куповини. С тим у вези се поставља питање оправданости заштите путника од додатних трошкова чија је вероватноћа настанка већа ако се карта купи раније (промене цена горива на светском тржишту, промене аеродромских такси итд.), с обзиром на то да је преостало време до почетка лета „плодно тло“ за промену

17 Објашњење: међународни лет представља превоз ваздухопловом којим се прелази граница једне државе, и то најчешће тако да је место поласка на аеродрому једне државе, а место доласка на аеродрому друге државе (иако је, неретко, за саму међународност довољна само чињеница преласка у ваздушни простор друге државе, без обзира на то што су аеродром поласка и доласка у истој држави). Супротно, домаћи лет представља превоз којим се премештају путници или роба са аеродрома поласка до доласка у истој држави и без преласка у ваздушни простор друге државе. Више о томе вид. Michael Milde, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, 279 и даље, 283; С. Јанковић, 207–208; Bin Cheng, *The Law of International Air Transport*, Stevens & Sons Ltd., London, 1962, 173.

18 J. A. Abdella, NM Zaki, K. Shuiab, F. Khan, 378.

19 Више о таквим накнадама вид. Светислав Јанковић, „Правне последице поремећаја у путничком авио-саобраћају насталих услед COVID-19“, *Право и привреда*, бр. 4/2021, 531 и даље.

околности. Међутим, управо због тога што је превозилац (односно алгоритам који је створен према превозиочевим мерилима) основни одлучилац о промени цене путне карте док је у „процесу“ понуде, оправдано је штитити путнике чије понашање тек посредно и последично утиче на промене цена. Управо та неизвесност коју изазива промена цене путне карте од момента почетка понуде услуге конкретног превоза до његовог отпочињања, указује на потребу појачане заштите како постојећих (који су већ купили карту), тако и потенцијалних путника.

V Заштита путника од неизвесности у цени путне карте

1. Појашњење појаве

Неизвесност у цени путне карте је појава која је присутна у највећој мери од тренутка када се распространила куповина карата путем интернета, односно *online*. Међутим, посебну актуелност тој појави даје постојећа (у 2022. години) економска неравнотежа, па и криза изазвана низом спољних чинилаца, а пре свега услед корона вируса и специјалне операције Руске федерације у Украјини, што је за своју последицу имало поремећаје на тржишту нафтних деривата. Основни задатак правне науке јесте да се ухвати у коштац са временом и одмери прикладност примене постојећих норми о заштити путника од „пре-теране“ променљивости цене путне карте. Као основни чиниоци који утичу на промену цене путне карте се, поред напред наведених, истичу и промене цене нафтних деривата, али и смањење земаљског и летачког особља и, сходно томе, поскупљење цене рада тих лица. Неретко, лоше написан рачунарски програм путем кога се *online* купују авио-карте, може да створи забуну на страни путника о коначној цени превозио-чеве услуге с обзиром на то да му се у различитим корацима при куповини карте појављују различите (најчешће веће, како се напредује ка самом закључењу уговора) цене.

2. Развој правног уређења у заштити путника

Уговор о превозу путника ваздушним путем, и сходно томе права путника, се непосредно уређује путем тзв. Монреалске конвенције из 1999. године о уједначавању одређених правила у међународном ваздушном превозу и домаћим прописима (најчешће законима) који у целисти преузимају њена правила.²⁰ Међутим, упркос томе, остаје широка

20 Монреалска конвенција из 1999. године о уједначавању одређених правила у међународном ваздушном превозу и домаћим прописима (*Convention for the*

правна празнина неуређених ситуација, међу којима су поред оних о правима путника у случају кашњења и отказивања лета и оне о заштити путника као потрошача у случају једностране промене цена превоза (конкретно, путне карте) од стране превозиоца.

Сам чин промене цене путне карте се односи на време које обухвата почетни тренутак (када је куповина путне карте доступна) и крајњи тренутак (када је завршена понуда продаја путне карте и када би лет требало да отпочне). У том међувремену, али и у самом процесу, дешава се да се првобитно уочена (од стране путника) односно понуђена (од стране превозиоца) цена измени. То је последица развоја тржишног правног уређења у ваздушном саобраћају које је, како је на почетку поменуто, ишло од потпуне и искључиве правне уређености (када је држава непосредно вршила утицај на одређивање цене), до потпуне правне неуређености (када је држава кроз „однормирање“ [енг. *Liberalization*], практично уступила „невидљивој руци тржишта“, односно самим компанијама да слободно одређују цене).

Када су државе у преовлађујућем делу света почеле да уступају своју надлежност у непосредном уређивању цене превозничких услуга (пре свега у САД-у од 1970-их година), као последица је почела да се јавља појава злоупотребе таквог положаја од стране авио-компанија. Конкретно, оне су распарчале своју сложену услугу превоза и биле су спремне да понуде по нижој цени само прост превоз путника, без додатних услуга (попут превоза пртљага, осигурања, obroka у току лета итд.).²¹ Такво упоједињавање превозничке услуге је свакако налазило пут до крајњих корисника (путника) чиме се авио-превоз у већој мери омасовио.²² Међутим, такво поједностављивање своје услуге превозиоци су врло често били спремни да искористе на штету путника а у циљу повећавања свог профита тако што су уз економију обима и временски критеријум стварали разлике у цени путних карата за исту превозничку услугу. То је, уз поменуту *online* продају карата, створило неизвесност у цени путне карте и истовремено неизвесност правног положаја путника у превозном односу. Зато су државе морале да реагују како би заштитиле права путника као потрошача, а што се испојило кроз процес тзв. пренормирања, односно преуређивања (енг. *reregulation*) које се односи

Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, signed in Montreal, Canada, 28th May 1999).

21 Alessandro Cento, *The Airline Industry: Challenges in the 21st century*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2009, 87.

22 Процена је да су авио-услуге појефтиниле за најмање 10% од тренутка препуштања надлежности авио-превозиоцима да потпуно самостално одређују цену своје услуге. Вид. Wilfred S. Manuela Jr., „Airline liberalization effects on fare: The Case of Philippines“, *Journal of Business Research*, Vol. 60, Nr. 2/2007, 161 и даље.

на поновно, прерађено правно уређење раније слободног тржишта путничких авио-услуга.

3. Начини заштите путника

а) Уопште

Путник, као потрошач авио-услуга се штити од неодређености и неизвесности у цени путне карте на два основна начина. *Први* је благовремена обавештеност путника о цени путне карте која подразумева да о целокупној цени и о врсти услуга буде обавештен већ у првом кораку куповине, односно чим је приступио „распитивању“ о куповини авио-карте (чиме би требало да се искључе „мамци“ авио-компанија о јефтиним картама чија се цена доцније кроз поступак куповине повећава). *Други* начин заштите путника се састоји у умереном и тачно уређеном повећању путне карте у ситуацијама које су предвиђене за то (промењене околности попут повећања цене горива).

б) Благовремена и потпуна обавештеност

Обавештеност уговорне стране о садржини уговора који закључује је од изузетне важности за уговорну равнотежу и равноправност уговорних страна у облигационом односу. Благовременост обавештења значи да је путник, као уговорна страна, имао пред собом сва потребна обавештења која су такве природе да коначно опредељују његов став о уговору који тежи да закључи.²³ Она се односе на битне састојке уговора о превозу путника ваздушним путем, односно на посао превозиоца, време превоза и цену превоза.²⁴ Осим тога, путнику су веома важни услови превоза под којим се подразумева тачнија садржина конкретне превозиоачеве услуге. Конкретно, има ли право на превоз ручног и регистрованог пртљага, на оброке, осигурање, али и да ли је дужан да додатно плаћа неку од ових услуга или, чак, и основну услугу превоза, ако дође до одређених промена у околностима у којим је сам уговор закључен.²⁵

23 Таква, благовремена и потпуна обавештења корисника превозничких услуга су неизоставни део и сложенијег уговора о организовању путовања. Вид. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021, чл. 93 ст. 1 тач. 2.

24 Вид. С. Јанковић (2021а), 200.

25 Како би се корисник услуга ваздушног превозиоца у потпуности правно заштитио на нивоу Европске уније, а са применом на подручје тзв. „Европског неба“, којем и Република Србија припада, усвојена је Уредба 1008/2008 о заједничким правилима у погледу одређених радњи у пружању услуга у цивилној авијацији (*Regulation (EC) No. 1008/2008 of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on the*

У погледу наведених услова, тачније превозиочевих чинидби и својих, наспрамних обавеза да их плати, путнику морају да буду пружена обавештења већ у почетном тренутку закључења уговора. Према то делује као таутологија, а донекле и као беспотребно наглашавање уобичајених поступака при закључењу уговора, за путника је веома важна прецизност, потпуност и благовременост пружених му обавештења о превозиочевој услузи. То значи да путник већ у првом контакту са превозиоцем (било да је тај контакт непосредан у превозиочевим просторијама, или посредан, када се продаја карата врши преко туристичке агенције или путем интернета) мора да буде обавештен о врсти, садржини и цени услуге која му се нуди. Конкретно, у превозу ваздухопловом, да буде обавештен о времену трајања лета, евентуалним преседањима, садржини саме услуге у току лета (да ли се своди само на прост превоз или има право и на додатне услуге), као и о тачној цени.²⁶

У неколико наврата, посебно од увођења интернет продаје карата, спорним се одредило питање да ли превозилац поступа правилно ако коначну цену саопштава путнику тек у крајњем кораку интернет куповине карте, а не и у почетном. На пример, за лет на одређену дестинацију, превозилац у првобитној, рекламној понуди истиче цену од 120 евра за једну карту, а када се приступи њеној куповини, путник у току самог процеса, а пре крајњег корака куповине карте, сазна да се карта односи само на превозиочеву услугу превоза, а не и на аеродромске таксе, накнаде за гориво и евентуалне друге трошкове.²⁷ Путник трпи

common rules for the operation of air services in the Community, OJ L 293, 31. 10. 2008; даље у фуснотама: Уредба 1008/2008). Као најважнија правила у овој области су рецитал 16, те чланови 22 и 23 Уредбе 1008/2008. Управо се рециталом 16 предвиђа право потрошача авио-услуга на потпуно и благовремено обавештавање, како би они могли да упореде цене између различитих авио-превозилаца за исту врсту услуге, а све у циљу јачања конкурентности између њих.

26 Коначна цена авио-карте би требала у себи да обухвата како цену непосредне услуге превозиоца, тако и друге накнаде (попут аеродромских такси) које се уобичајено наплаћују у оквиру путне карте. Вид. Claus Pegatzky, Sebastian Rockstroh, „Die Reform des Europäischen Luftverkehrsrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008“, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Vol. 58, Nr. 4/2009, 563.

27 Сличан случај је решаван пред немачким судовима и, најзад, пред Европским судом правде. Немачка организација за заштиту потрошача је у циљу испитивања положаја потрошача у реалности симулирала куповину авио-карте путем интернета. Приступљено је куповини карте 26. априла 2010. године за домаћи лет од Берлина до Келна и већ при првом оптирању за тај лет на екрану су се приказале цена превоза и износ од 3 евра за аеродромске таксе и накнаде (за евентуалне промене цена горива). Пошто је тај износ био нереално мали, а имајући у виду колико се на конкретном аеродрому наплаћују таксе, немачко удружење за заштиту потрошача је покренуло поступак против авио-превозиоца *Air Berlin*, који је, најзад, решаван пред Европским судом правде. Основ спора се налазио у одсуству потпуне

неизвесност и када у том почетном кораку има пред собом једну понуду цене карте, а доцније, у крајњем кораку пристанка на куповину, сазнаје да се та цена односи само на боравак у ваздухоплову током лета (прост превоз), а не и на превоз ручног и регистрованог пртљага.²⁸ Управо је суштина потпуне и благовремене обавештености путника да у том првом, почетном кораку куповине има сазнање о коначној цени превоза, то јест путне карте, у коју су сврстани на јасан, недвосмислен начин све услуге која та цена обухвата, али и оне које не обухвата (на пример, регистровани пртљак, додатни пртљак, оброци, осигурања, довоз и одвоз са аеродрома итд.).²⁹ Таква представа цене авио-карте и

обавештености потенцијалног путника о цени карте. Наиме, ако би се наставило са процесом куповине карте (тзв. *booking*), у последњем кораку куповине би се изразила већа цена него што је била у првом кораку приступања куповини. Немачки авио превозилац се бранио аргументом да је цена његове превозничке услуге иста од почетног до завршног корака куповине карте, а да цена на коју он не може да утиче (аеродромске таксе и друге накнаде) може да буде променљива, што се, по правилу, и наводи у процесу интернет куповине авио-карата. Европски суд правде је стао на становиште да авио-превозилац има обавезу да прикаже коначну цену карте већ у првом, рекламном кораку ка њеној куповини, а да је мењање цене коју купац треба да плати у току поступка куповине, па чак и да је из разлога промене накнада које превозилац лично не пружа нити има добит – противправно. Закључак је, дакле, да укупна, коначна цена авио-карте са свим појединостима мора да буде приказана већ у самом почетку поступка њене куповине и да свако одступање од те почетне и коначне цене, на штету путника, представља непоштено понашање авио-превозиоца. Више о томе вид. Jeremias Prassl, „Liberalisation, Information, and Transparency: Three Tales of Consumer Protection in EU Aviation Law“, *European Review of Contract Law*, Nr. 3/2015, 287–288. Детаљни подаци о пресуди описаног случаја C-290/16 доступни су на адреси: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192402&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=1834434>, 28. 6. 2022.

28 Премда накнаду за регистровани пртљак превозилац има право да одвоји од цене своје класичне превозничке услуге и тако по јефтинијој цени путне карте превоз учини доступним већем броју путника, чини се да у погледу ручног пртљага такво право нема. Пре свега, превозилац нема изричиту обавезу да чува и да се стара о ручном пртљагу, с обзиром на то да ту обавезу посредно извршава превозећи путника. Сходно томе, накнада за превоз путника обухвата у себи и накнаду превоза његовог ручног пртљага. Најзад, ручни пртљак је ствар у превозу такве природе о којој се искључиво стара и преузима одговорност путник, тако да превозилац, пошто нема обавезу чувања, а ни право наплате додатне накнаде, нема право ни да забрани да путник са собом понесе ствари које представљају његов лични пртљак. Превозилац може само извесности ради да путнику пружи обавештења о врсти и количини ствари које могу да буду смтране ручним пртљак. Таква обавештења имају за путника значај одређености и извесности превозичеве чинидбе, а сам превозилац их може давати ако су заснована на безбедносним и сигурносним разлозима у погледу лета. Више о томе вид. J. Prassl, 286.

29 Вид. „Servicegebühr / Zahlungsmittel / Verordnung (EG) Nr. 1008/2008“, *ReiseRecht*, Vol. 30, Nr. 1/2022, 50–52.

услуга које „обухвата“ је важна путнику не само ради извесности у том предстојећем и могућем правном односу, већ и да би путник могао да је упореди са ценама и услугама других авио превозилаца.³⁰

Дакле, омогућавање авио-компанијама да самостално формирају цене својих услуга је имало за циљ њихово појефтињење на начин што су се саме услуге могле упојединити (од сложених ка једноставнијих), па да путник изабере изоловано само једну, а не и комплет превозичких услуга, те да само за њу и плати. Тиме се превозничке услуге прилагођавају потребама путника који, према томе, бирају само ону коју желе и која им је неопходна, а не и остатак из могућег пакета услуга.³¹ Међутим, превозилац је, без обзира на то да ли нуди сложену или просту услугу превоза (без додатних услуга путнику), дужан да већ у рекламном делу понуде продаје путне карте, а свакако у првом кораку ка њеној куповини, објави потпуну и коначну цену такве авио-карте. При томе, уз своју услугу мора да назначи и цену услуга других субјеката (аеродром, држава, осигуравајуће друштво итд).³²

в) Умерено повећање цене авио-карте

Из претходног излагања о правовременој и тачној обавештености путника о цени авио-карте, произлази да нема места њеној промени. Чак су се, неретко, водили судски поступци када би до промене цене дошло већ приликом њене куповине.³³ Управо, на основу таквог правила, делује потпуно утемељено закључак да се, након што се авио-карта купи, односно закључи уговор о превозу путника, не може мењати њена цена, то јест обавезивати путник на додатне накнаде. Међутим, такво правило има своје правно дејство само у правном односу који су створили самостално путник и авио-превозилац, а не и у односу у коме су путник и превозилац само као последице ширег правног основа приступили.

Један од таквих, сложенијих послова представља уговор о организовању путовања у коме се туристичка агенција обавезује путнику

30 Вид. Margherita Colagnelo, Vincenzo Zeno-Zencovich, *Introduction to European Union Transport Law*, Roma Tre-Press, Rome, 2015, 162.

31 *Пример*: Ако лекар из Београда путује на конгрес пулмолога у Мадрид на два дана, логично је да му није потребно да носи регистровани пртљаг (до 22 или 23 килограма), већ своје путовање може да заврши и са само ручним пртљагом (обично до 8 килограма). То се, свакако, одражава на цену и примерено је да такав путник плати само карту за услугу која му је потребна (превоз њега и његовог личног, ручног пртљага), а не и ону која му није толико потребна (превоз регистрованог пртљага).

32 С. Pegatzky, S. Rockstroh, 563–564.

33 Више о таквим споровима вид. J. Prassl, 283 и даље.

да ће му пружити тзв. пакет услуга, међу којима су, најчешће, услуга смештаја (ноћења) у угоститељском објекту, превоз, оброци и остали туристички садржаји.³⁴ Само у таквом уговору постоји могућност да се цена читавог аранжмана незнатно повећа, и то само из разлога увећаних трошкова услуге која се везује за авио-превоз. Конкретно, ако дође до промене цене набавног горива за авионе или се повећају аеродромске таксе, односно друге накнаде у вези превозиочеве услуге, онда ће туристичка агенција као организатор путовања имати право да увећа цену своје услуге, односно претходно закљученог уговора о пакет аранжману. Дакле, у таквом случају се, практично, омогућава и толерише повећање цене авио-услуга, а која иначе не би била могућа да је путник закључио само уговор о превозу. То значи, у супротном, да је путник самостално купио путну карту, превозилац на основу већ објашњених правила не би могао да једнострано изврши повећање цене своје услуге, без обзира на знатност / обим повећања сировина / услуга других субјеката на основу којих је он пружа.

У циљу што веће правне извесности, постојећим правним режимом у Европској унији је на детаљан начин уређена могућност и обим повећања цене пакет аранжмана. Тачније, пакет аранжман се повећава само у мери у којој се повећава цена превоза у том сложеном уговору о организовању путовања. Цена се, дакле, може повећати само ако је то у том конкретном уговору предвиђено.³⁵ У том случају, цена се може повећати само из разлога који, у већини, стоје на превозилачкој страни те сложене туристичке услуге, а који су конкретизовани као разлози повећања услед повећања цене горива, аеродромских или других такси које се односе на превоз (попут укрцаја или искрцаја).³⁶

34 Детаљније о уговору о организовању путовања у новом правном режиму вид. Вук Радовић, „Предлог нове Директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2014)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 448 и даље.

35 Таква одредба у уговору мора да путнику буде представљена на јасан и недвосмислен начин најмање 20 дана пре почетка путовања. Имајући у виду такво, једнострано принудно, стриктно правило, долази се до закључка да је за путника, барем у погледу тог правила о могућем повећању, повољније да закључује уговор о организовању путовања у периоду од највише 20 дана пре почетка путовања (тзв. *last minute*), јер је у таквом случају искључена могућност да организатор путовања једнострано повећа цену у случају повећања цена горива и других, са превозом повезаних услуга. Тиме се, донекле, оповргава раније помињана хипотеза о прогресивном (растућем) угицају времена на куповину авио-карте садржана у правилности раније купљена карта – јефтинија цена карте.

36 Директива о пакет аранжманима и повезаним туристичким путовањима (*Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004*

Када се испуне услови за повећање цене пакет аранжмана, а због повећања цене авио-карте, онда ће повећање моћи да буде само 8% од укупног износа (цене) пакет аранжмана. То значи, да чак ако је реално повећање цене горива или аеродромских такси (или других услуга аеродромског особља) веће од 8% од укупне цене пакет аранжмана, организатор путовања ће моћи да изрази повећање са своје стране само до износа од 8%, а не и више.³⁷ Укратко, он ће бити дужан да сноси ризик за реална повећања (цена горива и других наведених трошкова) која прелазе износ од 8% од укупне цене аранжмана.

VI Закључак

Имајући у виду савремени начин закључивања уговора о превозу путника ваздушним путем (преко конклюдентног начина куповине авио-карте путем интернета), закључује се да је такав начин сложен, па и детаљан како би у што већој мери задовољио потребе путника. Управо због своје сложености, такав начин куповине карте може да буде обмањујући за путника, што свакако не би смео да буде. Тежња превозилаца да увећају добит је повезана неретко са рекламним програмима којима се представља цена карте нижом него што заправо јесте, а све у циљу примамљивања већег броја путника. Због тога се јавља неизвесност у погледу коначне цене, а која, као таква, не би смела да постоји ни једног тренутка. У том смислу је одређен и постојећи правни режим у Европи у овој области, с обзиром на то да на императиван начин уређује обавезу превозиоца (или било ког продавца авио-карте) да већ у првом, рекламном, почетном кораку куповине карте објави потпуну и коначну цену. Дакле, обавеза благовременог обавештења о тачној, укупној цени авио-карте (са свим пратећим трошковима, таксама итд.) је једино

*and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, OJ L 326, 11. 12. 2015; даље у фуснотама: Директива о пакет аранжманима), чл. 10. Српски Закон о заштити потрошача (чл. 101) у потпуности преузима поменуто правило из Директиве о пакет аранжманима. Вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 372.*

37 Директива о пакет аранжманима, чл. 10 ст. 2; Закон о заштити потрошача, чл. 101 ст. 3. Међутим, могуће је наведене прописе тумачити на начин да организатор нема уопште право на повећање цене пакет аранжмана ако је дошло до повећања цене горива или такси и других накнада у износу више од 8% од укупне цене аранжмана. У том случају, организатор не би имао право на једнострано повећање цене, чак ни на сопствену штету (када би повећао цену до износа 8% од цене аранжмана, а за оно преко да сам сноси трошак), већ би морао да обавести путника о актуелности његовог права да раскине уговор у таквим околностима. На такав закључак упућује језичко тумачење чланова 10 и 11 Директиве о пакет аранжманима.

решење за отклон неизвесности и правне неравнотеже у односу између превозиоца и путника.

Једини случај где постоји, и дозвољена је неизвесност у цени авио-карте, јесте када је уговор о превозу интегрисан у сложенији уговор о организовању путовања. Тада је могуће повећати цену тог сложенијег уговора (о организовању путовања), а због повећања цене карте из тачно одређених и унапред предвиђених разлога. Тиме се долази до закључка да је цена авио-карте потпуно извесна и одређена када је путник самостално купује од превозиоца (или другог продавца), а да постоји одређена, примерена доза неизвесности, својеврсне алеаторности на путничковој страни, када услугу ваздушног превоза добија у оквиру тзв. пакета туристичких услуга. Чини се да, иако је као таква предвиђена, да у циљу боље, делотворније заштите потрошача, не би требало да постоји чак ни таква неизвесност у цени путне карте (тачније пакет аранжмана), јер се у једном веома кратком периоду (од закључења до испуњења уговора не прође никад више од годину дана) примењује својеврсна клизна скала која није својствена таквим, потрошачким уговорима, колико класичном уговору о грађењу.

Коришћена литература

- Ahmed Abdella Juhar, Zaki NM, Shuiab Khaled, Khan Fahad, „Airline ticket price and demand prediction: A survey“, *Journal of King Saud University – Computer and Information Sciences*, Vol. 33, Nr. 4/2021.
- Iranu Evaristus M., „Opening African Skies: The case of airline industry liberalization in East Africa“, *Transportation Research Forum*, Vol. 47, Nr. 1/2008.
- Јанковић Светислав, „Правне последице поремећаја у путничком авио-саобраћају насталих услед COVID-19“, *Право и привреда*, бр. 4/2021. (Janković Svetislav, „Pravne posledice poremećaja u putničkom avio-saobraćaju nastalih usled COVID-19“, *Pravo i privreda*, br. 4/2021)
- Јанковић Светислав, *Ваздухопловно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (даље цитирано као С. Јанковић [2021a]) (Janković Svetislav, *Vazduhoplovno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021. (dalje citirano kao S. Janković [2021a]))
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021)

- Јовановић Небојша, *Саобраћајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017. (Jovanović Nebojša, *Saobraćajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017)
- Klophaus Richard, „The Economics of Unbundling Air Travel Services“, доступно на адреси: https://www.researchgate.net/profile/Richard-Klophaus/publication/268428886_THE_ECONOMICS_OF_UNBUNDLING_AIR_TRAVEL_SERVICES/links/568bb03408ae051f9afc590b/THE-ECONOMICS-OF-UNBUNDLING-AIR-TRAVEL-SERVICES.pdf, 16. 7. 2022.
- Knee Alan, Tan Jin, „The ASEAN Single Aviation Market: Liberalizing the Airline Industry“, *Policy Brief*, Nr. 4/2014.
- Куљанин Јелена, Паскота Мира, Калић Милица, „Тржиште ваздушног саобраћаја у Србији: Нове авиокомпаније – нови путници“, *Техника – Саобраћај*, бр. 2/2015. (Kuljanin Jelena, Paskota Mira, Kalić Milica, „Tržište vazdušnog saobraćaja u Srbiji: Nove aviokompanije – novi putnici“, *Tehnika – Saobraćaj*, br. 2/2015)
- Lantseva Anastasia, Mukhina Ksenia, Nikishova Anna, Ivanov Sergey, Knyazkov Konstantin, „Data-driven Modeling of Airline Pricing“, доступно на адреси: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1877050915033815?token=6226E78E0F5E7C80F3C25E91E7F0DE21A16021E5F2BD8FF7792A453D958BD6BF0237D2F7B5BCD1AA517906273897AF8B&origInRegion=eu-west-1&originCreation=20220727091845>, 28. 6. 2022.
- Manuela Jr. Wilfred S., „Airline liberalization effects on fare: The Case of Philippines“, *Journal of Business Research*, Vol. 60, Nr. 2/2007.
- Milde Michael, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.
- Pegatzky Claus, Rockstroh Sebastian, „Die Reform des Europäischen Luftverkehrsrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008“, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, Vol. 58, Nr. 4/2009.
- Petrović Jelena, Petrović Nikola, „Price Discrimination Strategy of Low-Cost Airlines“, *Industrija*, Vol. 43, Nr. 1/2015.
- Prassl Jeremias, „Liberalisation, Information, and Transparency: Three Tales of Consumer Protection in EU Aviation Law“, *European Review of Contract Law*, Nr. 3/2015, 287–288.
- Ravich Timothy M., „Deregulation of the Airline Computer Reservation (CRS) System“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69, Nr. 2/2004.
- Радовић Вук, „Предлог нове Директиве о пакет аранжманима и повезаним путничким аранжманима“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2014)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014. (Radović Vuk,

- „Predlog nove Direktive o paket aranžmanima i povezanim putničkim aranžmanima“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2014)* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014)
- Silberman Alan H., „Price Discrimination and the Regulation of Air Transportation“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 31, Nr. 3/1965.
- Stanislaw Szopinski Tomasz, Nowacki Robert, „The Influence of Purchase Fate and Flight Duration over the Dispersion of Airline Price Tickets“, *Contemporary Economics*, Vol. 9, Nr. 3/2015.
- Ferdinand Scharpenseel Moritz, „Consequences of E.U. Airline Deregulation in the Context of the Global Aviation Market“, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 22, Nr. 1/2001.
- Cento Alessandro, *The Airline Industry: Challenges in the 21st century*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2009.
- Cheng Bin, *The Law of International Air Transport*, Stevens & Sons Ltd., London, 1962.
- Colagnelo Margherita, Zeno-Zencovich Vincenzo, *Introduction to European Union Transport Law*, Roma Tre-Press, Rome, 2015.
- Yu Shu-Fen, „Price perception of online airline ticket shoppers“, *Journal of Air Transport Management*, Vol. 14, Nr. 2/2008.

Svetislav JANKOVIĆ, PhD
Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

(UN)CERTAINTY IN THE PRICE OF AIR TICKET

Summary

In the article, the author considers the uncertainty in the price of air tickets which is manifested in two ways. The first one is difficulty in cognition of real price of ticket due to many of advertising methods which are aimed to attract as many as possible new passengers. Usually, the price at the beginning of the process of purchasing the ticket is much lower than the final price at the end of the process of its purchase. The second example of uncertainty is present in the package tour arrangement where is possible to increase the overall price due to reasons on the carrier's side (usually due to an increase in the price of fuel). The author concludes that both of the aforementioned occasions of increasing the price of the tickets are unacceptable because of protecting reasons of consumers.

Key words: *Online Booking. – Airline Ticket. – Package Tour Arrangement. – Increasing the Price.*

Датум пријема рада: 1. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2022.

УДК: 347.447.63:336.717.5 ; 366.2

SERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22305A

Бојан ТЕРЗИЋ*

директор Сектора за заштиту корисника финансијских услуга
у Народној банци Србије

ПРАВНА ПРИРОДА КРЕДИТНИХ НАКНАДА – САЖЕТА УПОРЕДНА РАЗМАТРАЊА

Сажетак

Пре евенуалне процене правичности уговорних одредби о кредитним накнадама, неопходно је разумети њихову економску суштинску и следствено томе њихову правну природу. Упоредна судска пракса показује да судови, који се примењујући широке правне стандарде редовно позивају на циљно тумачење прописа о заштити потрошача, истовремено избегавају (уз одређене изузетке) да разматрају економску позадину тих накнада и могуће последице које забрана тих накнада може да има по потрошаче у целини. Недореченост Суда правде ЕУ у погледу сврхе кредитних накнада, уз специфичности националних прописа о заштити потрошача, узрокује различито третирање ових накнада на јединственом тржишту ЕУ – од њихове потпуне забране, до потпуне слободе њиховој уоварања. Уместо процене ценовних механизма банкарских услуга искључиво са аспекта доктринарних ставова судова, интерес потрошача у тржишним економијама захтева пре свега интензивну конкуренцију и обликовање банкарских услуга више сјрам потреба њихових корисника.

* Електронска адреса аутора: bojan.terzic@nbs.rs.

Кључне речи: *Кредитне накнаде. – Нејравичне уговорне одредбе. – Директива 93/13. Кључне и помоћне уговорне одредбе. – Суд правде ЕУ.*

I Увод

Питање дозвољености уговарања и наплате кредитних накнада¹ у Србији бива актуелизовано након доношења две правоснажне пресуде Вишег суда у Сомбору, у марту 2017. године.² Тим пресудама је први пут правоснажно заузет став да је ништава уговорна одредба којом се корисник кредита обавезује да плати банци једнократну накнаду по основу трошкова обраде кредита. Следило је прогресивно увећање броја ових спорова. Процене показују да је у тренутку доношења Правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита (мај 2018.) пред првостепеним судовима било од четири до пет хиљада оваквих спорова, док је у септембру 2021. године, када је Врховни суд *морао* поново да интервенише, било више од 200.000 спорова.³

Питање (не)правичности кредитних накнада у појединим земљама ЕУ отворено је знатно раније. Тако у Немачкој ово питање постаје посебно актуелно од 2008. године, а дефинитивно је (у погледу потрошача) решено у мају (и октобру) 2014. године. Оспоравање једнократне кредитне накнаде прелило се из Немачке на околне државе, као што су Чешка, Аустрија, Мађарска, док Пољска има свој специфични историјат настанка ових спорова.⁴ Поједини трошкови и накнаде оспоравају се и у Шпанији.

Правна природа (једнократне) кредитне накнаде у контексту утврђивања њене (не)правичности представља претходно правно питање и своди се заправо на процену да ли је та накнада део цене кре-

1 Под кредитном накнадом у овом раду подразумевамо једнократну накнаду најчешће познату под називом „накнада за обраду кредита“, која се наплаћује приликом исплате кредита, као и накнаду за праћење отплате кредита, која се најчешће плаћа током периода отплате кредита (у фиксном износу или процентуално од износа кредита, односно остатка дуга).

2 Гж. 310/17 и Гж. 320/17 од 15. 3. 2017. године.

3 Процене су дате на основу података Удружења банака Србије (УБС). Према овим подацима, у првој половини 2021. године пред првостепеним судовима је било 200.878, а на крају те године 292.728 спорова.

4 У Пољској је измена Грађанског законика уведено ограничење каматне стопе (двоструки износ законских камата). Кредитне институције су покушале да заобиђу ово правило високим накнадама и провизијама, што је узроковало спорове у којима су оспораване ове накнаде.

дита. Наиме, у свим поменутич чланицама ЕУ, спорови у вези са кредитним накнадама воде се с позивом на националне прописе којима је имплементирана Директива о неправичним уговорним одредбама.⁵ Наведена Директива у чл. 4 ст. 2 и национални прописи многих држава чланица не дозвољавају контролу правичности одредби уговора којима је дефинисан предмет уговора (*main subject matter*), односно контролу адекватности цене и накнаде у односу на испоручена добра и услуге (*main price objection*), под условом да су те одредбе дефинисане јасним и разумљивим језиком.⁶

С тим у вези, упоредно посматрано уочили смо неколико различитих приступа. Судска пракса у Немачкој је става да једнократна процесна банкарска накнада не може бити део цене кредита, а затим је оцењено да је та накнада неправична *per se*, без обзира на околности конкретног случаја. Потпуно супротан приступ у погледу правне природе одређених кредитних накнада заузео је Врховни суд Уједињеног Краљевства, схватајући сваку монетарну обавезу корисника као део цене кредитног производа, те као такву изузету од контроле.⁷ Трећи приступ, који можемо назвати *средњи њуш*, има Суд правде ЕУ, који није заузео јасан став у погледу правичности кредитне накнаде, али ни у погледу њене правне природе, већ је углавном давао тумачења одређених правних стандарда указујући на критеријуме значајне за процену спорних одредби.

Циљ овог рада је да укратко прикаже ова три различита схватања, дајући критички осврт и износећи сопствено разумевање, те да подстакне критичко разматрање овог питања. Иако чл. 4 ст. 2 Директиве није преузет у домаће прописе о заштити потрошача, (што не значи да је сврха тих прописа и без те одредбе контроле цена од стране суда), правна природа накнаде свеједно може бити значајна за домаћу судску праксу, имајући притом у виду да домаћи судови своје одлуке и нису заснивали на тим прописима, већ на одређеним начелима општег уговорног права. Због актуелности ове теме, нисмо могли да изоставимо различите резултате у процени правичности кредитних накнада код ова три приступа, па су и они укратко наведени и коментарисани.

5 Директива о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 95/29, 21. 4. 1993; даље у тексту и фуснотама: Директива 93/13).

6 Чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13: Процена неправичности одредбе не односи се на дефиницију главног предмета уговора нити на адекватност цене и накнаде на једној страни и заузврат испоручених добара и услуга на другој, *ако су те одредбе формулисане јасним и разумљивим језиком*.

7 Потпуно супротан став у односу на немачку судску праксу заузео је и Врховни суд Аустрије. Вид. Supreme Court Decision 6Ob13/16d, 30. 3. 2016.

II Правна природа кредитних накнада у упоредној судској пракси

1. Пресуде Савезног суда СР Немачке

Пресудама од 13. маја 2014. године (BGH XI ZR 405/12 и BGH XI ZR 170/13) Савезни суд СР Немачке (*Bundesgerichtshof* – Савезни суд) је, за разлику од свог дотадашњег става,⁸ пресудио да је ништава одредба општих услова пословања којом је уговорена једнократна процесна накнада у уговору о кредиту закљученом између кредитне институције (банке) и потрошача. Сматра се да је оспоравање кредитних накнада изазвало предавање председника грађанског већа тог суда, судије Герда Ноба (*Gerd Nobbe*), на конференцији у новембру 2007. године, посвећеној банкарском праву и дозвољености кредитних накнада (објављено почетком 2008. године), у којем је изнео чврст став против дотадашње судске праксе, указавши притом на неколико основних принципа којима се треба руководити приликом разматрања овог питања.⁹

Мишљења и ставови Савезног суда из ових пресуда суда могу се поделити у два дела. Први део чине разматрања у вези са правном природом једнократне кредитне накнаде, а други део објашњење процене овог суда да се ради о неправичној одредби.

а) Мишљење о природи једнократне кредитне накнаде

Пре упуштања у процену правичности одредбе о накнади, Савезни суд је најпре морао да провери да ли та одредба уопште подлеже таквој процени. За разлику од Директиве 93/13 која у чл. 4 ст. 2 уско дефинише одредбе које не могу бити предмет контроле правичности, Немачки грађански законик у одредби § 307 ст. 3 широко дефинише одредбе које могу бити предмет те контроле правичности, а то су одредбе у општим (стандардним) условима пословања на основу којих је договорено одступање од диспозитивних одредби прописа, или допуна тих диспозитивних одредби.¹⁰ Такође, и одредба која не одступа

8 Последњи пут се Савезни суд о овом питању изјаснио у пресудама XI ZR 11/04 и 10/04 од 14. септембра 2004. године, када је процесну накнаду од 4% доводио у питање због тога што је била неуобичајено висока, али право да се кредитна накнада наплаћује није оспорено. Такође је у ранијим пресудама, од 1979. године закључно са пресудом XI ZR 11/04 из 2004. потврђивао право на наплату уобичајене кредитне накнаде до 2%.

9 Вид. Gerd Nobbe, „Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 5/2008, 187–194; BGH – XI ZR 348/13, 28. 10. 2014, Rn. 42(c) и 58.

10 Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*; даље у тексту и фуснотама: BGB).

од диспозитивне одредбе прописа, зато што такве одредбе нема, може бити предмет процене ако није довољно јасна и разумљива.¹¹ С друге стране, главна уговорна обавеза и цена која се плаћа за то директно представљају израз принципа аутономије воља и стога не подлежу контроли материјалног садржаја, већ само са аспекта општих правила из одредби § 134 и § 138 BGB.¹²

Зато је најпре било потребно утврдити да ли је одредба о накнади део тих општих услова пословања, и ако јесте – да ли представља одступање или допуну диспозитивних одредби прописа који регулишу уговор о кредиту.¹³ Савезни суд је најпре успео да докаже да ова одредба јесте уговорена као део стандардних услова. Наиме, по мишљењу овог суда, да би се нека одредба сматрала унапред формулисаном, она не мора бити записана, већ је довољно да је на други начин фиксирана за виšekратну употребу. Довољно је да је уговорна одредба похрањена „у глави“ онога ко ту одредбу користи ради будуће и редовне употребе у уговорима. Није неопходно да процесна накнада буде део приказа структуре цене, а одредба о накнади се може сматрати унапред формулисаном иако номинални износ накнаде није одређен у уговору о кредиту, ако банка за ту накнаду редовно задужује кориснике у унапред одређеном фиксном проценту, односно обрачунава је на бази појединачних података за сваког корисника.¹⁴ Заправо, уговорне одредбе се сматрају делом општих услова ако се о њима није индивидуално преговарало, при чему је доцнија судска пракса тај стандард преговора схватила врло строго.¹⁵

Након што је претходно недвосмислено утврдио да је одредба о једнократној накнади део стандардних (општих) услова пословања банке, Савезни суд најпре констатује да треба разликовати главну уговорену услугу од специјалне услуге која се нуди као додатак, и даље ситуацију

11 У Немачкој није директно транспонована Директива 93/13 (осим што су унете одредбе које дефинишу појам потрошача и привредног субјекта), будући да је оцењено да домаће право пружа већи степен заштите потрошача у односу на ту директиву. До 2002. године неправичне уговорне одредбе биле су регулисане посебним законом који је уређивао опште услове пословања (*AGB-Gesetz*).

12 Roman Jordans, „Zur (Un-)Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Nr. 5/2015, 203.

13 Додатни разлог је и тај што износ једнократне накнаде није био утврђен у тексту уговора нити у било ком другом документу, већ је постојала одредница само да се накнада наплаћује у одређеном проценту, док је посебним прописима предвиђено да у уговору о кредиту морају бити наведени и сви *групи ти рошкови који произлазе из уговора о кредитиу*. То је могло довести до тога да одредба заправо уопште није уговорена, што би онемогућило процену њене правичности.

14 BGH XI ZR 170/13, Rn. 20–21.

15 BGH XI ZR 233/16, 4. 7. 2017, Rn. 23.

у којој банка пребацује на корисника генералне оперативне трошкове и трошкове у вези са испуњавањем својих законских и уговорних обавеза, а затим заузима став да једнократна накнада, која се углавном одређује линеарно, служи за покриће управо тих генералних оперативних трошкова банке у вези са одобравањем кредита, при чему не постоје било какве додатне, пратеће услуге које банка заузврат пружа кориснику.

Када је реч о могућности да кредитна накнада буде схваћена као део цене кредита, Савезни суд констатује да је каматна стопа цена за коришћење капитала.¹⁶ Суд начелно дозвољава двокомпонентну цену, наводећи да попуст у каматној стопи банка може да компензује кроз једнократну накнаду, али је с друге стране децидан да је *камаџа у њраву, само она накнада која је заснована на времену коришћења (џреостјалој) каџиџјала (Zeit überlassenen Kapitals)*, те да се за разлику од накнаде за помоћне и додатне услуге, кредитна накнада може разумети као део камате само ако њен износ зависи од рока отплате.¹⁷ Другим речима, ово би значило да банка трошкове које наплаћује кроз једнократну накнаду, теоријски може да наплаћује кроз авансни део камате, под условом да је укупна камата, па и тај део који се плаћа унапред, утврђен спрам рочности кредита. Дакле, Савезни суд је „код зајма стао на становиште да трошкови обраде, пошто се не плаћају оброчно него одједном, подлежу контроли садржаја (док тзв. *disagio*, који се плаћа оброчно, тј. на рате, не подлеже јер је саставни део камате као главне обавезе из уговора о кредиту).“¹⁸

Пре него што покажемо како је спроведена та контрола, важно је указати на да је овај суд још 1999. године заузео став да одредба о накнади трошкова није у складу са фундаменталним принципом правног поретка, ако се том накнадом трошкови активности банке које она врши зато што је на то обавезана прописима или их врши у свом интересу – преваљују на корисника.¹⁹ Логично се одмах намеће питање како је онда могуће да тај став тако дуго није примењен на кредитне накнаде. То је образлагано тиме што би једноставан пренос овог правила на једнократне накнаде за обраду био у супротности са изричитим одобравањем таквих накнада (последњи пут 2004. године), као и да је наведено правило у конкретним случајевима успостављено у вези са трошковима извршења, а не закључења уговора.²⁰

16 BGH XI ZR 170/13, Rn. 33, 40, 42. Слична реченица постоји у пресуди Вишег суда у Сомбору Гж. 310/17, 4.

17 BGH XI ZR 170/13, Rn. 51–52.

18 Милош Живковић, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018, 20.

19 Вид. BGH XI ZR 8/99, 19. 10. 1999, Rn. 7.

20 У конкретним случајевима радило се о трошковима праћења принудне наплате дуга, трошковима обавештавања о непостојању средстава за наплату рате путем

б) Процена правичности једнократне кредитне накнаде

Процену правичности одредбе о једнократној кредитној накнади Савезни суд је извршио на основу одредбе § 307 тач. 2 ст. 1 BGB којом се у случају сумње уводи законска претпоставка да постоји значајна неравнотежа (у правима и обавезама уговорних страна) ако одредба није у складу са битним принципима одредбе од које одступа. Ова одредба представља рефлексију раније судске праксе у вези са применом одредбе § 242 BGB, држећи да је одредба уговора која модификује „режијску слику“ (*Leitbild*) уговора која је дата диспозитивним правилима, супротна доброј вери.²¹ Стартна претпоставка је та да је законодавац приликом формулисања диспозитивних правила настојао да подели права и обавезе између уговорних страна на начин који одговара идеалном (*Leitbild*), у смислу онога што је поштено и правично.²² Међутим теоретичари и судови иду ка томе да праве разлику између диспозитивних правила која су базирана на захтеву једнакости (*Bestimmungen mit Gerechtigkeitsgehalt*), у којима се огледа потреба да се заштити слабија страна, и оних одредби које просто имају практичну употребу (*Bestimmungen mit Zweckmäßigkeitfunktion*), те само у случају неусклађености са овом првом групом може се проузроковати неправичност.²³

Зато, Савезни суд код процене ове неравнотеже полази од структуре уговора о кредиту која је утврђена диспозитивним одредбама § 488 BGB (наслов овог параграфа гласи: *Типичне уговорне обавезе у уговору о кредити*). Будући, дакле, да то нису императивне одредбе, суд препознаје да накнаде које не зависе од рока отплате нису у сваком случају искључене као додатак на камату, али ипак одредбе општих услова које одступају од типичне уговорне структуре где је противчињидба за дат кредит камата која зависи од рочности кредита, мора бити процењивана са аспекта правичности.²⁴ С тим у вези, Савезни суд даље доказује да уговорна одредба о једнократној накнади није у складу са битним принципима одредбе § 488 ст. 1 тач. 2 BGB којом је прописана обавеза зајмодавца да плати камату и да отплати кредит на дан доспећа. Иако признаје да та законска одредба нема улогу да фиксира цену и да она дефинише типичне обавезе за уговор о кредиту, Савезни суд ипак тврди да „сврха нове верзије одредбе § 488 у контексту реформе обли-

трајног налога и сл. Вид. BGH XI ZR 348/13, Rn. 70–71.

21 Paolisa Nebbia, *Unfair Contract Terms in European Law (A Study in Comparative and EC Law)*, Oxford – Portland – Oregon, 2007, 26.

22 Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 942.

23 P. Nebbia, 26.

24 Вид. BGH XI ZR 170/13, Rn. 75.

гационог права (*Schuldrechtsreform*) није само да класификује кредит у складу са реалностима живота. Напротив, та одредба ставља посебан нагласак на главне обавезе које карактеришу кредит те зато одредбу § 488 BGB треба разумети као базичну норму кредитног права. Додатно, из природе уговора о кредиту као уговора са узајамним обавезама произилази да, у циљу обезбеђивања баланса између тих обавеза, цена за кредит мора у начелу да зависи од времена трајања уговора о кредиту.²⁵

Дакле, у смислу претходно наведене поделе диспозитивних норми у оквиру *Leitbild* доктрине, Савезни суд овде заузима став да поменути диспозитивна одредба BGB (§ 488 ст. 1 тач. 2) која дефинише обавезе корисника кредита, нема само практичну употребу, тј. да она не произилази из захтева сврсисходности, већ да је то правило засновано на захтеву једнакости.

Међутим, с обзиром на то да је једну општу одредбу цивилног законика схватио као диспозитивну норму која успоставља идеалан однос уговорних страна, Савезни суд је морао да објасни сврху других одредби тог законика, али и других прописа који код уговора о кредиту поред камате препознају и друге трошкове, односно друге новчане обавезе корисника.²⁶ Савезни суд ту прилично лако констатује да је то препознавање накнада (у виду других трошкова уговора о кредиту) од стране закона којим је уређено предуговорно информисање и садржина уговора о кредиту (EGBGB) и правилника којим је уређено исказивање цене код уговора о кредиту са потрошачем (PAngV) – ирелевантно са аспекта оцене правичности одредбе о једнократној накнади држећи да је тим прописима, а будући да су се различити трошкови у пракси наплаћивали, законодавац хтео само да обезбеди транспарентност, односно информисаност корисника, али да се тиме није изјаснио о дозвољености наплате тих трошкова.²⁷ Другим речима, могло би се разумети да Савезни суд овде каже да је законодавац прописујући обавезне елементе уговора о кредиту са потрошачем и имплементирајући Директиву 2008/48²⁸ у посебан закон и подзаконски акт унео елемент уговора о кредиту („други трошкови“ – који може да укључује и једнократну

25 BGH XI ZR 170/13, Rn. 75.

26 Вид. BGB, § 491 ст. 3, § 491а ст. 1, § 501; Уводни закон за BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*; даље у тексту и фуснотама: EGBGB), § 247, § 3 ст. 1 тач. 10 и ст. 2, § 6 ст. 1 тач. 1; Правилник о исказивању цена (*Preisangabenverordnung*; даље у тексту и фуснотама: PAngV), § 6.

27 Вид. XI ZR 170/13, Rn. 67–70 и 77–79.

28 Директива о уговорима о кредиту са потрошачима (*Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, OJ L 133/66, даље у тексту и фуснотама: Директива 2008/48).

накнаду, што у пракси јесте био случај дуги низ година) који је, *по себи* и без обзира на околности конкретног случаја, увек противан битним принципима једне диспозитивне одредбе општег закона. Чини се да заправо Савезни суд овде даје предност широком, циљном тумачењу генералне диспозитивне одредбе општег закона (BGB) у односу на стриктно, језичко тумачење специјалних одредаба општег (BGB) и посебног закона (EGBGB).

в) Критички осврт и моуће последице

Може се закључити да се оцена о неправичности једнократне кредитне накнаде темељи на три става. Први је да једнократна кредитна накнада служи за покривање генералних оперативних трошкова, што је чињеница која се тешко може оспорити. Став раније судске праксе по којем није дозвољено да уговорна страна трошкове који настају у њеном пословању пренесе на другу уговорну страну – само је узгред поменут и заправо није директно примењен, очигледно зато што је Савезни суд био свестан да је такав закључак ипак био изведен у вези са трошковима који су неизвесни, па као такви нису били уговорени. У супротном, да је овај став директно примењен, процена значајне неравнотеже са аспекта одредбе §488 ст. 1 BGB била би сувишна. Тај ранији став би заправо могао да има више последица по тзв. стварне, доказиве трошкове (износе које банка превали на корисника у износу који сама сноси према трећим лицима).²⁹ Други кључни и преломни став је да је *камата у праву, само она накнада која је заснована на року оtplаће кредита*.

На крају, постојање значајне неравнотеже заснива се на одступању одредбе о једнократној накнади (која притом не може бити део камате) од „идеалног“ положаја потрошача успостављеног диспозитивном одредбом § 488 ст. 1 BGB – где се за коришћење капитала плаћа само камата.

Дакле, једнократна накнада (обрачуната у одређеном проценту од износа кредита) не може да буде камата јер се њом не покривају трошкови коришћења капитала, пре свега зато што није заснована на времену коришћења капитала. Пошто једнократна накнада не може да буде камата, значи да није изузета од контроле правичности, а у тој контроли је утврђено да она није у складу са битним принципима диспозитивне

29 Тако је још 2009. године Виши регионални суд у Дизелдорфу оспорио преваљивање трошкова процене вредности непокретности на корисника, али се за сада према нашем сазнању BGH о томе још увек није изјаснио. У Шпанији су судови такође оспоравали пуноважност обавезе да корисници *директно* плаћају ове трошкове. Вид. Oberlandesgericht Düsseldorf, Az. IU 17/09, 5. 11. 2009. и CJEU Judgement, Case C-224/19, *CY v CaixaBank SA* (ECLI:EU:C:2020:578), пара. 33.

одредбе закона, која предвиђа да се за коришћење капитала плаћа камата.

У вези са наведеним треба истаћи да „у тржишној економији у којој влада принцип слободе уговарања уговорне стране одлучују који догађај представља разлог за плаћање одређених обавеза, и од којих се све елемената састоји новчана противчинидба, која може да укључује више плаћања за укупни пакет услуга.“³⁰ Такође, „у принципу нема ничег погрешног у преносу на потрошача трошкова који су генерисани због законских обавеза пружаоца услуга.“³¹ Чињеница, иначе, да су корисници ти који плаћају, директно или индиректно, за трошкове који настају у оквиру пословања једноставно представља економску реалност, будући да је тешко утврдити ко би други могао да их плаћа.³² Другим речима, банка ће увек као и свако друго привредно друштво које је основано ради стицања профита превалити своје трошкове пословања на другу уговорну страну, урачунавањем тих трошкова у цену, без обзира на то да ли је та цена изражена у једној или више компоненти. Ако суд не дозвољава две компоненте, урачунаће их у оквиру једне компоненте.

Осим тога, банке би евентуално могле да одлуче да кредитну накнаду уговарају у одвојеном уговору, те да доказују да се о тој накнади као главној уговорној обавези у том уговору интензивно преговарало, што би могло да води закључку да се не може вршити материјална контрола таквог уговора.

У овој пресуди Савезни суд врши вештачку поделу компоненти које чине ефективну каматну стопу (ЕКС). Међутим, за потрошача, ЕКС репрезентује реални терет који је релевантан за његову одлуку. ЕКС представља вредност противуслуге за „укупан пакет“ кредита.³³

Савезни суд изричито наводи да банка има право да једнократну накнаду наплати кроз камату уз ограничење у виду забране зеленаштва.³⁴ Међутим, ако би, држећи се легалистичког приступа Савезног

30 Claus-Wilhelm Canaris, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 3–4/2000, 335.

31 Michael Schillig, „The Contribution of Law and Economics as a Method of Interpretation in European Private Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 17, Nr. 5/2009, 861.

32 Opinion of Advocate General Hogan, Case C-621/17, delivered on 15 May 2019, (ECLI:EU:C:2019:411), пара. 36.

33 David-Julien dos Santos Goncalves, „Unwirksamkeit eines Bearbeitungsentgelts bei Abschluss eines Privatkreditvertrages“, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, 2014, 306.

34 Вид. XI ZR 170/13, Rn. 94. Савезни суд је претходно објаснио да евентуално постоји могућност да део камате који је претходно обрачунат у зависности од периода коришћења кредита, буде наплаћен једнократно, те да би само таква једнократна

суда, „терали мак на конач“, поставили бисмо питање како се упутство „наплати све кроз камату“, која опет мора да зависи од рока отплате, одражава на износ кредитне накнаде. Другим речима, да ли банка све што наплаћује кроз камату (па и генералне оперативне трошкове) мора да базира на року отплате иако у начелу има исте оперативне трошкове у вези са закључењем кредита, без обзира на његову рочност (чиме би пенализовала кориснике кредита дуже рочности). Ако би одговор на ово питање можда и могао бити прескочен, чињеница да банка не може једнократно да наплати трошкове који имају знатно краће доспеће у односу на приход (расход) од камата и рочност кредита, јасно води увећању те накнаде, због разлике у садашњој и будућој вредности новца, као и због неизвесности (ризика) у њеној наплати током периода коришћења капитала.³⁵

Без намере да коментаришемо специфичност немачког права и њихове доктрине, заиста није јасно како је могуће вршити процену правичности неке одредбе уговора, те с тим у вези утврђивати и постојање знатне неравнотеже између уговорних страна, искључиво на основу диспозитивне норме која даје дефиницију једног именованог уговора (*essentialia negotii*), а да се притом не разматрају економска позадина спорне уговорне одредбе и последице које по потрошаче може да има забрана такве одредбе. Просто, никакав баланс у обавезама уговорних страна не може постојати по себи, на основу тога што ће корисник цену кредита (у коју су урачунати сви трошкови и код које не постоји административно ограничење) плаћати у једној уместо у две или више компоненти. То што ће корисник платити само камату (уговор у којем се не одступа од диспозитивне норме која је „темељ баланса обавеза уговорних страна“), уопште не значи да ће платити мање од оног корисника (код којег је уговорено одступање од „идеалне слике“) који уз (нижу) камату плаћа и једнократну накнаду.

2. Судска пракса у Уједињеном Краљевству

Врховни суд Уједињеног Краљевства (*United Kingdom Supreme Court* – Врховни суд) није се бавио питањем правичности једнократне накнаде код уговора о кредиту, али је у чувеној пресуди из 2009. године

накнада, која представљала део камате и тиме део цене кредита – била дозвољена, односно изузета од контроле правичности. С тим у вези вид. XI ZR 170/13, Rn. 52.

35 О економским последицама примене правила „наплати све кроз камату“, вид. Борис Беговић, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, *Ценџар за либерално – демократске ситуације*, Београд, 2018, 6–9.

(*The Office of Fair Trading v Abbey National plc & Others*)³⁶ веома детаљно разматрао питање правне природе накнада које су банке, поред камате, наплаћивале у случају недозвољеног прекорачења рачуна (*unnarranged overdraft charges*). С тим у вези, треба имати на уму да прекорачење по рачуну, по својој економској и правној природи, представља такође уговор о (револвинг) кредиту, због чега су ставови из ове пресуде у потпуности примењиви и код класичног уговора о кредиту.

а) Ставови нижестејених судова

Након што је пред окружним судовима иницирано неколико хиљада поступака у којима су корисници оспоравали накнаде у вези са недозвољеним прекорачењем, Канцеларија за поштену трговину (*Office of Fair Trading*) је иницирала поступак пред Привредним судом (*Commercial Court*), који је био ограничен управо на утврђивање правне природе накнаде, без захтева да се суд изјасни о њеној правичности. У пресуди на 120 страна,³⁷ судија Ендрју Смит (*Andrew Smith*) је детаљно образложио свој став да се предметне накнаде не могу подвести под изузетак из одредбе чл. 6 ст. 2 Уредбе о неправичним одредбама у уговорима са потрошачима,³⁸ која је пандан чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.

Судија је нашао да у ситуацији када дође до недозвољеног прекорачења банка заправо извршава само платни налог и та услуга (која доводи до позајмљивања додатних средства од банке) није изван главних услуга у оквиру уговора. Међутим, ради исправног разумевања чл. 4. ст. 2 тач. б) Уредбе, судија Смит уводи концепт „препознатљиве размене“ између услуге коју корисник добија и онога што плаћа, коју треба сагледати из угла типичних уговорних страна, узимајући у обзир суштину уговора и праву природу новчане обавезе, а не како је та обавеза описана. Притом, судија прихвата аргумент да је мање вероватно да ће одређена новчана обавеза бити препозната као цена производа ако се плаћа само под одређеним условима који се можда неће догодити.³⁹ Судија, затим, износи став да се израз „адекватност цене и

36 Judgment, [2009] UKSC 6, *The Office of Fair Trading v Abbey National plc & Others*, given on 25 November 2009 (даље у фуснотама: SC Judgment).

37 Judgment [2008] EWHC 875 (Comm), given on 24 April 2008 (даље у фуснотама: AS Judgment).

38 Уредба о неправичним одредбама у уговорима са потрошачима (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, 1999 SI 1999/2083; даље у фуснотама: Уредба). Чл. 6 ст. 2 Уредбе: Ако је одредба написана јасним и разумљивим језиком, процена правичности се неће вршити у погледу: а) дефиниције предмета уговора; б) адекватности цене, односно накнаде за испоручена добра или услуге.

39 Вид. AS Judgment, пара. 385–389.

накнаде“ из одредбе чл. 6(2)б Уредбе, не може применити на предметну накнаду која се не наплаћује с позивом на стварну услугу (судија је прихватио да у случају недозвољеног прекорачења банка пружа услугу из уговора), већ због узгредних околности које настају након пружања те услуге (мисли се на недозвољени минус који настаје након што банка поступи по платном налогу).⁴⁰ Главну тврдњу на којој се заснивала одбрана банака, тзв. „аргумент целог пакета“ услуга (*whole package argument*), а који говори да банке пружају читав низ услуга у оквиру пакета текућег рачуна, те да се накнаде за све те услуге плаћају само у одређеним случајевима – првостепени суд није прихватио, јер судија није нашао да се може узети да се предметне накнаде плаћају и када је на рачуну позитиван салдо, као и зато што типични корисник те накнаде не би препознао као део цене приликом отварања рачуна, нити су му оне тако презентоване.⁴¹

Апелациони суд (*Court of Appeal*) је подржао одлуку првостепеног суда, с тим да је имао донекле другачији став када је реч о услугама које доводе до недозвољеног прекорачења и даље до наплате накнаде, сматрајући их, за разлику од судије Смита, помоћним услугама, па тиме и њихову противчинидбу – предметне накнаде, односно одредбе којим су оне уговорене, помоћним одредбама (*incidental or ancillary terms*).⁴²

Треба рећи да се ово разликовање на којем је инсистирао Апелациони суд ослања на пресуду Дома лордова (*The Director General of Fair Trading v First National Bank PLC*) из 2001. године, када је утврђено да одредба о камати која се примењује у случају раскида због неиспуњења (*default provision*) не подлеже изузетку из чл. 6 ст. 2 Уредбе јер је оцењена као одредба која не изражава суштину погодбе, већ као успутна, односно помоћна одредба.⁴³ Одредба је ипак прошла тест правичности и није оцењена као неправична.

Укупно гледано, суштина образложења нижих судова је да се изузетак из одредбе чл. 6 ст. 2 Уредбе односи на суштински део погодбе уговорних страна, а да приликом одређивања шта представља тај суштински део треба кренути од позиције типичног корисника. Будући да се предметне накнаде не плаћају редовно у оквирима нормалне примене уговора, типичан потрошач их не би препознао као цену за услуге које банка пружа у оквиру пакета рачуна, те зато оне нису део те цене, односно

40 Вид. AS Judgment, пара. 394.

41 Вид. AS Judgment, пара. 398.

42 Judgment [2009], EWCA Civ 116, given on 26 February 2009, (даље у фуснотама: AC Judgment).

43 Вид. Judgment [2001] UKHL 52, *The Director General of Fair Trading v First National Bank PLC*, given on 25 October 2001, посебно Lord Bingham, пара. 11–12.

нису део суштинске погодбе и зато се не могу подвести под изузетак из чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе.⁴⁴

б) Став Врховног суда

Врховни суд није прихватио ставове и образложења нижих судова, не нашавши да постоје разлози да се иде даље од језичког тумачења одредбе чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе, која је јасна и језгровита и која не садржи било какве индикације да се односи искључиво на „суштинску“ цену и накнаду.⁴⁵ Члан 4(2) Директиве 93/13 и члан 6(2) Уредбе могли би се слободно описати као норме које се баве кључним одредбама (*core term*). Апелациони суд је погрешно када је успоставио додатну рестрикцију у смислу да би само суштински кључне одредбе (*essential core terms*) требало да уживају имунитет. Другим речима, Врховни суд није нашао основа у тој одредби да се прави разлика између главне цене и додатних накнада. Такође, у вези са сугестијама Апелационог суда да непостојање преговора или могућности да се преговара о одредби снажно говори против закључка да се у случају накнада ради о делу цене – Врховни суд подсећа да се Директива 93/13 и Уредба и баве само уговорним одредбама о којима се није преговарало.⁴⁶

Врховни суд признаје да када је реч о испоруци добара (пружању услуга) могу постојати периферни додаци који се могу сматрати помоћним у смислу чл. 6 ст. 2 тач. а) Уредбе, али накнаде и за та периферна добра (услуге), које се плаћају у оквиру истог уговора, представљају део цене у смислу тач. б) тог става. Ипак, препознаје да не може свака одредба која је на неки начин везана за новчане обавезе бити изузета од контроле правичности, што показује случај *First National Bank*, али и тзв. „сива листа“ неправичних уговорних одредби.⁴⁷ Другим речима, Врховни суд овде наводи да свака одредба уговора која је у вези са новчаном обавезом не мора нужно бити изузета, али свако плаћање у оквиру пакета услуга јесте изузето јер представља део укупне новчане противчинидбе корисника за услугу банке.

На крају, Врховни суд заузима чврст став да су накнаде за недозвољено прекорачење новчана противчинидба за пакет банкарских услуга у оквиру личног текућег рачуна корисника. Те накнаде су важан део банкарске структуре накнада и чине више од 30% њиховог укупног прихода од текућих рачуна. Чињеница да се те накнаде наплаћују изу-

44 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 27–36, *Lord Phillips*, пара. 69–79.

45 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 32, 38, 41.

46 SC Judgment, *Lord Mance*, пара. 112, 108. С тим у вези вид. AC Judgment, пара. 109.

47 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 46, 43.

зетно, под одређеним околностима, те да их већина корисника не плаћа, је ирелевантна.⁴⁸ Овим је Врховни суд прихватио аргумент целог пакета услуга (*whole package argument*), што је била основа на којој се заснивала одбрана одредби о накнадама.

Уз то, највиши суд у Уједињеном Краљевству сматра да код процене ових одредби (да ли су део суштинске погодбе) не треба применити приступ типичног корисника, него објективан приступ, који треба да узме у обзир схватање хипотетичког, разумног корисника, али да нема основа да се то чини на начин да се покушава идентификовати типичан корисник или фокусирањем на ствари на које би се тај корисник вероватно фокусирао.⁴⁹

Важно је истаћи да је Врховни суд ипак прихватио дистинкцију у вези тумачењем изузетка из чл. 6 ст. 2 тач. б) Уредбе, коју је препознао судија Смит, а која је могла да има значајне последице.⁵⁰ Наиме, судија је указао на то да се изузетак из те одредбе може разумети тако да се изузеће односи само на адекватност цене (*excluded assessment construction*), или тако да изузетак значи забрану било какве процене одредбе о цени (*excluded term construction*).⁵¹ За судију ово разликовање није било значајно јер он накнаде није ни подвео под ту одредбу, али пошто је Врховни суд применио изузетак, то разликовање је могло да буде значајно, јер ако се није могла процењивати адекватност накнада спрам пакета услуга (*excluded assessment*) и даље је остала отворена могућност да се контролишу други аспекти тих накнада (*excluded term*). С тим у вези, Врховни суд је отворено указао на то да, иако се не може процењивати адекватност износа накнада спрам услуга које се пружају заузврат, може се процењивати правичност метода наплате тих накнада.⁵² Да би се ово разумело, потребно је имати у виду да су ове накнаде наплаћиване искључиво корисницима који дођу у недозвољено прекорачење, док корисницима који имају позитиван салдо (*free if in credit*) већина банака није наплаћивала накнаду за одржавање рачуна, како је то иначе уобичајено у земљама континенталне Европе.⁵³ Овакав начин наплате предметних накнада доводи до интерног

48 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 47.

49 Вид. SC Judgment, *Lord Mance*, пара. 113.

50 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 29; *Lord Phillips*, пара. 60–61.

51 Вид. AS Judgment, пара. 391, 422.

52 Вид. SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 52; *Lord Phillips*, пара. 64, 80.

53 *Free if in credit* као начин пружања услуга у вези са текућим рачуном уведен је средином осамдесетих, и значи да корисници који имају позитиван салдо не плаћају накнаду за одржавање рачуна, већ трошкове одржавања тих рачуна банке покривају из камата на дозвољено/недозвољено прекорачење и предметних накнада.

субвенционисања (*cross-subsidy*) оних који изузетно ретко долазе у позицију да плаћају те накнаде (42 милиона корисника) од стране оних који их редовно плаћају (12 милиона корисника).⁵⁴

в) Кријичке пресуде Врховног суда

Очекивано, одлука Врховног суда изазвала је бројне критике: да се суд сувише фокусирао на новац који банке зарађују од спорних накнада; да је суд пропустио да заузме сврсисходан приступ; да је требало упутити питање Суду правде ЕУ; да је суд пропустио да заштити кориснике од неправичног изненађења.⁵⁵

У оквиру прве групе критика, чини се да је најоштрији био Витакер (*Whittaker*), који наводи да су овакви аргументи веома близу да кажу да чињеница да банке праве добру зараду од накнада уговорених спорним одредбама, значи да те накнаде представљају део цене, односно накнаду за пакет услуга. Додатно, уместо да примене објективни приступ у процени шта чини цену у смислу одредбе чл. 6(2)б Уредбе, они усвајају гледиште испоручилаца добара и услуга.⁵⁶

С друге стране, неки аутори препознају да је овај приступ Врховног суда у складу са схватањем слободног тржишта и конкуренције. У смислу функционисања конкуренције, ирелевантно је да ли је цена садржана у једној одредби или је разасута кроз више одредби уговора, све док потрошач има на располагању неопходне информације да упореди одредбе различитих испоручилаца и да одлучи на бази тог упоређивања. Ипак, указује се на то да је Врховни суд пропустио да изнесе било који критеријум како да се идентификују и разликују одредбе које представљају новчану противчинидбу од осталих одредби.⁵⁷

У погледу става Врховног суда да не прихвати процену природе кредитних накнада из угла типичног корисника, него да примени

54 Банке у Уједињеном Краљевству су у 2006. од предметних накнада приходовале 2,56 милијарди фунти, док су од камата на дозвољено прекорачење приходовале 4,1 милијарду. Другим речима, трошкови одржавања рачуна свих корисника великим делом су покривени из предметних накнада које је платило око 22% корисника, а које чине 38% укупних прихода од текућих рачуна. Вид. *SC Judgment, Lord Walker*, пара. 1, 36, 42.

55 The Law Commission and The Scottish Law Commission, „Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach?“, *Issues Paper*, 2012, доступно на адреси: https://www.law-com.gov.uk/app/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf, 10. 6. 2022, 60, пара. 6.10.

56 Simon Whittaker, „Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges“, *The Modern Law Review*, Vol. 74, Nr. 1/2011, 115–116.

57 James Devenney, Mel Kenny (eds.), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013, 269.

објективан приступ, наводи се да огромна већина корисника не сматра да је накнада због недовољно средстава на рачуну есенцијални елемент уговора који закључују с банком. Заштитом такве одредбе од теста правичности чини се мало у погледу вишег циља, заштите потрошача.⁵⁸

У вези са избегавањем Врховног суда да упути захтев Суду правде ЕУ, неки аутори су гласно изнели оно што је, чини се ипак било очигледно, а то је да „се климави правни аргументи за необраћање Суду правде ЕУ појављују као покушај да се легализује прави разлог – да се избегне даље одлагање решавања спорног питања.“⁵⁹

На крају, треба отворено рећи да је улог ипак био велики. Имајући у виду да је ранијим прецедентима прихваћен рок од шест година за плаћање без основа, рачунајући од дана сазнања да основ не постоји, те да су банке у 2006. од спорних накнада приходовале 2,56 милијарди фунти, био би то огроман финансијски терет за банке, али и за државу, која је била акционар неких од банака у спору, и то усред велике кризе финансијског сектора која је отпочела 2008. године.⁶⁰

Иако је Врховни суд оставио отворена врата да се у другим поступцима оспорава начин наплате предметних накнада, Канцеларија за поштену трговину се изјаснила да неће настављати истрагу и чинило се да су њена очекивања окренута према законодавној интервенцији.⁶¹ Ова очекивања су се брзо показала као исправна јер је Влада предузела одређене мере које су у наредним годинама омогућиле да се знатно унапреди ниво транспарентности, док су банке знатно умањиле предметне накнаде.⁶²

58 Paul Davies, „Bank Charges in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, Nr. 1/2010, 22.

59 Michael Schillig, „Directive 93/13 and the ‘Price term exemption’: A comparative analysis in the light of the ‘Market for Lemons’ rationale“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, Nr. 4/2011, 963.

60 Вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 43, пара. 5.25.

61 P. Davies, 23.

62 Ове интервенције су омогућиле да корисник добија СМС или имејл упозорење ако стање на његовом рачуну падне испод одређене границе, затим да има одређени грејс период у којем може да измири недозвољено прекорачење без наплате накнаде, као и да се накнаде не наплаћују за веома мале износе недозвољеног прекорачења (*buffer zone*). Велики број банака је независно од регулаторних интервенција већ наредне (2010.) године ревидирао структуру накнада код дозвољеног/недозвољеног прекорачења, тако да је просечна наплаћена накнада за недозвољено прекорачење пала са 34 фунти у 2007. години на 14 фунти у 2010. Детаљније о овоме вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 51–52.

і) Закључак

Дакле, може се рећи да је основна разлика између одлука нижих судова и Врховног суда у томе што је други прихватио *аргументи целой йакейша услуја*. С тим у вези, чини се да је и поред бриљантног образложења које је дато у првостепеној пресуди, део тог образложења у вези са неприхватањем овог главног аргумента банака био најслабији. Наиме, објашњење судије Смита да се не може прихватити да се накнаде за недозвољено прекорачење плаћају за те услуге када је на рачуну позитиван салдо, не узима у обзир објашњење банака да су ове накнаде тако структуриране да они корисници који имају позитиван салдо плаћају цену за услуге текућег рачуна кроз вишак средстава која држе на рачуну, а на која банка плаћа веома ниску камату или је не плаћа уопште. Такође, иако је објективан приступ у процени природне кредитне накнаде оштро нападан, пре свега због незграпног објашњења Врховног суда у погледу значајности удела предметних накнада у приходима банака, тај објективан приступ заправо мора да узме у обзир намеру и схватање тих накнада из угла обе уговорне стране, а не само типичног корисника. С тим у вези, разматрајући концепт „препознатљива размерна“, судија Смит наводи да би та процена била сужена ако би се узела у обзир само позиција типичног потрошача без узимања у обзир позиције типичног продавца.⁶³ Осим тога, стандард „типичан корисник“ отвара бројна питања у вези са његовим тумачењем, како генерално – тако и у овом конкретном случају, на које нижи судови нису дали одговоре,⁶⁴ а питање је да ли стандард „просечног корисника“ (*average consumer*) који је развијен у европској судској пракси заиста може бити од великог значаја.⁶⁵

Занимљиво је да нисмо наишли на значајније критике ставова нижих судова у погледу процене предметних одредби са аспекта клаузуле за случај неиспуњења.⁶⁶ Јер, да су одредбе о накнадама квалификоване као одредбе за случај неиспуњења (*default terms*), а не само (попут такве одредбе) као помоћне – став из случаја *First National Bank* онемогућио

63 AS Judgment, пара. 388.

64 Примера ради, како у пресуди наводи лорд Менс (*Lord Mance*), поставља се питање да ли треба посматрати све кориснике текућих рачуна или само оне на које би се те накнаде вероватно примењивале. Вид. Judgment, *Lord Mance*, пара. 113.

65 Вид. The Law Commission and The Scottish Law Commission, 57, пара. 5.96.

66 Апелациони суд, додуше, наводи да „предметне одредбе функционишу тако што се накнаде наплаћују у непредвиђеним околностима, те оне зато нагињу ка одредбама за случај неиспуњења које се примењују у случају повреде уговора...“ (AC Judgment, пара. 107), али се та њихова карактеристика помиње само у циљу доказивања да се и у овом случају ради о помоћним одредбама.

би или знатно отежао Врховном суду да примени изузетак из одредбе чл. 6(2)б Уредбе.⁶⁷ Додатно, да је Канцеларија за фер трговину као спорно питање изнела и процену правичности предметних одредби у целини, а не само да ли се може процењивати правичност висине накнада, а имајући у виду претходно наведену разлику (*excluded assessment/term*) коју је прихватио Врховни суд, тај суд би морао да се изјасни и о правичности метода наплате који доводи до интерног субвенционисања. Овако, спорно питање, сувише уско формулисано, омогућило је Врховном суду да се „извуче“ само са мишљењем о примени „кључног изузетка“.

Ипак својим образложењем у којем је указао на негативно интерно субвенционисање, ова пресуда је утицала на знатно умањење спорних накнада, с тим да начин наплате тих накнада до данас није значајније измењен и остаје контроверзан.⁶⁸

У сваком случају, оно што се може извући као најзначајнији закључак из ове пресуде, а за сврхе овог рада, јесте да аргумент „сва плаћања за један пакет услуга“ још више важи у случају кредитних накнада код класичног уговора о кредиту, где се накнада плаћа увек (а не само у одређеним околностима) и где накнаду плаћају сви, тј. где нема негативног, већ напротив често постоји позитивно интерно субвенционисање (када износ кредитне накнаде зависи од износа кредита).⁶⁹

3. Пракса Суда правде ЕУ

Суд правде ЕУ (*Court of Justice of the European Union* – Суд правде) је у последњих десетак година, изградио богату праксу у тумачењу Директиве 93/13, посебно у погледу кредитних производа банака. Иако у

67 С тим у вези, судија Смит сматра да за одговор на питање да ли се на неку одредбу уговора примењује изузетак из одредбе 6(2)б Уредбе није довољно утврдити да је та уговорна одредба клаузула за случај неиспуњења (*default provision*). Вид. АС Judgment, пара. 358.

68 У мају 2012. године, Ендру Бејли (*Andrew Bailey*), данас гувернер Централне банке Енглеске (*Bank of England*) је изјавио да је *free if in credit* банкарство опасан мит, који обмањује кориснике у вези с тим како заиста плаћају за банкарске услуге, док истовремено банке не могу адекватно да сагледају трошкове својих производа и услуга, те да је зато потребна регулаторна интервенција. BBC, *Free banking a dangerous myth, says Bank official*, доступно на адреси: <https://www.bbc.com/news/business-18186363>, 5. 7. 2022. Ипак, до данас *free if in banking* метод није укинут нити значајније модификован регулаторном интервенцијом, већ је до измена у финансирању одржавања текућег рачуна могло доћи због ниских, односно негативних каматних стопа, као и због смањене потрошње (смањеног коришћења прекорачења по рачуну) током пандемије.

69 О интерном субвенционисању код једнократне кредитне накнаде која се уговара процентуално у односу на износ кредита вид. Б. Беговић, 6–9.

досадашњој пракси није дао једнозначан одговор у погледу правне природе кредитних накнада, односно да ли су те накнаде део цене (накнаде) из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, Суд правде јесте дао бројна тумачења те и других одредби директиве (углавном се ради о правним стандардима) и успоставио одређене критеријуме који могу да се примењују у сваком појединачном случају. Притом се посебно бавио стандардом јасности и разумљивости, што показују и пресуде које су предмет наше анализе.

*а) Пресуда у случају C-621/17 и тумачења основних стандарда*⁷⁰

Пре разматрања испуњености захтева транспарентности у овом конкретном случају, неопходно је да објаснимо основне ставове Суда правде у погледу испуњености услова за примену изузетка из чл. 4. ст. 2 Директиве 93/13 који се односи на цену (*main price objection*). Наиме, Суд правде најпре сматра да су од тестирања на неправичност изузете само оне одредбе које регулишу суштинске обавезе из уговора, и као такве карактеришу тај уговор, ограничавајући даље тај изузетак код одредбе о цени искључиво на процену односа цене и услуге (*price/quality ratio*), а објашњавајући то чињеницом да не постоји правна скала или критеријум који може да обезбеди оквир и упутство за такву врсту процене.⁷¹ Суд ово додатно прецизира на начин да тај изузетак у начелу не обухвата (све) одредбе које дефинишу противчинидбе корисника кредита или утичу на „стварну цену кредита“, осим у делу који се односи на адекватност уговорене накнаде (цене) у односу на пружену услугу.⁷² Дакле, користећи терминологију судова из Уједињеног Краљевства и Суд правде попут тих судова овај изузетак тумачи уже (*excluded assessment*).

Међутим, и код тако уже схваћеног изузетка, Суд правде препознаје и додатне услове за његову примену. Тако у вези са поменутом стварном ценом кредита појашњава да се „цена“ из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 не може поистоветити са појмом „укупни трошкови кредита“ из чл. 3 тач. г) Директиве 2008/48,⁷³ док је у доцнијој пресуди из 2020. године тај став прецизирао, указавши на то да то што су различити трошкови укључени у укупан трошак кредита – није одлучујуће са аспекта утврђивања да ли су ти трошкови обухваћени главним услугама из уговора о кредиту.⁷⁴

70 Judgment C-621/17, *Gyula Kiss v CIB Bank Zrt.*, 3 10. 2019, ECLI:EU:C:2019:820.

71 Вид. Judgment C-26/1, *Kásler Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt.*, 30. 4. 2014, ECLI:EU:C:2014:282, пара. 49–51, 54–55.

72 Judgment C-143/13, *Bogdan Matei, v SC Volksbank România SA*, 26 February 2015, ECLI:EU:C:2015:127, пара. 56.

73 Вид. Judgment, C-143/13, пара. 47.

74 Judgment in Joined Cases C-84/19, C-222/19 and C-252/19, 3. 9. 2020, ECLI:EU:C:2020:631, пара. 69.

Када је реч о захтеву јасности и разумљивости, којим је изузетак из чл. 4 ст. 2. Директиве 93/13 значајно ограничен, Суд правде је у оквиру спорова о валутној клаузули развио концепт по којем се захтев транспарентности из чл. 4 и 5 Директиве 93/13 не може свести само на језичко разумевање тих уговорних одредби, већ је потребно да корисник може да разуме, односно процени економске последице такве одредбе.⁷⁵ У складу с тим, ради усклађености са захтевом транспарентности из директиве, корисник мора бити стављен у позицију у којој је он способан да процени, на бази јасних и разумљивих критеријума, економске последице које за њега произлазе из уговора.⁷⁶

У овом конкретном случају (C-621/17), примењујући наведене критеријуме јасности и разумљивости, Суд правде је оценио да су предметне одредбе о кредитним накнадама биле тако уговорене да су омогућавале кориснику да процени економске последице које за њега из тих одредби произлазе.⁷⁷ Другим речима, Суд правде је сматрао да су подаци о укупном износу спорних накнада, начину њиховом обрачуна, доспећу, као и то што су укључени у обрачун ЕКС која је такође била доступна кориснику, били довољни да би корисник могао да разуме економске последице тих накнада.

Међутим, будући да је питање националног суда захтевало да се захтев транспарентности размотри и са аспекта потребе описивања конкретних услуга које се заузврат кредитној накнади пружају кориснику, Суд правде даје следеће објашњење и одговор:

„С обзиром на заштиту коју Директива 93/13 настоји да пружи потрошачу јер се он налази у подређеном положају у односу на пружаоца услуга у погледу могућности преговарања и информација, важно је да се природа стварно пружених услуга може разумно схватити или извести из целокупног уговора. Осим тога, потрошач мора да има могућност да провери да ли постоји преклапање међу различитим накнадама и услугама за које се оне наплаћују.“⁷⁸

Ипак, суд закључује да то не значи да захтев јавности и разумљивости одредбе о накнади (поред дефинисања износа, начина обрачуна и доспећа) мора да назначи све услуге које се пружају у замену за те накнаде.⁷⁹ Дакле, једноставно речено, Суд правде овде каже да је

75 Вид. Judgment C-26/13, para 71–75; Judgment C-186/16, *Andriciuc v Banca Românească SA*, 20. 9. 2017, ECLI:EU:C:2017:703, пара. 50.

76 Fernando Gómez Pomar, „Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?“, *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Nr. 2/2019, 184.

77 Judgment C-621/17, пара. 39.

78 Judgment C-621/17, пара. 43.

79 Вид. Judgment, C-621/17, пара. 45, 57.

одредба о кредитној накнади јасна и разумљива ако иза тих накнада постоје одређене услуге банке, с тим да банка не мора да их спецификује. Међутим, ако на супрот кредитној накнади морају да постоје неке посебне услуге (примера ради, увид у податке из кредитног регистра у оквиру процене кредитне способности), онда одредбе које дефинишу накнаду за те услуге тешко могу бити схваћене као уговорне одредбе које дефинишу цену за услугу која је предмет уговора о кредиту и која карактерише тај уговор, те као такве и не могу бити изузете од контроле правичности у смислу чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, колико год биле јасне и разумљиве. Другим речима, кредитне накнаде је у овом случају било довољно испитивати са аспекта јасности и разумљивости из чл. 5 Директиве 93/13 ради даље примене резултата тог испитивања приликом процене њихове правичности.

Друго питање мађарског суда се односило управо на процену правичности кредитних накнада (примена чл. 3 ст. 1 Директиве 93/13),⁸⁰ тј. да ли немогућност да се несумњиво из одредби о накнадама и уопште из целог уговора закључи за које се услуге плаћају те накнаде значи и неправичност тих одредби.⁸¹ У вези са овим питањем, важно је најпре указати на то како је Суд правде у оквиру своје дотадашње праксе разумео стандард „добра вера“ и „значајна неравнотежа“ из поменуте одредбе директиве.

Језик чл. 3 ст. 1 и рецитала 16 сугеришу да је недостатак добре вере повезан са значајном неравнотежом у правима и обавезама успостављеним уговором.⁸² Ипак, Суд правде је прихватио објашњење захтева добре вере независно од стандарда значајне неравнотеже. Суд правде објашњава да треба проверити да ли је пружалац услуге, под условом да је на правичан и поштен начин пословао са потрошачем, могао разумно да очекује да би у преговорима о тој одредби (чија се правичност испитује) потрошач ту одредбу прихватио.⁸³

Када је реч о процени значајне неравнотеже, Суд правде наводи да приликом те процене посебну пажњу треба усмерити на правила

80 Чл. 3 ст. 1 Директиве 93/13 гласи: „Уговорна одредба о којој се није појединачно преговарало сматра се неправичном, ако супротно захтеву добре вере проузрокује знатнију неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.“

81 Вид. Judgment C-621/17, пара. 29 (2).

82 Обавештење Европске комисије – Смернице за тумачење и примену Директиве о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима (*Commission notice – Guidance on the interpretation and application of Council Directive, 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts (Text with EEA relevance)*, OJ C 323/04, 27. 9. 2019; даље у фуснотама: Commission notice), 29.

83 Вид. Judgment C-415/11, *Mohamed Aziz v CatalunyaCaixa*, 14. 3. 2013, ECLI:EU:C:2013:164, пара. 69.

националног права која би се примењивала у одсуству спорне уговорне одредбе. Таква упоредна анализа треба да омогући суду да процени да ли и у којој мери уговор ставља потрошача у неравноправнији положај у односу на положај који је предвиђен националним правом. Притом, ту процену не треба ограничити на квантитативно економску процену која би била заснована на поређењу вредности престаџија, јер значајна неравнотежа може постојати зато што се спорним уговорним одредбама, правни положај потрошача успостављен одређеним нормама националних прописа, чини неповољнијим (ограничавање садржаја права, коришћења тих права или уговарање додатне обавезе које нису предвиђене тим нормама).⁸⁴

Овакав приступ у процени знатне неравнотеже, а посебно начин на који га је Европска комисија разумела у свом Упутству за примену Директиве 93/13,⁸⁵ подсећа на приступ који је имао немачки Савезни суд и поменуто *Litebild* доктрину. С тим у вези, треба рећи да истакнути немачки аутор тврди да је овај оригинално немачки концепт постао елемент европске доктрине.⁸⁶ Такав став, посредно прихватају и неки домаћи аутори.⁸⁷ Ипак, морамо да укажемо да је бар у предметном случају (C-621/17), ценећи правни положај потрошача као корисника кредита који је уговором обавезан да плати две кредитне накнаде, Суд правде тај положај упоређивао са положајем који је успостављен императивним одредбама посебног прописа, а не са диспозитивним одредбама општег прописа (како је то учинио немачки Савезни суд), закључивши да су спорне накнаде предвиђене националним правом.⁸⁸

На друго питање мађарског суда, Суд правде даје одговор у виду упутства које представља комбинацију примене стандарда значајне неравнотеже и захтева транспарентности у тумачењу члана 3 (1) Директиве

84 Вид. Judgment C-226/12, *Constructora Principado SA v José Ignacio Menéndez Álvarez*, 16. 1. 2014, ECLI:EU:C:2014:10, пара. 21–23.

85 Вид. Commission notice, 30–31.

86 N. Jansen, R. Zimmermann, 942.

87 Вид. Sloboda Midorović, „The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Dušan V. Popović, Ivana Kunda, Zlatan Meškić, Enis Omerović), Cham, 2021, 155–156.

88 У питању је закон којим је уређена садржина уговора о кредиту са потрошачима, који изричито помиње „исплатну накнаду“ и „друге трошкове у вези са коришћењем кредита“. Суд правде овде није упоређивао положај корисника у односу на диспозитивну одредбу (чл. 523) мађарског Грађанског законика (*Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény*), иако чл. 209/Б тог законика предвиђа (делимичну) претпоставку неправичности уговорне одредбе, ако та одредба знатно одступа од битне одредбе примењиве на уговор – већ у односу на императивне одредбе претходно наведеног посебног закона. Вид. C-621/17, пара. 7–2, пара. 55.

93/13,⁸⁹ наводећи да је код процене правичности одредбе о кредитним накнадама кључно утврдити да ли су оне предвиђене прописима, те ако јесу, не би се могло узети да такве одредбе утичу неповољно на положај потрошача, осим ако услуге које се пружају у замену за ту накнаду није могуће укључити у услуге у вези са управљањем и исплатом кредита или ако је износ кредитних накнада несразмеран у односу на износ кредита.⁹⁰ Дакле, са аспекта значајне неравнотеже, ако национално право препознаје кредитне накнаде, уговорна одредба о тим накнадама не ставља аутоматски потрошача у неповољнији положај у односу на онај предвиђен тим прописима, осим ако је та накнада несразмерна, што опет представља квантитативни критеријум. Захтев транспарентности је такође испуњен, осим ако услуге које се пружају заузврат није могуће разумно обухватити услугама које су у вези са управљањем исплатом кредита.⁹¹

Дакле, јасно се види кључна разлика у односу на став немачког Савезног суда, јер граница коју Суд правде овде не жели да прелази, јесте пропис који препознаје кредитне накнаде. Ако дакле такав пропис постоји (а такав пропис свакако јесте Директива 2008/48 и национални прописи којима је она имплементирана) Суд правде сматра да кредитне накнаде не могу *per se* бити неправичне, већ оне *моју бијии* неправичне ако нема услуга (активности) које стоје иза тих накнада (није испуњен захтев транспарентности) или ако су накнаде несразмерне у односу на износ кредита (процена постојања знатне квантитативне неравнотеже). Овај други случај могуће неправичности, значио би да се суд ипак упушта у процену примерености износа накнаде, али не у односу на пружене услуге (што је несумњиво искључено у смислу чл. 4 ст. 2), него у односу на камату. Другим речима, ради се о ситуацији када се ниском номиналном каматном стопом и високом накнадом прикрива укупна камата. Међутим, таква несразмера као последица намере да се прикрије реална камата, пре би требало да буде процењивана са аспекта Директиве о

89 Имајући у виду формулацију другог питања, важно је указати да је Суд правде нагласио да поред критеријума добре вере и значајне неравнотеже, приликом процене неправичности уговорне одредбе треба узети у обзир и захтев транспарентности из члана 5 Директиве 93/13. Вид. Judgment, C-621/17, пара. 49.

90 Вид. Judgment C-621/17, пара. 55–56.

91 Мађарски судови су, на основу изјашњења банке у том поступку, накнаду за управљање разумели као накнаду која се наплаћује и за услуге у вези са одобравањем кредита и за услуге у вези са праћењем наплате кредита. Следствено томе, а након ове пресуде, мађарски Врховни суд је оценио као неправичну одредбу о фиксној исплатној накнади, док накнаду за управљање кредитом није оспорио, дајући упутство првостепеном суду да упореди каматне стопе и ЕКС из предметног уговора и уговора у којима та накнада није предвиђена. Вид. The Curia' as a court of review partial judgment, Case number: Gfv.VII. 30.356/2019/11, 11. 2. 2020.

непоштеној пословној пракси,⁹² на шта у свом мишљењу указује независни адвокат Хоган (*Hogan*).⁹³ У сваком случају, треба водити рачуна да је овде Суд правде дао мишљење у погледу захтева транспарентности и значајне неравнотеже, те да би било потребно проверити и поступање кредитора са аспекта добре вере.

б) Пресуда у случају C-84/19⁹⁴

Питање примене чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 постављено је и у овом случају.⁹⁵ За разлику од мађарског, суд из Пољске је исправно поставио два одвојена питања у вези са применом те одредбе. Једно се односило на правну природу накнаде, дакле да ли су одредбе о нека-матним трошковима кредита изузете од процене правичности (као што је то случај са каматом) ако су јасно и разумљиво састављене, а друго је било да ли та јасност и разумљивост постоји ако се тим одредбама не појашњавају конкретне противуслуге нити потрошач може да одреди разлике између тих трошкова.⁹⁶ Суд правде је објединио одговор на ова два питања пресудивши да чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 треба тумачити на начин да одредбе уговора о којима се на терет потрошача стављају трошкови различити од главнице и камате, нису обухваћене изузецима из те одредбе директиве, ако се тим уговорним одредбама: 1) не предвиђа природа тих трошкова или услуга које се њима плаћају и 2) ако су састављене на начин да код потрошача стварају забуну у погледу њихових обавеза и економских последица.⁹⁷

У вези са оваквим закључком, поставља се питање да ли су наведена два услова, због којих кредитне накнаде не могу бити изузете

92 Директива о непоштеној пословној пракси (*Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [‘Unfair Commercial Practices Directive’], OJ L 149/22, 11. 6. 2005, даље у тексту и фуснотама: Директива 2005/29).*

93 Вид. Opinion of Advocate General Hogan, Case C-621/1, 15. 5. 2019, ECLI:EU:C:2019:411, пара. 71.

94 Judgment in Joined Cases C-84/19, C-222/19 and C-252/19, 3. 9. 2020, ECLI:EU:C:2020:631 (даље у тексту и фуснотама: Judgment, C-84/19).

95 Врховни касациони суд се у образложењу Допуне правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита позива на ову пресуду. Вид. Врховни касациони суд, Допуна правног става о дозвољености уговарања трошкова кредита, 2021, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sr/2021>, 21. 9. 2021, 5.

96 Вид. Judgment C-84/19, пара. 31(2)/(3).

97 Вид. Judgment C-84/19, пара. 86.

од контроле правичности, постављена алтернативно или кумулативно. У сваком случају, код тумачења првог услова, треба имати у виду став Суда правде из претходно анализираних пресуде да је са аспекта јасности и разумљивости довољно да се природа стварно пружених услуга може разумно схватити или извести из целокупног уговора,⁹⁸ а код тумачења другог, да је за разумевање економских последица (недовођење у заблуду у погледу тих последица) довољно да је дефинисан износ накнаде, начин обрачуна и време плаћања.⁹⁹

А *contrario* тумачење овог дела пресуде значило би да су уговорне одредбе о накнади изузете од контроле правичности ако је предвиђена природа трошкова који се њима покривају и услуга које се заузврат пружају, уз услов да не стварају заблуду. Међутим, такво тумачење би морало да узме у обзир да то што је природа трошкова и услуга описана не значи да су те престације део суштинских обавеза корисника кредита.

в) Мишљења независној адвоката

У оба претходно анализираних случаја, независни адвокат у својим детаљно образложеним мишљењима,¹⁰⁰ износи јасан и недвосмислен став да кредитне накнаде јесу део цене кредита те да потпадају под изузетак из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Идентификујући да је суштинско питање у оба случаја да ли насупрот накнади стоји одређена услуга банке, независни адвокат наводи да је очигледно да је сврха накнаде да покрије административне трошкове банке у вези са одобрењем кредита, те да је једина услуга банке управо то одобрење, исплата кредита. То што је у конкретном случају цена која се плаћа за кредит подељена на три дела не може да утиче на чињеницу да се сваки део укупне цене дугује у замену за кредит.¹⁰¹ Независни адвокат наводи да не постоји ниједна одредба у праву Уније која предвиђа да цена, односно накнада за исплаћен кредит мора бити искључиво у облику камате. Потврду оваквог става он налази и у Директиви 2008/48, која предвиђа обавезу давалаца кредита да кориснике информишу о укупним трошковима, јер да је европски законодавац хтео да кредиторима забрани да по кредиту наплаћују било шта осим камате, оваква одредба не би постојала.¹⁰²

98 Вид. Judgment, C-621/17, пара. 43.

99 Вид. Judgment C-621/17, пара. 37–39.

100 Opinion C-621/17; Opinion of Advocate General Hogan, Jointed Cases C-84/19, C-222/19, C-252/19, 2 April 2020, ECLI:EU:C:2020:259 (даље у фуснотама: Opinion, C-84/19).

101 Вид. Opinion, C-621/17, пара. 35, 37.

102 Вид. Opinion, C-84/19, пара. 44–47. С тим у вези, независни адвокат подсећа да јасно правило тумачења у случају када се одредбе из више прописа ЕУ примењују

Закључује да је ирелевантно да ли је цена/накнада за услугу исказана у форми камате и/или накнаде. Важно је да је потрошач био способан да разуме укупну цену коју ће морати да плати за услугу коју захтева и да упореди различите понуде.¹⁰³ Када је реч о захтеву транспарентности, адвокат Хоган полази од концепта разумевања економских последица одредбе, али наводи да је сврха чл. 4 ст. 2 управо да се избегне да продајци правдају своје накнаде, како би се спречило да се судови мешају у ценовне стратегије.¹⁰⁴ У тржишној економији, цена робе и услуга није тако директно повезана са активностима које је потребно предузети ради пружања одређене услуге или са трошковима пружања те услуге, него пре свега са односом понуде и тражње. С тим у вези, када уговор садржи укупну цену наспрам једне (исте) услуге, извештачено би било очекивати да свака од ценовних клаузула рефлектује трошкове одређених активности.¹⁰⁵

ī) Закључни коментари

На основу свега што смо претходно навели, може се закључити да Суд правде избегава да се експлицитно изјасни о правној природи кредитне накнаде, већ одмах испитује да ли су накнаде јасне и разумљиве у контексту чл. 4 ст. 2. Другим речима, док га национални судови редовно питају да ли се одредба о кредитној накнади може изузети у складу с том нормом, Суд правде то питање разматра испитујући испуњеност критеријума јасности и разумљивости из те одредбе директиве, који важе за (кључну) цену кредита (камату). Међутим, таква разматрања су беспредметна ако се прво не утврди да ли се та норма уопште може примењивати на кредитне накнаде. Захтев јасности и разумљивости у наведеној одредби директиве је усмерен само на оне новчане обавезе (одредбе које их дефинишу) за које је претходно процењено да

на исту ситуацију каже да се те одредбе интерпретирају што је хармоничније могуће. С тим у вези, он сматра да правном стандарду јасности и разумљивости у вези са одредбом о цени не треба дати тумачење које би дерогирало посебну одредбу и специфичне захтеве у вези са исказивањем цене из Директиве 2008/48 (Opinion, C-84/19, пара. 82–84).

103 Вид. Opinion, C-84/19, пара. 57.

104 Opinion, C-84/19, пара. 77.

105 Opinion, C-84/19, пара. 78. Пара. 79: „Још би било мање реалистично очекивати да продајци потрошачима пруже поуздане информације о конкретним трошковима за поједине елементе производа који продају, јер би то значило да воде посебно, (скупо) трошковано рачуноводство, чија би једина сврха била да се утврде елементи који су везани за сваки од различитих (компоненти) прихода од пословања које обухвата пружање различитих услуга, при чему у праву ЕУ не постоји ниједно правило које намеће такву обавезу.“

представљају цену или накнаду наспрот пруженим услугама, док је таква захтев за све остале одредбе формулисана у чл. 5 Директиве 93/13.

Алтернативно, ако би се умањило значај поделе на кључне и помоћне одредбе, а за шта би се утемељење могло наћи и у чињеници да чл. 4 ст. 2 заиста наводи две ценовне компоненте (цена и накнада – да ли као синониме) могло би се узети да Суд правде ипак прећутно дозвољава примену изузетка из чл. 4 ст. 2 ако наспрам тих накнада (*remuneration*) има одређених услуга, без обзира на то што су оне помоћне у односу на исплату кредита као главну услугу. У контексту разматрања овакве могућности ваља подсетити на поменути став лорда Вокера (*Walker*) да на страни услуга могу постојати компоненте које су периферне, помоћне, али да је накнада и за такве услуге део укупне цене (накнаде) из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.

У сваком случају, ако се жели добити одговор на питање да ли се може кредитна накнада изузети од тестирања на неправичност, мора се прво утврдити је ли кредитна накнада цена/накнада из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Једноставно, ако се прати след одредбе чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13, испитивати захтев транспарентности из те одредбе има смисла само ако је већ оцењено да спорна уговорна одредба јесте део цене или накнаде за пружене услуге.

Чини се, дакле, да су поједини национални судови (мађарски, пољски, шпански) и Суд правде ЕУ вештачки покушавали да у различитим активностима банке које она ипак неспорно спроводи, пре свега у свом интересу или у оквиру примене прописа – виде неку додатну услугу банке, исцрпљујући се у расправама око захтева транспарентности из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13.¹⁰⁶ Међутим, таквих услуга, мимо исплате кредита – нема, нити их у суштини може бити. Све активности које банка предузима пре, током и након закључења уговора нису никакве услуге које она пружа кориснику, него део њених пословних активности које спроводи у сопственом интересу или зато што је на то обавезана прописима (поред осталог и прописима о заштити корисника, нпр. члан 8 Директиве 2008/48). То што такве активности могу имати одређене екстерне, позитивне ефекте за другу уговорну страну – не може их учинити услугом. У овоме се заправо слажу и она мишљења

106 С друге стране, на пример „француска судска пракса остаје прилично неодлучна да уопште примени принцип транспарентности на кључне одредбе“, а „Чешка судска пракса такође показује да искључење из теста неправичности основних услова уговора није предмет разрађеног захтева транспарентности.“ Geraint Howells, Gert Straetmans, „The Interpretive Function of the CJEU and the Interrelationship of EU and National Levels of Consumer Protection“, *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Nr. 2/2017, 193.

која су у погледу коначне оцене кредитних накнада најудаљенија – немачки Савезни суд и независни адвокат Хоган.¹⁰⁷

Још од чланака немачких професора који је пресудно утицао да се у директиву унесе потоња одредба чл. 4 ст. 2,¹⁰⁸ неспорно је да је сврха те одредбе да се од контроле изузме адекватност новчаног износа који се плаћа за услугу која је (главни) предмет уговора. Нормотворац је заузео став да тржишна утакмица треба да детерминише такве уговорне одредбе и да би њихово испитивање преко мере коју прописују општа правила облигационог права била у директној супротности са начелом аутономије воље.¹⁰⁹ Ако банка осим исплате кредита, што је главни предмет њене уговорне обавезе, не пружа никакве додатне услуге, нити се кредитна накнада плаћа у случају неиспуњења обавеза и сл. (*default provision*), а са чим се слажу Савезни суд, Врховни суд и независни адвокат, шта може бити узрок (*causa*) уношења такве одредбе, осим да се њом одмах наплати један део укупне цене кредита.

Због свега наведеног сматрамо да је (не узимајући у обзир евентуалне специфичности националних прописа) приступ независног адвоката једини исправан и могућ. У прилог таквог приступа, ваља указати и на различиту сврху стварних трошкова и кредитних накнада, и у оквиру тога њихов различит економско-рачуноводствени третман.

Наиме, за разлику од стварних трошкова, које банка превали на корисника у износу у којем су и настали, а што је могуће документовати (премија за осигурање кредита, трошкови уписа хипотеке, процене вредности непокретности, увида у кредитни регистар, итд.), кредитне накнаде нису и не могу бити одраз стварних трошкова у сваком појединачном случају.¹¹⁰ Кредитне накнаде треба посматрати са аспекта основне алокације укупних трошкова кредита у две групе: трошкови извора средстава (камате које банка плаћа на депозите и позајмице) и генералне оперативне трошкове (зараде, опрема, просторије) који настају у вези са одобравањем кредита¹¹¹ или његовом наплатом. Идеја ове основне поделе трошкова кредита је да камата треба да од-

107 Упор. Opinion, C-621/17, пара. 35 и BGH XI ZR 170/13, Rn. 58–65.

108 Вид. Matteo Dellacasa, „Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits“, *European Review of Contract Law*, Vol. 11, Nr. 2/2015, 159; The Law Commission and The Scottish Law Commission, 85 фн. 69; SC Judgment, *Lord Walker*, пара. 6.

109 Ненад С. Тешић, *Право заштитне хипотекарних појрошача*, Београд, 2002, 298.

110 Став Суда правде да укупни трошкови кредита не могу бити поистовећени са ценом из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 независни адвокат управо објашњава тиме што у те укупне трошкове улазе и плаћања у корист трећих лица, дакле оно што смо ми овде означили као стварне трошкове. Вид. Opinion, C-84/19, пара. 46 фн. 17.

111 Процена кредитне способности, кредитног ризика, средства обезбеђења, и других услова за закључење уговора.

говара збиру трошкова извора и марже банке,¹¹² док накнаде треба да покрију опште трошкове. Оваква алокација трошкова треба да обезбеди диверзификацију ризика и већу усклађеност рочности прихода и трошкова. С тим у вези, постоје аутори који сматрају да од ове „диверзификације прихода постоје суштински бенефити за мање банке и оне банке које су више орјентисане према становништву“.¹¹³ Рачуноводствено посматрано, трошкови се евидентирају као расход и приход у истом износу, док се (једнократне) кредитне накнаде евидентирају као *приход од камата*, и то током целог периода отплате.¹¹⁴

На крају, морамо да истакнемо да иако сврха те директиве није била да унификује уговорно право у области заштите потрошача, већ да успостави минималне стандарде у тој области, разумно би било очекивати да Суд правде након толико година ипак заузме јасан и прецизан став у погледу правне природе кредитне накнаде. Наиме, без обзира на то што прописи појединих земаља чланица нису имплементирали чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13,¹¹⁵ а с обзиром на то да кредитне накнаде у оквиру банкарског пословања и уговора о кредиту имају исту економску позадину – Суд правде би морао да има јасно и недвосмислено мишљење да ли је кредитна накнада део цене кредита. Тек када се одлучи о правној природи ове накнаде на нивоу ЕУ, има смисла процењивати њену транспарентност у контексту испуњености услова за изузеће или давати упутства националном суду у вези са проценом њене правичности. Ако је чл. 4 ст. 2 резултат компромиса између идеје заштите потрошача и слободе уговарања, онда би било разумно очекивати да се на јединственом тржишту тај компромис доследно и униформно спроведе, бар у оним земљама које су тај компромис прихватиле.¹¹⁶

112 Међународни рачуноводствени стандард финансијског извештавања (даље у тексту и фуснотама: МСФИ) 9 приказује структуру камате на следећи начин: „камата се састоји из накнаде за временску вредност новца, за кредитни ризик повезан са неизмиреним износом главнице током одређеног временског периода и за друге основне ризике и трошкове позајмљивања, као и за профитну маржу.“ Вид. МСФИ 9, 4.1.3. б).

113 Цитирано према: Karolína Růžicková, Petr Teplý, „Are Bank fees in Czech Republic Excessive?“, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 25, 2015, 266.

114 Вид. МСФИ 9, Одељак 5.4, посебно пара. Б5.4.1. и Б5.4.2. С тим у вези, када је реч о кредитним накнадама, не стоји мишљење да је једна од сврха тих накнада и „глатко извештавање“ (супервизора) о накнадама, барем у оним земљама које примењују МСФИ у банкарском сектору. Вид. Peterson K. Ozili, „Bank earnings management and income smoothing using commission and fee income: A European context“, *International Journal of Managerial Finance*, Vol. 13, Nr. 4/2017, 420.

115 Шпански судови не прихватају процену правичности цене иако у шпанско право није пренет чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13. Више о томе вид. F. Gómez Pomar, 182–183.

116 Иако је у предлогу из 2008. Европска комисија исказала идеју пуне хармонизације заштите потрошача (што укључује и измену Директиве 93/13), до усвајања Директиве о заштити потрошача 2011. године (*Directive 2011/83/EU of 25 October*

III Закључна разматрања

Када сагледамо ова три упоредна искуства, да се закључити да је једино Врховни суд Уједињеног Краљевства разматрао економску позадину кредитних накнада и могуће економске последице евентуалног поништења тих накнада. Иако су критичари у тим разматрањима видели искључиво последице по банке, наредних више од десет година показује да ни потрошачи нису били сигурни да ли желе да се спорне накнаде замене фиксном накнадом за одржавање рачуна.

С друге стране, немачки Савезни суд свој изразито доктринарни став да одступање од диспозитивне норме (која одређује битне елементе уговора о кредиту) доводи до значајне неравнотеже на штету корисника, није тестирао са аспеката последица које ретроактивност таквог става (измењеног након више деценија) и *de facto* забрана двокомпонентне цене може да произведе по будуће кориснике кредита и кориснике других банкарских услуга. Другим речима, није сагледао да ли ће корисници када банке након његове одлуке буду наплаћивале све кроз камату плаћати мање, исто (слично) или више. Како је могуће да суд својом одлуком унапреди положај потрошача ако претходно није размотрио ово питање?¹¹⁷ Овакав приступ заснован искључиво на правној доктрини, доводи до крутих ставова чије последице на тржишту могу бити у супротности са укупним интересом потрошача.

Када је реч о Суду правде (којем се претходно наведени судови нису обраћали за мишљење), иако покушава да се држи раније заузетих ставова те да постојеће правне стандарде проширује, његове одлуке ипак остају недоречене. Та недореченост која се правда специфичностима националних прописа, пре свега се огледа у одбијању овог суда да се изјасни да ли кредитна накнада може бити део цене кредита, већ се упорно бави критеријумом јасности и разумљивости, трагајући за додатним услугама. Међутим, ако таквих услуга нема, а не прихвати се немачка доктрина, каква је онда судбина кредитних накнада? Могуће је да Суд правде постао свестан да подела на кључне и споредне одредбе,

*2011 on consumer rights amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304/64, 22. 11. 2011), та идеја је у потпуности напуштена. Детаљније о овоме вид. Марија Караникић Мирић, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017, 570–583.*

117 Савезни суд је наставио са својом ортодоксијом да су одредбе § 307 BGB изнад свих других. У априлу 2021. године донео је пресуду којом је, и поред постојања изричите одредбе § 675g BGB, којом је у складу са Директивом ЕУ дозвољена прећутна измена уговора о платним услугама, оспорио такву могућност. Вид. BGH XI ZR 26/20, 27. 4. 2021.

какву је претходно успоставио, није сасвим одржива са аспекта сврхе Директиве 93/13, иако таква подела заиста има утемељење у језичком тумачењу чл. 4 ст. 2 те директиве, па покушава да такву оштру поделу ублажи, концентрисањем својих разматрања на захтеве транспарентности свих одредби уговора.

Има и даље много тога да се научи теоријски и емпиријски у вези с тим како тржишне силе и остали неправни подстицаји у смислу квалитета уговора делују узајамно са *ex post* судском контролом базираној на широким правним стандардима.¹¹⁸

Поред „реактивне заштите“, која се превасходно одвија механизмима решавања спорова потрошача, стратегија заштите економских интереса потрошача заснива се и на проактивном приступу.¹¹⁹ Иако Савезни суд говори о „лажној ретроактивности“ (*‘unechte Rückwirkung’*) судских одлука,¹²⁰ јасно је да и таква ретроактивност кошта много – и материјално (што може да узрокује раст цена или пад квалитета услуга), и у погледу правне сигурности. Зато, уместо што судови доктринарно процењују како банке формирају цене својих услуга, требало би више пажње усмерити на питање има ли заиста конкуренције на банкарском тржишту и какав је њен интензитет, да ли су захтеви потрошача задовољени, те да ли се банкарски производи и услуге обликују спрам потреба потрошача.

Коришћена литература

Беговић Борис, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, *Центар за либерално – демократске студије*, Београд, 2018. (Begović Boris, „U ime struke: analiza presude i dopisa o bankarskoj naknadi za obradu kredita i njihovih posledica“, *Centar za liberalno – demokratske studije*, Beograd, 2018)

Gómez Pomar Fernando, „Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?“, *European Review of Contract Law*, Vol. 15, Nr. 2/2019.

Davies Paul, „Bank Charges in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 69, Nr. 1/2010.

Dellacasa Matteo, „Judicial Review of ‘Core Terms’ in Consumer Contracts: Defining the Limits“, *European Review of Contract Law*, Vol. 11, Nr. 2/2015.

118 F. Gómez Pomar, 193.

119 Татјана Јованић, *Циљев и облици реулисања йословања банака*, Београд, 2009, 234.

120 Вид. BGH XI ZR 170/13, Rn. 95.

- Devenney James, Kenny Mel (eds.), *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?*, Cambridge, 2013.
- dos Santos Goncalves David-Julien, „Unwirksamkeit eines Bearbeitungsentgelts bei Abschluss eines Privatkreditvertrages“, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, 2014.
- Живковић Милош, „О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018. (Živković Miloš, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije“, *Bankarstvo*, br. 2/2018)
- Jansen Nils, Zimmermann Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018.
- Јованић Татјана, *Циљеви и облици реулисања пословања банака*, Београд, 2009. (Jovanić Tatjana, *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd, 2009)
- Jordans Roman, „Zur (Un-)Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, Nr. 5/2015.
- Караникић Мирић Марија, „Утицај Директиве о правима потрошача на српско потрошачко право“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2017. (Karaničić Mirić Marija, „Uticaj Direktive o pravima potrošača na srpsko potrošačko pravo“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2017)
- Midorović Sloboda, „The Concept of Unfair Terms in Consumer Contracts in Serbian Law: The Case of Validity of Contracting Credit Costs“, *Balkan Yearbook of European and International Law* (eds. Dušan V. Popović, Ivana Kunda, Zlatan Meškić, Enis Omerović), Cham, 2021.
- Nebbia Paolisa, *Unfair Contract Terms in European Law (A Study in Comparative and EC Law)*, Oxford – Portland – Oregon, 2007.
- Nobbe Gerd, „Zulässigkeit von Bankentgelten“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, Nr. 5/2008.
- Ozili Peterson K., „Bank earnings management and income smoothing using commission and fee income: A European context“, *International Journal of Managerial Finance*, Vol. 13, Nr. 4/2017.
- Růžičková Karolína, Teply Petr, „Are Bank fees in Czech Republic Excessive?“, *Procedia Economics and Finance*, Vol. 25, 2015.
- Schillig Michael, „Directive 93/13 and the ‘Price term exemption’: A comparative analysis in the light of the ‘Market for Lemons’ rationale“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, Nr. 4/2011.
- Schillig Michael, „The Contribution of Law and Economics as a Method of Interpretation in European Private Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 17, Nr. 5/2009.

- Whittaker Simon, „Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges“, *The Modern Law Review*, Vol. 74, Nr. 1/2011.
- Howells Geraint, Straetmans Gert, „The Interpretive Function of the CJEU and the Interrelationship of EU and National Levels of Consumer Protection“, *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, Nr. 2/2017.
- Canaris Claus-Wilhelm, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Nr. 3–4/2000.

Bojan TERZIĆ

Head of the Sector for the Protection of Financial Services Customers at the National Bank of Serbia, Serbia

THE LEGAL NATURE OF THE CREDIT FEES – SUMMARY COMPARATIVE CONSIDERATIONS

Summary

Before a potential assessment of the fairness of the loan fee terms, one must understand their economic essence and consequently their legal nature. Comparative case law shows that while implementing broad legal standards and referring to the purpose of Directive 93/13, courts are reluctant (with some exceptions) to consider the economic background of loan fees and possible wider consequences for consumers caused by the prohibition of those fees. The lack of assessment by the CJEU of the rationale for contracting loan fees, combined with specifics of national regulations, result in a different treatment of these fees in the EU single market. Some national courts completely prohibited them while others allowed them without limitation. Instead of the revisions of price mechanisms through applying the courts’ doctrine, the consumers’ interest above all demands intense competition and banking services more adjusted to the needs of their users.

Key words: *Loan Fees. – Unfair Contract Terms. – Directive 93/13. – Core and Non-core Terms. – CJEU.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2022.

УДК: 340.137:341.98 ; 341.638(497.11) ; 347.958

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22306A

Стефан ЈОВАНОВИЋ*

сарадник у настави и докторанд Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

Давид ВУЧИНИЋ**

адвокатски приправник у адвокатској канцеларији БДК Адвокати,
Србија

ДОЗВОЉЕНОСТ ИЗЈАВЉИВАЊА РЕВИЗИЈЕ У ПОСТУПКУ ПРИЗНАЊА СТРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Сажетак

У досадашњој судској пракси у Србији заступано је схватање да ревизија као ванредни правни лек није дозвољена у поступку признања стране судске одлуке. Аутори имају циљ да испитају основаност оваквог схватања тако што га кријички разматрају из угла пројиса који уређују материју међународног приватног права, ванарничног и арничног поступка. Такође, у раду се испитује да ли би такво решење одговарало и ширем регулаторном оквиру који обухвата уставне и међународне норме, сврси примењивих инстиција, као и потреби да се обезбеди јуна правна заштина и сигурност међународног привредног

* Електронска адреса аутора: stefan.jovanovic@ius.bg.ac.rs.

** Електронска адреса аутора: david.vucinic@bdkadvokati.com.

*йромейта. Аутори закључују да не йосйоје законске йрейреке које за-
иста онемоућавају изјављивање ревизије у йосйууку егзеквайуре, йе
да би дозвољеност овој ванредној йравној лека дойринела унайређењу
међународној йривредној йромейта, као и неойходној йравној сиуурно-
сийи.*

Кључне речи: *Признање и извршење сйраних судских одлука. – Ревизија.
– Ванредни йравни лекови. – Ванйарнични йосйууак.*

I Увод

Развијени међународни привредни и правни односи, као и кре-
тање људи и капитала, захтевају да се права и обавезе које настају у
једној држави признају и поштују и ван њених граница. Лице које је
издејствовало у своју корист правноснажну судску одлуку има оправ-
дани интерес да се тој одлуци да правна снага и у другим државама.
Међутим, сувереност држава налаже да стране судске одлуке не могу
бити аутоматски признате свуда у свету, ван граница суверенитета у
чије име су донете.¹ Стога, државе у начелу омогућавају правну снагу
одлукама које доносе страни судови, али тек након поступка признања
страних судских одлука, односно тзв. поступка егзекватуре, чија сложе-
ност варира од државе до државе.

Међу спорним питањима из доктрине и праксе у погледу егзе-
кватуре, тема овог рада је опредељена на питање дозвољености изја-
вљивања ревизије као ванредног правног лека у том поступку. Закон о
решавању сукоба закона са прописима других земаља² предвиђа само
то да се жалба на решење о признању може поднети у року од 15 дана
од достављања решења³ и да се ради о деволутивном правном леку,⁴
док питање могућности изјављивања ванредних правних лекова не ре-
гулише.

1 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно
йривайно йраво*, деветнаесто издање, Београд, 2020, 534; Александар Јакшић,
Међународно йраћанско йроцесно йраво, Београд, 2016, 376.

2 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗМПП, *Службени
лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени
йласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

3 Није неспорна ни правна природа решења о признању, мада је владајуће схватање да
је решење деклараторно. Вид. Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно
йривайно йраво*, Београд, 2010, 443; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић,
558. За супротно вид. Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срћан Стојановић, *Коментйар
Закона о међународном йривайном и йроцесном йраву*, Београд, 1991, 277–278.

4 ЗМПП, чл. 101 ст. 3 и 4.

Аутори који су се бавили питањем дозвољености ревизије у поступку признања стране судске одлуке углавном су се задржавали на препознавању његове деликатности и опречних ставова које изазива, да би након доношења правног схватања Врховног суда Србије одговор постао негативан, углавном без даљег преиспитивања.⁵ Наведеним схватањем Врховни суд Србије предвидео је да ревизија на решење другостепеног суда у поступку признања стране судске одлуке није дозвољена и у прилог том ставу изложио неколико аргумената.⁶ Ово схватање уважено је и на сличан начин праћено и кроз каснија решења Врховног суда, односно Врховног касационог суда Србије,⁷ и то све до данас.⁸

Истраживање у раду биће започето општим напоменама о поступку признања страних судских одлука у Србији, као и о ревизији као ванредном правном леку и основима за њено изјављивање. Након тога, аутори испитују основаност става највишег српског суда о немогућности изјављивања ревизије у поступку егзекватуре, сматрајући да је погрешан имајући у виду адекватно тумачење ЗМПП-а и општа правила о ванпарничном и парничном поступку у погледу изјављивања ревизије. Такође, такво решење не одговара ни духу закона и сврси примењивих института, као ни потреби да се обезбеди пуна правна заштита и сигурност привредног промета.

II О поступку признања страних судских одлука у Србији

Пре само два века државе нису давале дејство одлукама других држава.⁹ Међутим, данас се признају стране судске одлуке других земаља као један вид геста уважавања, међународне сарадње и међународног чињења уступака, али свакако и због потребе ефикасног решавања спорова¹⁰ и спречавања беспотребних понављања судских поступака

5 Међутим, Познић детаљније испитује (не)основаност ставова Врховног суда Србије. Вид. Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку према тексти закона из 1976. године са доцнијим изменама и дојунама*, Београд, 2009, 840.

6 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено на седници од 16. децембра 1991. године.

7 Решење Врховног суда Србије, Прев. 217/93 од 26. 10. 1994. године; Решење Врховног суда Србије, Прев. 210/99 од 20. 10. 1999. године – Судска пракса привредних судова – *Билтен*, бр. 1/2000, 93.

8 Решење Врховног касационог суда РС бр. Рев 2658/2020 од 8. 7. 2020. године.

9 Marko Jovanović, „Thou Shall (Not) Pass – Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement under the 2019 Hague Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* (eds. Andrea Bonomi, Gian Paolo Romano), Vol. XXI – 2019/2020, 310.

10 Јелена Беловић, „Признање и извршење страних судских одлука“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 57/2018, 275.

из приватноправних односа с елементом иностраности. Ова тема је препозната као веома важна, толико да на различитим међународним нивоима постоје успешни и мање успешни покушаји унификације ове материје.¹¹

Да би страна судска одлука имала дејство у Србији, она мора бити призната, чиме бива изједначена у дејствима са домаћом правноснажном судском одлуком.¹² Страна судска одлука може бити призната у различитим процесним оквирима: 1) када се о признању решава као о главном питању и 2) када се решава прејудицијално. У овом раду, имајући у виду да испитујемо могућност изјављивања ревизије на решење о признању, пажњу ћемо посветити поступку када се о признању стране одлуке решава као о главном питању. Тада та страна одлука, када решење о признању постане правноснажно, стиче дејство материјалне правноснажности. У Србији се више не може водити поступак поводом исте ствари и између истих странака, нити се може признати друга страна судска одлука која такође испуњава услове идентитета. Да би се установио законски оквир који регулише могућност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке потребно је одговорити на питања надлежности и врсте поступка у којем се врши признање стране судске одлуке.

ЗМПП предвиђа да је суд апсолутно надлежан за признање страних судских одлука.¹³ Закон о уређењу судова прописује да је за

11 Тако на нивоу Европске уније постоји, између осталог, Уредба Брисел I-бис о надлежности и признању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговинским стварима (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 351, 20. 12. 2012). На глобалном нивоу скоро је заршен велики пројекат доношења Хашке конвенције о признању страних судских одлука у грађанској и трговинској материји коју је до сада потписало свега неколико држава и која још није ступила на снагу, али има потенцијал да допринесе хармонизацији поступка признања на светском нивоу. О статусу Хашке конвенције вид. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>, 12. 3. 2022. О специфичним основима за одбијање признања одлуке према Хашкој конвенцији вид. М. Јовановић, 318–330. Више о позадини и контексту доношења ове Конвенције вид. Hans van Loon, „Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters“, *Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš*, Nr. 82/2019, 6–10. Међутим, Република Србија није чланица Европске уније, нити је (за сада) прихватила да буде обавезана Хашком конвенцијом, па се признање страних судских одлука пред српским судовима спроводи, у општем случају, на основу ЗМПП.

12 ЗМПП, чл. 86 ст. 1. Реч је о тзв. систему уподобљавања. Вид. Александар Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2021, 480.

13 ЗМПП у чл. 86 ст. 1 прописује да се страна судска одлука изједначује са одлуком суда Србије и производи правно дејство у Србији само ако је призна суд Србије. На такав начин успоставља правило да само суд може решавати о овом питању.

признање страних судских одлука стварно надлежан виши суд, а за признање страних одлука у привредној материји привредни суд.¹⁴ Што се тиче месне надлежности, ЗМПП прописује надлежност суда на чијем подручју треба спровести поступак признања, односно извршења.¹⁵ Функционална надлежност одређена је тиме који је суд одлучивао у првом степену, те у другом степену одлучују апелациони судови и Привредни апелациони суд.

Оно што ни ЗМПП, а ни други закони не регулишу јесте врста поступка у којем се одлучује о признању страних судских одлука. Домаћи аутори констатују да се у пракси о овом питању решава у ванпарничном поступку,¹⁶ али истовремено примећују да постоје убедљиви аргументи који иду у прилог томе да би о признању требало решавати у парничном поступку, поготово узимајући у обзир постојање супротстављених интереса предлагача признања и противника предлагача (признања).¹⁷ Сматрамо да би се, сагласно почетним одредбама Закона о парничном поступку¹⁸ и Закона о ванпарничном поступку¹⁹ које уређују област примене ових закона, могао ипак извући закључак у прилог надлежности ванпарничног суда у поступку признања. Наиме, ЗПП у чл. 1 таксативно наводи да се тим законом уређују правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује у парницама *за решавање спорова* насталих поводом повреде права личности и спорова из породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка.²⁰ Даље, ЗВП у чл. 1 ст. 2 одређује да се одредбе тог закона примењују *у и дружим њравним сйварима из надлежностии*

14 Закон о уређењу судова, *Службени њласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, чл. 23 ст. 3 и чл. 25 ст. 2.

15 ЗМПП, чл. 101 ст. 1. За прецизирано значење оваквог законског решења вид. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, 338–339.

16 Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 557. О томе да се ради о контрадикторном ванпарничном поступку вид. А. Јакшић (2021), 499.

17 Више о томе вид. Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 557. И поред тога што и Немачка, као и Србија, прихвата претежно систем ограничене контроле судских одлука, немачки судови поступак признања спроводе у парничном поступку који почиње тужбом. О томе и о различитим системима признања и извршења страних судских одлука вид. *Ibid.*, 534–535.

18 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени њласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

19 Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Службени њласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени њласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон и 14/2022.

20 ЗПП, чл. 1.

судова за које законом није изричито одређено да се решавају у ванпарничном поступку, ако се не односе на заштићену поверљиву или ујрожену права ниш се збој учесника у њосћууку моју љрименишћи одредбе Закона о љарничном љосћууку.²¹ Стога, примећује се да ЗПП таксагивно наводи сћорове који се решавају у парничном поступку, док ЗВП омогућава примену својих правила поступка на оне правне ствари које спадају у надлежност судова (што према изричитом слову ЗМПП-а важи за поступак признања), а где се не може применити ЗПП, нити је изричито наведено да се решавају у ванпарничном поступку. Као додатак у корист наведеног, у ЗМПП-у се не говори о тужби, него о захтеву за признање, чиме се још више чини удаљавање од спора и парнице.²² Предлогом за признање не тражи се никаква заштита субјективног права која се иначе остварује у парничном поступку. Такође, почетне одредбе ова два процесна закона, заједно узев, остављају далеко већи простор да се „некатегорисане“ правне ствари решавају у ванпарничном поступку. Штавише, у неправне ванпарничне ствари спадају имовинскоправне ствари у којима учесници у поступку имају супростављене интересе,²³ баш као што је често случај у поступку признања. Имајући то у виду, делује да области примене ЗПП-а и ЗВП-а остављају мало простора да се признање страних судских одлука „премести“ у парнични поступак.

Наведеном анализом, установили смо да је признање страних судских одлука у надлежности суда, да се спроводи у ванпарничном поступку и да се окончава (деклараторним) решењем. Тиме се добија законски оквир, чиме постаје јасно да је потребно консултовати одредбе у погледу ревизије на решење другостепеног суда и ревизије у ванпарничном љосћууку. Дакле, поред ЗМПП-а, од значаја за питање дозвољености ревизије су и закони који регулишу ванпарнични, те парнични поступак.

III О ревизији као ванредном правном леку

1. О правним лековима по ЗПП-у

ЗПП у глави XXVII и глави XXVIII прави поделу на редовне и ванредне правне лекове. Наведена подела извршена ја према критеријуму да ли се изјављеним правним леком напада неправноснажна или

21 ЗВП, чл. 1 ст. 2.

22 Уз овај аргумент, истиче се да би исправан термин био *љредлој* за признање, имајући у виду да је поступак ванпарнични. Вид. Б. Познић, 839.

23 О неправим ванпарничним стварима вид. Александар Јакшић, *Грађанско љроцесно љраво*, десето издање, Београд, 2018, 791.

правноснажна судска одлука. У редовне правне лекове спадају жалба против пресуде,²⁴ жалба против решења,²⁵ и у ограниченом дometу приговор против платног налога,²⁶ док у ванредне правне лекове спадају ревизија против пресуде,²⁷ ревизија против решења,²⁸ захтев за преиспитивање правноснажне пресуде²⁹ и предлог за понављање поступка.³⁰ Треба правити разлику између опште и посебне ревизије као ванредних правних лекова, поготово због њихових различитих циљева, те другачијих услова за њихово изјављивање. Општа ревизија има за циљ остварење материјалноправне правичности, док посебна ревизија има за циљ хармонизацију судске праксе и унапређење квалитета вршења правосудне функције.³¹ Предмет овог рада је могућност изјављивања опште ревизије у поступку признања стране судске одлуке.

2. О правном леку ревизије

Ревизија представља ванредан, деволутиван, несуспензиван, двостран и ограничен правни лек. Ревизија је ванредни правни лек јер се може изјавити само против правноснажних другостепених пресуда.³² У том погледу, ЗПП прихвата својеврсну „забрану прескакања инстанци“.³³ У питању је деволутиван правни лек, јер о њему одлучује суд вишег ранга, то јест Врховни (касациони) суд.³⁴ Дакле, ревизија се изјављује том суду, а подноси (предаје) суду који је судио у првом

24 ЗПП, чл. 367–398.

25 ЗПП, чл. 399–402.

26 ЗПП, чл. 459. Иако се приговору против платног налога оспорава својство правног лека због његове знатно ограничене контролне функције као и недеволутивности, аутори су става да сходно суштини овог института он ипак припада кругу правних лекова (изјављују га странке, везан је за рок, указује на „неисправност“ одлуке, садржи предлог у погледу отклањања платног налога укидањем, односно одбијањем тужбеног захтева). У том погледу и Б. Познић, 871.

27 ЗПП, чл. 403–419.

28 ЗПП, чл. 420.

29 ЗПП, чл. 421–425.

30 ЗПП, чл. 426–433а. Овакав однос редовних и ванредних правних лекова Бодирова назива дисбалансом. У том погледу, вид. Никола Бодирова, „Ванредни правни лекови у новом Закону о парничном поступку“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2012, 110–133.

31 А. Јакшић (2018), 693.

32 ЗПП, чл. 403.

33 Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско њроцесно њраво*, Београд, 2019, 359.

34 ЗПП, чл. 405. Аутори на овом месту указују на (тренутну) неусаглашеност ЗПП-а са Уставом Републике Србије – Устав, *Службени њласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021. Одредба чл. 405 ЗПП предвиђа да о ревизији одлучује Врховни касациони суд. Са

степену.³⁵ Ревизија је несуспензиван правни лек јер се изјављује против правноснажних одлука, те она не задржава ни извршење правноснажне пресуде против које је изјављена.³⁶ Ради се о двостраном правном леку јер првостепени суд примерак благовремене, потпуне и дозвољене ревизије доставља противној странци на изјашњење.³⁷ Ревизија је ограничени правни лек како у погледу пресуда против којих се може изјавити, тако и у погледу разлога по основу којих се може изјавити (вид. излагање испод). Изјављује се у року од 30 дана од дана достављања правноснажне другостепене пресуде.³⁸

3. Дозвољеност ревизије и ревизијски основи

Ревизија је увек дозвољена: (1) ако је то посебним законом прописано; (2) ако је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака; (3) ако је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака.³⁹

друге стране, пак, након спроведених уставних промена са почетка 2022. године, чл. 143 став 2 Устава предвиђа да је највиши суд у Републици Србији Врховни суд.

35 ЗПП, чл. 409.

36 ЗПП, чл. 406. Ревизија не одлаже извршење решења самим изјављивањем, али чињеница да је ревизија изјављена може представљати основ за одлагање извршења на предлог извршног дужника. На истом становишту стоји и Врховни суд. Вид. Решење Привредног апелационог суда, Иж 1019/2018 од 16. 8. 2018. године – Судска пракса привредних судова – *Билџен*, бр. 1/2019.

37 ЗПП, чл. 411 ст. 1 и 2. У пракси је заузет став да недостављање ревизије супротној страни на одговор спречава одлучивање Врховног суда о изјављеном правном леку, због чега списи предмета морају да се врате првостепеном суду ради отклањања пропуста и допуне поступка. У том погледу вид. решење Врховног касационог суда, Рев 1572/2021 од 15. 4. 2021. године; решење Врховног касационог суда, Рев 2091/2020 од 20. 5. 2020. године; решење Врховног касационог суда, Рев 2432/2019 од 4. 6. 2020. године.

38 ЗПП, чл. 403 ст. 1.

39 ЗПП, чл. 403 ст. 2. Смисао оваквог законског решења представља ризик по правну сигурност и уједначеност судске праксе уколико постоје различите одлуке две инстанце (ЗПП, чл. 403 ст. 2 тач. 2), односно неопходност обезбеђивања инстанционе контроле пресуде која је донета након одржавања расправе пред другостепеним судом, а са тим и двостепеност у погледу оцене доказа на којима је пресуда заснована (ЗПП, чл. 403 ст. 2 тач. 3). У том погледу вид. Владимир Козар, Милан Почуча, *Коментар Закона о њарничном њосџујуку са новелама из 2014. њодине, судском њпраксом и реџисџиром њојмова*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2014, 583. Ово законско решење уведено је због схватања Уставног суда да преиначујућа одлука другостепеног суда представља нову одлуку („суштински првостепену“), те да се тиме једној од странака (пре свега оној у чију корист је донета првостепена одлука, а на чију штету је преиначена другостепеном) ускраћује остваривање права на једнаку заштиту права. Вид. Решење Уставног суда, ПУз–1242/2010 од 30. 6. 2011. године, *Билџен УС*, бр. 1/2011, 292–293. Овај став Уставног суда у теорији

Ревизија као ванредни правни лек није дозвољена (1) ако је ревизију изјавило лице које није овлашћено на подношење ревизије; (2) ако ревизија није изјављена преко пуномоћника адвоката, сем ако странка сама није адвокат; (3) ако је ревизију изјавило лице које је претходно повукло ревизију; (4) ако је ревизију изјавило лице које нема правни интерес за подношење ревизије; (5) ако је ревизија изјављена против пресуде против које по закону не може да се поднесе.⁴⁰

Пресуда против које по закону не може да се поднесе ревизија је: (1) пресуда првостепеног суда; (2) пресуда која је донета у имовинском спору чија вредност не прелази износ од 40.000 евра (100.000 евра у привредним споровима) у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.⁴¹ Примери спорова у којима ревизија експлицитно није дозвољена су: спорови сметања државине и спорови мале вредности.⁴²

Ревизија се може изјавити због: (1) битне повреде одредаба парничног поступка; (2) погрешне примене материјалног права; (3) прекорачења тужбеног захтева до ког је дошло пред другостепеним судом; и (4) изузетно због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка због којих се ревизија може изјавити могу се поделити у две групе: (1) оне које се могу истицати без ограничења и (2) оне које се могу ограничено истицати. Апсолутно битна повреда одредаба парничног поступка која се може истицати без ограничења представља повреду одредаба о надлежности и на њу суд пази по службеној дужности.⁴³ Са друге стране, апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка које се могу изјављивати ограничено – само ако су истицане у жалби или су учињене у поступку пред другостепеним судом су:⁴⁴ (1) повреда одредаба о пресуђењу; (2) повреда одредаба о језику; (3) повреда правила *res*

је оспорен. Аутори се слажу са ставом да двостепеност у одлучивању подразумева додатну инстанцу која контролише првостепену одлуку, а да то не искључује могућност другачијег пресуђења од стране инстанционог суда, те да самим тим ускраћивање контроле те преиначене одлуке не представља повреду чл. 36 ст. 2 Устава. Вид. Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1251–1284, поготово 1272. Вид. и Никола Бодирога, „О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку“, *Право и привреда*, бр. 3/2020, 125–134.

40 ЗПП, чл. 410 ст. 2.

41 ЗПП, чл. 403 ст. 1 и чл. 403 ст. 3.

42 ЗПП, чл. 452 ст. 5 и чл. 479 ст. 6.

43 ЗПП, чл. 374 ст. 2 тач. 2 и чл. 408.

44 Редом: ЗПП, чл. 374 ст. 2 тачка 6, 8, 10 и 11.

iudicata; (4) повреда одредаба о јавности расправе.⁴⁵ Такође, и релативно битне повреде парничног поступка се могу истицати ограничено – само уколико су такве повреде учињене пред другостепеним судом.

Погрешна примена материјалног права⁴⁶ представља разлог за изјављивање ревизије,⁴⁷ и суд на њега пази по службеној дужности.⁴⁸ Правило је да се ревизија не може изјавити због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања.⁴⁹ Међутим, од овог правила ЗПП прави изузетак у оним случајевима где је ревизија увек дозвољена. Вреди напоменути да ревизијски суд није везан за правну квалификацију ревизијског разлога.⁵⁰

4. Посебна ревизија

Институт посебне ревизије регулисан је у чл. 404 ЗПП и омогућава изјављивање ревизије и против другостепене пресуде у оним поступцима у којима изјављивање ревизије није дозвољено, уз претходно испуњење одређених услова. Овај ванредни правни лек се може изјавити када је по оцени Врховног (касационог) суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права.⁵¹

5. Ревизија против решења

ЗПП предвиђа да странке могу да изјаве ревизију и против решења другостепеног суда којим је поступак правноснажно окончан и да ревизија против решења није дозвољена у споровима у којима не би била дозвољена ревизија против правноснажне пресуде.⁵² Такође,

45 Овакво значајно сужавање круга апсолутно битних повреда правила поступка подложно је критици, а посебно узевши у обзир ширину круга ревизијских разлога која је постојала у претходно важећем закону.

46 ЗПП, чл. 376.

47 ЗПП, чл. 407 ст. 1 тач. 4.

48 ЗПП, чл. 408.

49 ЗПП, 407 ст. 2; А. Јакшић (2018), 696.

50 Пресуда Врховног касационог суда, Пзп. 3/2013(1) од 3. 10. 2013. године.

51 О иницијативи Врховног касационог суда за другачије (пре свега прецизно) регулисање института посебне ревизије и тренутном незадовољавајућем стању вид. Иницијатива опште седнице Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку од 25. 12. 2019. године, 3–6.

52 ЗПП, чл. 420 ст. 1 и 2.

прописано је да се у поступку поводом ревизије против решења сходно примењују одредбе ЗПП-а о ревизији против пресуде.⁵³

IV Ревизија у поступку признања страних судских одлука

1. Дозвољеност на основу релевантног законског оквира и општих правила о ванпарничном и парничном поступку

Врховни суд Србије је у више наврата стао на становиште да ЗМПП дозвољава само изјављивање жалбе на решење о признању страних судских одлука, те да самим тим ревизија није дозвољена. Тако, према Правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије из 1991. године, ЗМПП омогућава само изјављивање жалбе, али не предвиђа могућност изјављивања ревизије против правноснажног решења другостепеног суда о признању стране судске одлуке.⁵⁴ Такође, одлучујући о признању стране судске одлуке коју је донео француски суд, Врховни суд Србије констатовао је да се против решења о признању може уложити само жалба у смислу чл. 101 ст. 3 и 4 ЗМПП-а.⁵⁵ Најзад, Врховни суд Србије приликом признања одлуке из Сједињених Америчких Држава констатује да се признање стране судске одлуке врши у поступку према ЗМПП-у по коме је одредбом из чл. 101 прописано да се против овог решења може поднети само жалба.⁵⁶ Да се ради о устаљеном схватању највишег суда у Србији, потврђује и решење новијег датума у којем Врховни касациони суд сматра недозвољеном ревизију против правноснажног решења другостепеног суда о признању стране судске одлуке с позивом на аргумент да ЗМПП дозвољава жалбу на то решење, али не и ревизију.⁵⁷

ЗМПП у делу посвећеном поступку признања и извршења страних судских одлука више питања оставља отворено, него што их заправо решава. У чл. 101, овај закон прописује да против решења о признању, односно извршењу одлуке странке могу изјавити жалбу у року од 15 дана од дана достављања решења и да о жалби против решења одлучује другостепени суд.⁵⁸ Примећује се да ЗМПП посвећује пажњу

53 ЗПП, чл. 420 ст. 6.

54 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено на седници од 16. 12. 1991. године.

55 Решење Врховног суда Србије, Прев. 217/93 од 26. 10. 1994. године.

56 Решење Врховног суда Србије, Прев. 210/99 од 20. 10. 1999. године – Судска пракса привредних судова – *Билиен*, бр. 1/2000, 93.

57 Решење Врховног касационог суда РС бр. Рев 2658/2020 од 8. 7. 2020. године.

58 ЗМПП, чл. 101 ст. 3 и 4.

само жалби, док ниједан ванредни правни лек уопште не помиње. Језичким тумачењем норме можемо доћи до два потенцијална решења: 1) ЗМПП *дозвољава* само могућност изјављивања жалбе или 2) ЗМПП *регулише* само могућност изјављивања жалбе, а оставља отворено питање дозвољености изјављивања ванредних правних лекова.

Прво тумачење подразумева да ЗМПП искључује могућност подношења ванредних правних лекова јер се набрајањем једног правног лека (жалбе) листа допуштених правних лекова исцрпљује. Један од аргумената у прилог томе да је у питању *numerus clausus* дозвољених правних лекова је то што приликом регулације жалбе закон предвиђа да је рок за њено истицање 15 дана од дана достављања решења, што је свакако и општи рок за жалбу према ЗПП-у.⁵⁹ Нејасно је зашто би законодавац прописивао рок који се свакако подразумева уколико није желео да назначи који је једини правни лек, било редовни или ванредни, који стоји на располагању незадовољном лицу. Можда законодавац тиме жели да установи једино дозвољеност изјављивања жалбе у року од 15 дана који се неће мењати ни потенцијалним будућим променама ЗПП-а. Међутим, у судској пракси је неспорно да је против решења о признању могуће изјавити посебну ревизију, уколико су испуњени услови за њено изјављивање,⁶⁰ што ће додуше ретко када бити случај имајући у виду услове за дозвољеност посебне ревизије и њену изузетност. Такође, у теорији је општеприхваћено да је предлог за понављање поступка ванредни правни лек који је могуће уложити против правноснажног решења о признању стране судске одлуке.⁶¹ Слична је ситуација и са подношењем захтева за преиспитивање правноснажне пресуде. Уколико бисмо прихватили да језичким тумачењем ЗМПП дозвољава само изјављивање редовног правног лека – жалбе, имали бисмо крајње недоследан резултат.⁶² Стога, мишљења смо да се аргумент *numerus clausus* правних лекова не може аутоматски уважити док се не изврши адекватно систематско и циљно тумачење члана 101 ст. 3 ЗМПП-а. Тиме би се сматрало да ЗМПП оставља отворено питање да ли у поступку признања има места ванредним правним лековима,⁶³ те да није непомињањем ванредних правних лекова стављена тачка на могућност њиховог коришћења.

59 ЗПП, чл. 367 ст. 1.

60 Решење Врховног касационог суда РС бр. Рев 2658/2020 од 8. 7. 2020. године.

61 А. Јакшић (2021), 499.

62 У том смислу и Познић истиче да је недоследно сматрати да непомињање ревизије значи аутоматски да она није допуштена, јер се ни други (допуштени) ванредни правни лекови не помињу. Вид. Б. Познић, 840.

63 Станивуковић и Живковић сматрају да се ради о једној од правних празнина у ЗМПП-у, које су се попуњавале тумачењем одредби унутрашњих извора права. Вид. М. Станивуковић, М. Живковић, 69.

Како би се добио одговор на питање дозвољености ревизије у поступку признања стране судске одлуке, сматрамо да није довољно консултовати само ЗМПП, већ да би потенцијално другачије тумачење посматране норме било могуће уколико се примене и одговарајуће одредбе ванпарничног и парничног поступка, као делова система који регулишу предметну материју. Као што је већ наглашено, у судској пракси у Србији поступак признања се спроводи у ванпарничном поступку. Међутим, правило је да се у ванпарничном поступку сходно примењују правила Закона о парничном поступку.⁶⁴ У складу са тим, на правила о ревизији у ванпарничном поступку сходно се примењују правила о ревизији у парничном поступку. Тако, ЗВП предвиђа да је у поступку о статусним стварима против правноснажног решења другостепеног суда ревизија дозвољена, ако тим или другим законом није другачије одређено. Осим тога, у поступку у коме се одлучује о имовинско-правним стварима ревизија је дозвољена под условима под којима се по ЗПП-у може изјавити ревизија у имовинско-правним споровима, ако овим или другим законом није другачије одређено.⁶⁵ Као што се да приметити, осим што ЗВП генерално у чл. 30 упућује на сходну примену ЗПП-а, такође упућује на примену тог закона и у погледу ревизије. Дакле, ЗВП прописује да ревизија није дозвољена ни у случајевима када су испуњени услови под којима се она изјављује према ЗПП-у, онда када је тако законом (изричито) одређено. Већ је наведено да спорови сметања државине и спорови мале вредности представљају примере где законодавац изричито искључује могућност изјављивања ревизије. Породични закон прописује да је ревизија увек дозвољена у поступцима у вези са породичним односима, осим ако овим законом није другачије одређено.⁶⁶ Управо овај закон одређује да правноснажна пресуда у брачном спору не може да се побија ванредним правним лековима у погледу дела у коме је донета одлука о поништењу или разводу брака.⁶⁷ Такође, Закон о извршењу и обезбеђењу изричито установљава недозвољеност ванредних правних лекова, одређујући да против правноснажног решења нису дозвољени ревизија, нити понављање поступка.⁶⁸ И извршни поступак се окончава решењем, чиме је значај ове одредбе Закона

64 Чл. 30 ст. 2 ЗВП гласи: „У ванпарничном поступку сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку, ако овим или другим законом није другачије одређено.“

65 ЗВП, чл. 27.

66 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 208.

67 Породични закон, чл. 227 ст. 2.

68 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, чл. 27.

о извршењу и обезбеђењу за извођење закључка о ревизији у поступку признања тим пре већи. Имајући у виду да је законодавац изричито искључио могућност изјављивања ревизије у различитим областима, а да ниједан закон не искључује могућност изјављивања ревизије у поступку признања, тешко је оправдати схватања највишег суда.

Имајући у виду да се поступак признања окончава доношењем решења, потребно је применити одредбе ЗПП о ревизији на решење. Као што је наглашено, ревизија на решење је могућа ако је у питању решење другостепеног суда којим се поступак правноснажно окончава. Управо је и у оваквом правилу Врховни суд Србије проналазио препреку приликом одлучивања да ли је дозвољена ревизија у поступку признања стране судске одлуке. Наиме, Врховни суд прави разлику између окончања поступка о главној ствари пред страним судом и окончања поступка признања пред домаћим судом, сматрајући да страни суд мериторно решава о предмету спора, те да услов да се другостепеним решењем правноснажно окончава поступак није испуњен у ванпарничним поступцима признања страних судских одлука. Тако, у свом решењу из 1994. године, Врховни суд сматра да се у овом поступку утврђују само услови за признање стране судске одлуке из чега произлази да се у том поступку не одлучује о меритуму, будући да правноснажна одлука о меритуму већ постоји, те да се само тражи њено признање.⁶⁹ Додатно, исти суд у решењу из 1999. године сматра да се решењем о признању стране судске одлуке не одлучује о меритуму, већ само о (не)постојању услова за признање, те да из тога произлази да ревизија није дозвољена.⁷⁰

Из наведених решења можемо закључити да највиши суд законски услов правноснажног окончања другостепеног поступка посматра као услов мериторног решења спора о главној ствари. То сматрамо непримереним јер ЗПП прописује да се ревизија може поднети против другостепеног решења којим се правноснажно окончава поступак. У том смислу, поступак признања стране судске одлуке се *правноснажно* окончава другостепеним решењем домаћег суда, а то не треба мешати са *мериторним* одлучивањем страног суда о главној ствари. Тачно је да је страном судском одлуком мериторно решен спор пред страним судом и домаћи суд нема право да ту одлуку мења у меритуму. Али, поступак признања је засебан поступак⁷¹ (са својеврсним „сопственим меритумом“), одвојен од поступка који се спроводио пред страним судом приликом

69 Решење Врховног суда Србије, Прев. 217/93 од 26. 10. 1994. године.

70 Решење Врховног суда Србије, Прев. 210/99 од 20. 10. 1999. године – Судска пракса привредних судова – *Билтен*, бр. 1/2000, 93.

71 И Познић наглашава да је поступак признања врста ванпарничног поступка која представља посебну целину и који се завршава тек другостепеним решењем, те да ревизију треба сматрати допуштеном. Вид. Б. Познић, 840.

доношења одлуке. Приликом признања страних одлука одвија се поступак око омогућавања њеног дејства у Србији, који је одвојен од оног који је решен пред страним судом, тим пре што по правилу нема испитивања мериторног квалитета стране одлуке (са карактеристичним изузетком статусних одлука), нити могућности њене измене. Тај поступак признања се правноснажно окончава сопственом и засебном одлуком – решењем другостепеног суда. Према томе, непримерено је сматрати да услов из чл. 420 ЗПП није испуњен, с обзиром на то да се поступак признања стране судске одлуке правноснажно решава управо решењем другостепеног суда.

Као пример решења другостепеног суда против кога ревизија није дозвољена због недостатка правноснажног окончања поступка јесте решење о доношењу привремене мере. Другостепеном одлуком о привременој мери се не окончава правноснажно спор и ова одлука не стиче својство материјалне правноснажности, за разлику од решења о признању стране судске одлуке. Управо тако одлучује и Врховни касациони суд у предмету новијег датума, сматрајући да ревизија тужених изјављена против другостепеног решења није дозвољена применом чл. 410 ст. 2 тач. 5 у вези чл. 420 ЗПП, с обзиром на то да се ревизијом напада одлука о привременој мери, која не представља решење против кога се ревизија може изјавити у смислу наведених одредби.⁷²

Примећује се да систематско тумачење члана 101 ст. 3 ЗМПП-а води резултату прихватања другог потенцијалног језичког тумачења овог члана. Остаје да се изврши и циљно тумачење, односно да се размотре темељне вредности и интереси које штити правни систем у којем се та норма налази.⁷³

2. Дозвољеност на основу сврхе и смисла института, потребе пружања пуне правне заштите и несметаног одвијања међународног привредног промета

У поступку признања стране судске одлуке постоји неколико сметњи које противник предлагача може да истакне, као и један услов који мора да испуни предлагач признања. Предлагач признања мора да докаже правноснажност одлуке у држави у којој је донесена (достављањем потврде о правноснажности или клаузулом о правноснажности која се налази на самој одлуци), а противник предлагача

72 Вид. Решење Врховног касационог суда РС бр. Рев 3410/2020 од 21. 10. 2020. године.

73 Више о објективном функционалном тумачењу (циљном тумачењу) вид. Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, седмо издање, Београд, 2020, 350.

(лице коме је у интересу да се одлука не призна) се позива на остале услове, који су формулисани негативно, у виду сметњи (док на многе пази и суд *ex officio*).⁷⁴ Са друге стране, ревизија као ванредни правни лек има уско формулисане услове за њено изјављивање, те се не могу све грешке другостепеног суда сматрати довољним да се једна правноснажна одлука поново преиспитује. Стога, потребно је укрстити услове за признање стране судске одлуке и услове за изјављивање ревизије, те видети где се они преклапају. Иако су услови за признање стране судске одлуке углавном формални услови (осим јавног поретка који, додуше, и сам има свој процесни аспект), може се сматрати да су они, независно од свог карактера, питање „својеврсног меритума“ поступка признања стране судске одлуке. Контрола примене права које регулише мериторна питања у једној правној ствари се врши преиспитивањем да ли је дошло до погрешне примене материјалног права, као ревизијског основа из ЗПП-а. Самим тим, грешке у примени сметњи признању наведених у ЗМПП-у од чл. 87 до 92 могле би да се подведу под погрешну примену материјалног права као ревизијског основа.

У материји међународног приватног права можемо препознати правила и институте који и после вишедеценијске примене ЗМПП-а остају прилична непознаница нашим судовима. У овој области права постоје велике шансе да ће се чинити системске грешке, које просто захтевају контролу и највише судске инстанце.⁷⁵ Ово тим пре што се њени темељи постављају на међународној сарадњи и уступцима између држава. Стога, један погрешан корак српског суда (или два уколико тај други корак начини [и] другостепени суд) могу трајно да наруше ове две основице на којима лежи међународно приватно право, као и једна од његових области – признање и извршење страних судских одлука. Имајући то све у виду, оваква запрека (немогућност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке) постављена од стране Врховног суда

74 Негативна формулација услова признања која их заправо претвара у сметње има велики значај на терену доказивања њиховог постојања. Једина позитивна претпоставка, те самим тим услов који предлагач признања мора да испуни (докаже) је правноснажност стране судске одлуке. Вид. Ј. Беловић, 283.

75 Иако посебна ревизија више има за циљ да исправља системске грешке, у неким случајевима није потребно давање одређеног тумачења врховне судске инстанце или уједначавање судске праксе, већ једноставно исправљање грешке другостепеног суда у појединачном предмету путем опште ревизије, те остваривање појединачне правичности која је била нарушена грешкама нижих судова у материји међународног приватног права. Такође, једна од најзначајнијих активности Врховног (касационог) суда је уједначавање судске праксе, што се најпре постиже пресуђивањем у појединачним предметима (у конкретним случајевима), не само посебном, него и општом ревизијом. Вид. Н. Бодирога, 138. Исто би се могло рећи и за исправљање системских грешака, чиме не треба негирати значај опште ревизије у том погледу.

чини се тешко разумљивом, поготово узевши вредност међународних привредних спорова. Услед дејства института реципроцитета, погрешна примена права од стране нашег суда у поступку признања могла би да доведе до нарушавања постојања фактичког реципроцитета и угрози признање наших одлука у иностранству. Замислимо ситуацију у којој се у Србији признаје судска одлука стране земље, са којом Србија још увек нема препознат фактички реципроцитет. Уколико би у том случају противник предлагача паушално оспорио постојање фактичког реципроцитета, а суд погрешно пребацио терет доказивања непостојања фактичког реципроцитета са противника признања на доказивање реципроцитета од стране предлагача признања, суд би одбио признање стране судске одлуке потпуно неоправдано заснивајући своју одлуку на непостојању реципроцитета који се иначе претпоставља. Правноснажна одлука инстанционог суда у оваквом хипотетичком случају би захтевала ревизијску контролу. Она би била неопходна, како због отклањања из правног живота такве погрешне одлуке, тако и због омогућавања одвијања међународних привредних односа, односно промета судских одлука. Ово би се могло постићи само чињењем тзв. „првог корака“ ка успостављању реципроцитета, што погодује будућем признању и извршењу и српских пресуда у држави порекла стране пресуде.

Ревизија је увек дозвољена када се у „правном промету“ нађе начелно „нова одлука“.⁷⁶ ЗПП омогућава другостепеном суду да под одређеним околностима (на пример, првостепени суд погрешно оцени исправе или посредно изведене доказе, а одлука првостепеног суда је заснована искључиво на тим доказима⁷⁷) преиначи првостепену одлуку. Како не би дошло до угрожености суштинске двостепености у одлучивању, ЗПП предвиђа да је у оваквој ситуацији ревизија увек дозвољена.⁷⁸ Међутим, у Иницијативи опште седнице Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку, највиши суд предлаже да се ови разлози за ревизију укину јер дозвољавање ревизије због начина другостепеног одлучивања, онда када она по редовном току ствари није дозвољена, доводи до суштинског претварања ревизије у редовни правни лек, што не води у ефикасно трећестепено одлучивање и не одговора улози коју треба да има највиши суд у земљи.⁷⁹

76 За проблематизацију (не)постојања „нове одлуке“ у предметној ситуацији вид.: Р. Кеча, М. Кнежевић (2017), 1251–1284; Н. Бодирога (2020), 117–140.

77 Разлоге за преиначење првостепене пресуде вид. у ЗПП, чл. 394.

78 ЗПП, чл. 403 ст. 2.

79 Иницијатива опште седнице Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку од 25. 12. 2019. године, 2. Међутим, Кеча и Кнежевић, иако се слажу да преиначена пресуда није „суштински првостепена“, те да ревизија не треба да буде увек дозвољена у тим случајевима, сматрају да је у једном случају

Сматрамо да је у грађанском судском поступку потребно обезбедити пуну правну заштиту доношењем правичних материјално-правних одлука, а да се пуна контрола тих одлука врши путем свих расположивих правних лекова. Правни лекови су правна средства којима странке врше и остварују право на правни лек,⁸⁰ као Уставом загарантовано право. У том погледу, Устав Србије предвиђа да је свакоме загарантовано право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу.⁸¹ Ово Уставом загарантовано право даље се разрађује одредбама појединих закона путем правила о правним лековима. Право на правни лек (правно средство) превасходно је предвиђено ради остварења контролне функције,⁸² односно провере адекватне примене права и законитости одлуке. Аутори не доводе у питање став Уставног суда да право на правни лек значи гаранцију двостепености, те да је само жалба уставна категорија,⁸³ већ сматрају да је, према тренутним законским решењима, трећестепено одлучивање допуштено и у поступку егzekватуре уколико су испуњени општи услови за изјављивање ревизије. Онда када правни систем допушта врховну контролу судских одлука, она мора бити дозвољена у свим поступцима у којима су испуњени услови за покретање те контроле.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода,⁸⁴ као међународни инструмент који обавезује Србију и има значај и за грађанске судске поступке, у чл. 6 предвиђа право на правично суђење.⁸⁵ Да би уживао заштиту из овог члана, титулар неког грађанског права мора да се налази у спору.⁸⁶ Већ је поменуто да се поступак признања спроводи у ванпарничном поступку, у којем не

дозвољеност ревизије нужна – онда када је до преиначења првостепене одлуке дошло због мењања чињеничног стања на основу оцене доказа које првостепени суд није извео. Вид. Р. Кеча, М. Кнежевић (2017), 1279.

80 Гордана Станковић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2004, 446.

81 Право на једнаку заштиту права и правно средство прописано је у чл. 36 ст. 2 Устава.

82 Р. Кеча, Марко С. Кнежевић (2019), 322.

83 Уставни суд препознаје да обавеза прописивања тростепеног поступка не проистиче из Устава. Вид. Одлука Уставног суда IУз 1/10, СГ 53/13, од 14. 3. 2013, 131.

84 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са свим припадајућим протоколима – ЕКЉП, *Службени лист СЦГ* – међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС* – међународни уговори, бр. 12/2010 и 10/2015.

85 ЕКЉП, чл. 6.

86 Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд, 2006, 169.

постоји спор у формалном смислу. Међутим, захтев за постојањем спора се тумачи доста широко, не у чисто процесном (формалном), него у материјалном (суштинском) смислу. Без обзира на то што се код поступка признања ради о ванпарничном поступку, странке могу имати супротстављене интересе и „спорити се“ око (не)испуњења потребних услова за признање одлуке. У том смислу, чл. 6 пружа заштиту свим лицима која се налазе у поступку који је одлучујући за њихова грађанска права и обавезе.⁸⁷ Због тога је чл. 6 ЕКЉП примењив и у поступку егзекватуре.⁸⁸ Овај члан не обавезује стране уговорнице да оснују врховне судове, али уколико то ураде, морају да обезбеде основне процесне гаранције. У пресудама *Platakou* против Грчке и *Zubac* против Хрватске, Европски суд за људска права је сматрао да услови за изјављивање ревизије могу бити строжи од услова за изјављивање жалбе, те у складу с тим, највиши суд може у неким случајевима исправити грешке нижих судова.⁸⁹ Као што је већ наглашено, у областима међународног приватног права посебно је важно успоставити систем исправљања грешака које начине нижестепени судови, што се ефективно може постићи само додатном контролом највишег суда. Један аспект чл. 6 ЕКЉП се односи на права која се односе на судску одлуку, и она обухватају: 1) обавезу суда да образложи своју одлуку и 2) право на извршење, те на транснационално извршење судске одлуке.⁹⁰ Овакво схватање подржано је пресудом у предмету Европског суда за људска права *Saccoccia* против Аустрије.⁹¹ Из овога се да приметити да право на правично суђење из ЕКЉП подразумева и право да се страна судска одлука изврши и ван граница земље у којој је донета. Стога, суд може само под условом појаве изричито наведених сметњи да одбије признање и извршење стране судске одлуке. Имајући у виду да, као што је раније приказано, могућност за грешке судова постоје (што може пратити угрожавање привредног промета и међународне сарадње између држава), неопходно је обезбедити врховну судску контролу која ће допринети правилном остваривању права на правично суђење у контексту транснационалног дејства судских одлука.

87 *Ibid.*, 170.

88 Вид. Савет Европе, Водич за члан 6. Европске конвенције за заштиту људских права, Право на правично суђење (грађанскоправни аспект), 2019, доступно на адреси: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_SER.pdf, 14. 4. 2022, 17 са позивом на одлуку *Avotins* против Летоније. Сматра се да одбијање егзекватуре представља својеврсни захват у тужиочево право на тужбу. А. Јакшић (2016), 117.

89 Вид. Водич за члан 6. Европске конвенције за заштиту људских права, 34.

90 А. Јакшић (2016), 90–91.

91 *Saccoccia v. Austria*, Application no. 69917/01, 18. 12. 2008.

Могућност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке стоји између два супротстављена аспекта највишег правног стандарда – правне сигурности. Странке очекују да у тренутку правноснажности спора одлука постаје извршива и да тиме настаје коначно правно стање у које оне могу да се поуздају. Исто тако, правна сигурност налаже да одлука која је донета буде правилна и правична у сваком свом аспектима. На такав начин, примећује се да унутар правне сигурности имамо супротстављене интересе и супротна тежишта, чиме се нарушава равнотежа овог највишег правног начела. Стога, поставља се питање да ли превагу треба дати коначности одлуке, те избегавању одуговлачења поступка признања трећестепеном контролом или правичности резултата. Одговор проналазимо у анализи духа закона и правног система, као и потребама несметаног одвијања међународног привредног промета, који, како је претходна анализа показала, иду у корист потребе да се, уколико су испуњени за то предвиђени услови, да превага могућности изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке.

V Закључак

Приликом анализе питања дозвољености ревизије у поступку признања стране судске одлуке обрађене су сумарно опште поставке поступка признања страних судских одлука у Србији, као и опште поставке ревизије у српском грађанском судском поступку. Став највишег суда у нашој земљи је да анализом правила која чине законски оквир у погледу питања дозвољености ревизије у поступку признања стране судске одлуке, овај ванредни правни лек није дозвољен. Међутим, циљ рада је био да се испита да ли се овај став врховне судске инстанце чини оправданим или не. Вршењем различитих врста тумачења релевантне норме ЗМПП-а и анализом целокупног законског оквира који је релевантан за ово питање, установљено је да су аргументи Врховног суда Србије који иду у смеру недозвољености ревизије у поступку признања страних судских одлука неадекватни.

Размотрена су два потенцијална језичка тумачења члана 101 ст. 3 ЗМПП-а. Закључујемо да иако ЗМПП не прописује могућност изјављивања ревизије (већ само жалбе као редовног правног лека), то не значи да је ревизија потпуно искључена. Штавише, након извршеног систематског и циљног тумачења долази се до решења да је потребно прихватити оно језичко тумачење одредбе ЗМПП-а којим се долази до тога да овај закон само регулише могућност изјављивања жалбе а да питање могућности изјављивања ревизије оставља отвореним. Према томе, на то отворено питање (правну празнину) потребно је одго-

ворити правилима ванпарничног поступка, уз сходну примену правила парничног поступка. Приликом одговарања, није могуће занемарити ни Устав Републике Србије, те ЕКЉП која установљава одређене гаранције које морају бити испоштоване и у међународним грађанским судским поступцима. Анализом свега наведеног, долази се до закључка да према тренутном законском окружењу спорног члана ЗМПП-а, не постоје препреке за изјављивање овог ванредног правног лека у поступку егзекутуре.

Аутори сматрају да највиши суд треба да допусти изјављивање ревизије у поступцима признања стране судске одлуке, јер досадашње тумачење права врховне судске инстанце не одговара ни темељним вредностима и интересима које штити правни систем. Размотрено је како став Врховног (касационог) суда отежава неометано одвијање међународног привредног промета и доводи до веће правне несигурности странака које у том промету учествују. Такође, сходно чињеници да Република Србија има основан врховни суд као крунску судску инстанцу, те да је предвидела ревизију као ванредни правни лек, а да њену примену није експлицитно искључила у поступку признања стране судске одлуке, држимо да би супротно поступање (непрепознавање дозвољености ревизије у поступку егзекутуре) водило повреди права на правично суђење јер правни лек ревизије *de lege lata* стоји на располагању странкама, али због актуелног става он странкама *in essentia* није доступан.

Што се тиче *de lege ferenda* решења, сматрамо потребним да, приликом следећих законодавних интервенција ЗМПП-а, предметно питање овог рада буде децидно и коначно регулисано, а аутори се надају, у афирмативном смислу.⁹² Само на тај начин, биће постигнута правна сигурност у грађанском и привредном промету, где ће учесници у овим правним односима добити извесност у погледу разматраног питања, те могућност корекције неправилно донете одлуке другостепеног суда у поступку признања стране судске одлуке. Имајући у виду да су измене ЗПП-а чешће и неизвесније од новелирања ЗМПП-а, то би довело до тога да како год буде будуће уређење опште ревизије, она у поступку признања буде експлицитно дозвољена посебним законом, чиме би се додатно допринело правној сигурности у грађанским и трговинским односима с елементом иностраности.

92 Супротно томе, Нацрт Закона о међународном приватном праву предвиђа да против одлуке другостепеног суда није дозвољено улагање ванредног правног лека, осим изузетно, када је страна одлука укинута или преиначена по ванредном леку у држави у којој је донета, када дозвољава предлог за понављање поступка. Вид. Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву од јуна 2014. године, чл. 191.

Коришћена литература

- Беловић Јелена, „Признање и извршење страних судских одлука“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 57/2018. (Belović Jelena, „Priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 57/2018)
- Бодирога Никола, „Ванредни правни лекови у новом Закону о парничном поступку“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012. (Bodiroga Nikola, „Vanredni pravni lekovi u novom Zakonu o parničnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2012)
- Бодирога Никола, „О иницијативи Врховног касационог суда за измену Закона о парничном поступку“, *Право и привреда*, бр. 3/2020. (Bodiroga Nikola, „O inicijativi Vrhovnog kasacionog suda za izmenu Zakona o parničnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 3/2020)
- van Loon Hans, „Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters“, *Collection of Papers of the Faculty of Law in Niš*, Nr. 82/2019.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, деветнаесто издање, Београд, 2020. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, devetnaesto izdanje, Beograd, 2020)
- Васић Радмила, Јовановић Миодраг, Дајовић Горан, *Увод у право*, седмо издање, Београд, 2020. (Vasić Radmila, Jovanović Miodrag, Dajović Goran, *Uvod u pravo*, sedmo izdanje, Beograd, 2020)
- Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991. (Dika Mihajlo, Knežević Gašo, Stojanović Srđan, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991)
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, десето издање, Београд, 2018. (Jakšić Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, deseto izdanje, Beograd, 2018)
- Јакшић Александар, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд, 2006. (Jakšić Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd, 2006)
- Јакшић Александар, *Међународно грађанско процесно право*, Београд, 2016. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Beograd, 2016)
- Јакшић Александар, *Међународно приватно право*, Београд, 2021. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2021)

Jovanović Marko, „Thou Shall (Not) Pass – Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement under the 2019 Hague Judgments Convention“, *Yearbook of Private International Law* (eds. Andrea Bonomi, Gian Paolo Romano), Vol. XXI – 2019/2020.

Кеча Ранко, Кнежевић Марко, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2017. (Keča Ranko, Knežević Marko, „Dozvoljenost revizije u parničnom postupku zbog preinačujuće žalbene presude: posledica ustavne garantije prava na pravno sredstvo ili samo pravno-političko pitanje?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2017)

Козар Владимир, Почуча Милан, *Коментар Закона о парничном процесу са новелама из 2014. године, судском праксом и регистром појмова*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2014. (Kozar Vladimir, Počuča Milan, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2014)

Познић Боривоје, *Коментар Закона о парничном процесу према тексту закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*, Београд, 2009. (Poznić Borivoje, *Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd, 2009)

Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право*, Београд, 2010. (Stanivuković Maja, Živković Mirko, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2010)

Станковић Гордана, *Грађанско процесно право*, Београд, 2004. (Stanković Gordana, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2004)

Stefan JOVANOVIĆ

Teaching Associate and PhD candidate at the University of Belgrade
Faculty of Law, Serbia

David VUČINIĆ

Junior Associate at BDK Advokati, Serbia

ADMISSIBILITY OF APPEAL ON THE POINTS OF LAW IN THE PROCEDURE FOR RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

Summary

Serbian courts do not allow appeal on the points of law (as an extraordinary legal remedy) in the procedure for recognition of foreign judgments. The authors aim to examine the validity of this understanding by critically considering it from the perspective of regulations governing the issues of private international law, non-litigious procedure and civil procedure. In addition, the paper examines whether such a solution corresponds to a broader regulatory framework that includes constitutional and international norms, the purpose of applicable institutes, as well as the need to ensure full legal protection and facilitate international business transactions. The authors conclude that there are no legal obstacles to appeal on the points of law in the exequatur procedure, and that its admissibility would contribute to the improvement of international economic traffic and legal certainty.

Key words: *Appeal on the Points of Law. – Extraordinary Legal Remedies. – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. – Non-litigious procedure.*

Датум пријема рада: 29. 4. 2022.

Датум исправке рада: 14. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 8. 2022.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 341.638:339.727.22/.24

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22307A

Милица ЊЕГОВАН*

докторанд Универзитета у Новом Саду – Правног факултета
стручни сарадник Универзитета у Новом Саду – Факултета
техничких наука, Србија

ИЗАЗОВИ РЕФОРМЕ МЕХАНИЗМА РЕШАВАЊА ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА**

Сажетак

Критичке упућене процесном механизму решавања спорова између страних улађача и држава пријема улађања, односно инвестиционој арбитражи, довеле су до различитих предлога и покушаја налажења оптималних реформских опција. У оквиру УНЦИТРАЛ-ове Радне групе III, од 2017. године разматрају се предлози различитих заинтересованих страна. У овом раду анализирани су главне замерке на доминантни систем решавања инвестиционих спорова, као и основне реформске опције које фигурирају у литератури и пракси међународних организација, преважно УНЦИТРАЛ-а. Иако је овај процес још увек у току, евидентно је да, с једне стране, постоји плурализам различитих интереса и предлога главних актера међународној инвестиционој права, док се, с друге стране, уочава постојање ширег консензуса о неопходности одређених реформи у циљу успостављања и јачања доследности, уједначености

* Електронска адреса аутора: njegovanmilica@yahoo.com.

** Захваљујем проф. др Петру Ђундићу на корисним сугестијама у току писања овог рада.

и непредвидљивости арбитражних одлука. Одређене реформе се већ имплементирају у пракси уишем нових инвестиционих уговора.

Кључне речи: Међународно инвестиционо право. – ISDC. – Реформа. – Инвестициона арбитража.

I Увод

Постојеће међународно инвестиционо право, којим се уређује материја страних улагања на међународном нивоу,¹ већ неколико деценија је предмет бројних и разноврсних критика, и често веома поларизованих дебата, како у погледу материјалноправних одредби о заштити страних улагача, тако и у погледу процесног механизма решавања инвестиционих спорова. Основни разлози за реформу механизма решавања спорова између држава пријема улагања и инвеститора (*Investor-State dispute settlement* – ИСДС) су његова наводна неправичност и нетранспарентност, асиметрија између права и обавеза главних актера, као и неуједначеност у тумачењу кључних одредби уговора у одлукама које доносе различити арбитражни судови. Овај механизам се чак назива „неморалном правном структуром“,² јер фаворизује корпоративне интересе, чиме се доводи у питање његова легитимност.³

Као првобитни одговор на незадовољство постојећим системом процесне заштите страних улагања јављале су се разноврсне унилатералне, билатералне и мултилатералне иницијативе.⁴ Временом су и велике међународне организације почеле да раде на сопственим реформским плановима, међу којима је најзначајнији актуелни пројекат Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (*United Nations Commission on International Trade Law* – УНЦИТРАЛ). Радна група је добила задатак да прво идентификује и размотри све критике које се тичу тренутног механизма решавања спорова, затим да утврди да ли

1 Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, 10.

2 Sharon Schmidt, *Austria: Thoughts on the legitimacy, sustainability and future of ISDS in times of crisis*, 2020, доступно на адреси: <https://www.mondaq.com/austria/operational-impacts-and-strategy/988580/thoughts-on-the-legitimacy-sustainability-and-future-of-isds-in-times-of-crisis>, 28. 6. 2022.

3 Међу првима је о овоме писала Susan D. Franck, „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions“, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Nr. 4/2005, 1521.

4 Chiara Giorgetti, Laura Létourneau-Tremblay, Daniel Behn, Malcolm Langford, „Reforming International Investment Arbitration: an Introduction“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 18, 2019, 304.

је реформа пожељна и да развије оптимална решења која ће бити предложена УНЦИТРАЛ-у. Радни план је да се предлози реформи заокруже до 2024. и да се усвоје у Уједињеним нацијама 2025. године.⁵

С друге стране, разуме се, постојећи систем решавања инвестиционих спорова има и своје присталице и очигледне предности. На пример, наводи се да постојећи режим заштите страних улагања доприноси економском расту и подизању животног стандарда, како у државама извозницама, тако и у државама увозницама капитала,⁶ јер правна сигурност за стране улагаче доприноси њиховој отворености за додатна улагања.

Имајући у виду савремену глобализовану економију и важност страних улагања за њено функционисање, ова тема има велики значај, нарочито за државе у развоју и транзицији, каква је и Република Србија. У овом раду прво су анализирани основне замерке које се упућују постојећој инвестиционој арбитражи. Затим су сажето изложени најважнији предложени правци њених реформи, првеасходно на основу рада у оквиру УНЦИТРАЛ-а, као и најновије критике које прате поједине од тих реформских опција. На крају, изнет је закључак.

II Критике упућене инвестиционој арбитражи

Бројне и разноврсне критике упућене доминантном механизму решавања инвестиционих спорова, то јест инвестиционој арбитражи од стране различитих међународних актера, попут правника, држава, међународних владиних и невладиних организација, па и шире јавности, можемо рашчланити на неколико кључних проблема.

1. Проблем саме природе инвестиционе арбитраже

Критичари постојећег концепта решавања инвестиционих спорова сматрају неправичном могућност страног улагача, приватноправног субјекта, да тужи суверену државу пред међународним форумом, док држава, као јавноправни ентитет, у односу на страног улагача, у највећем броју случајева, то право нема или је оно веома ограничено.⁷

5 United Nations, UNCITRAL Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, доступно на адреси: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Submissions/Others/UNCITRAL.pdf>, 13. 7. 2022, 5.

6 Stephan W. Schill, „Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2011, 61 и даље.

7 Ипак, у скорије време се све више јављају инвестициони споразуми који омогућују подношење противтужбе од стране тужене државе, чешће имплицитно, а ређе

Сматра се да се на тај начин фаворизује инвеститор, а што је последица неравнотеже заштите између држава и инвеститора у одредбама самих БИТ-ова.⁸ Инвестициона арбитража се у критички настројеној правној доктрини посматра и кроз призму нарушавања државног суверенитета,⁹ јер одредбе БИТ-ова спречавају изненадне промене закона у држави пријема улагања. Овај феномен се назива *regulatory chill*¹⁰ и представља уздржавање државе да делује у циљу заштите јавних интереса како би избегла да буде тужена.¹¹

2. Проблем независности и непристрасности арбитра

С обзиром на то да су арбитраи плаћени за своје услуге, сматра се да имају интерес да се овакав режим решавања спорова одржи на снази, односно да нису непристрасни у одлучивању.¹² За разлику од државног правосуђа, арбитраи се бирају из редова правника који се баве инвестиционом арбитражом и као заступници странака. Иако постоје правила, као што су *IBA Guidelines on Conflict of Interest*,¹³ којима се могу предвидети најдрастичнији случајеви сукоба интереса, остаје бојазан да би арбитраи приликом одлучивања могли да буду под утицајем своје друге улоге, нпр. функције правног заступника у неком другом, одвојеном

експлицитно. На пример, у предмету *Салука йройив Чешке Републике*, арбитражни суд је утврдио своју надлежност у „свим споровима...у вези са инвестицијом“, на основу члана 8 чешко-холандског БИТ-а, чиме се начелно дозвољава поступање по противтужби државе. С друге стране, БИТ закључен између Словачке Републике и Ирана изричито дозвољава држави да поднесе противтужбу засновану на „кршењу инвеститорових обавеза према (овом) споразуму да се придржава закона државе пријема улагања“. Споразуми доступни на адреси: <https://icsid.worldbank.org/resources/databases/bilateral-investment-treaties>, 20. 5. 2022.

8 Pierre Collet, „The current European Union investor state dispute settlement reform: a desirable outcome for investment arbitration?“, *NYU Journal of International Law*, Vol. 53, Nr. 3/2021, 692.

9 *Ibid.*, 693.

10 Вид. Kyla Tienhaara, „Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science“, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (eds. Chester Brown, Kate Miles), Cambridge, 2011, 606–628.

11 Haden Choiniere, Vladislav Maksimov, „Investor–State Dispute Settlement and Sustainable Development: Negative Externalities and a Need for Reform“, *AIB Insights*, Vol. 22, Nr. 1/2022, доступно на адреси: <https://insights.aib.world/article/32976-investor-state-dispute-settlement-and-sustainable-development-negative-externalities-and-a-need-for-reform>, 15. 5. 2022, интернет извор без броја стране.

12 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 12.

13 ИВА Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), доступно на адреси: [IBA-Guidelines-on-Conflict-of-Interest-NOV-2014-FULL.pdf](https://www.international-arbitration-attorney.com/iba-guidelines-on-conflict-of-interest-nov-2014-full.pdf) (*international-arbitration-attorney.com*), 2. 7. 2022.

предмету, па чак и да покушају да исходују одлуку која ће им у том предмету бити од користи.

3. Проблеми недостатка доследности, уједначености и предвидивости арбитражних одлука

Одлуке арбитражних судова понекад су недоследне, па чак и контрадикторне. Тако, различити арбитражни судови су долазили до различитих решења у веома сличним случајевима, како у погледу права тако и у погледу чињеница, односно нису на исти начин тумачили материјалноправне стандарде заштите.¹⁴ Такве недоследности инвестиционе јуриспруденције могу негативно утицати на предвидивост, ефективност и поверење у инвестициону арбитражу, то јест нарушити њен кредибилитет.¹⁵

Иако у инвестиционој арбитражи формално не постоји *stare decisis* или правило прецедента, пракса показује да се арбитражни судови ипак труде да поштују претходне одлуке других арбитражних судова, чиме се развија *de facto* систем прецедената.¹⁶ Тај став је исказан у случају *Saipem v. Bangladesh*,¹⁷ као и у другим предметима, где је утврђено да арбитражни судови имају „обавезу да допринесу хармоничном развоју инвестиционог права“.¹⁸

14 На пример, арбитражни суд ИКСИД је различито тумачио и одређивао опсерг клаузуле најповлашћеније нације (енг. *most-favoured nation clause* – МФН клаузула) и „кишобран“ клаузуле. У случајевима *Impregilo (Impregilo S.p.A v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion)* и *Maffezini (Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7)*, МФН клаузула је екстензивно тумачена, тако да је омогућавала инвеститору да се позове на примену одредби о процесном механизму за решавање спорова из других споразума. С друге стране, у предмету *Salini & Italstrade (Salini Constutorri S.p.A and Italstrade S.p.A v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13)* примењено је рестриктивно тумачење.

15 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 13.

16 August Reinisch, „Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration“, *Austrian Arbitration Yearbook* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerold Zeiler), Vienna, 2008, 495–510.

17 *Saipem SpA v The People’s Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, ICSID Case No ARB/05/07 67.

18 *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL*, Decision on Jurisdiction, par. 62.

4. Проблем трајања и трошкова арбитраже

Још једна од значајних мањкавости система тиче се дугог трајања поступка и високих трошкова арбитраже. На пример, просечно трајање поступка пред ИКСИД-ом износи 3,6 година,¹⁹ а пред арбитражним судовима који поступају на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а 3,9 година.²⁰ Истраживање које је спровела Медународна асоцијација адвокатских комора (*International Bar Association* – у даљем ИБА) показује да је 95 процената испитаника незадовољно дугим временским периодом трајања арбитраже, као и недоступношћу арбитрара.²¹ Осим тога, велика већина испитаника изразила је забринутост у погледу цене услуга адвоката и експерата, и у мањој мери, накнаде арбитрара. На пример, трошкови заступања у познатом предмету *Јукос њројшв Русије* су достигли чак 60 милиона долара.²² У последње време, ИКСИД и друге институције су почеле да се интензивније баве овим проблемима, како би се повећала ефикасност арбитраже.²³

5. Проблем недовољне транспарентности

Иако је тајност, односно поверљивост једно од основних обележја и предности арбитраже уопште, у *инвестиционој* арбитражи често се решава о питањима од јавног интереса, због чега се све више инсистира да одређени подаци и детаљи арбитражног поступка буду доступни јавности. Тако су последњих година изражени захтеви за јавним рочиштима, за доступношћу материјала, поднесака и одлука широј јавности, учешће трећих заинтересованих лица или привредних друштава која нису странке у поступку а имају значајан интерес у арбитражи (*amicusa*),²⁴ те транспарентности финансирања.²⁵

19 Anthony Sinclair, „ICSID Arbitration: how long does it take?“, *Global Arbitration Review*, Vol. 4, Nr. 5/2009, 18–21.

20 Jeffrey Commission, „The duration costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations“, *Vannin Capital Funding in Focus*, 2016, доступно на адреси: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf>, 5. 7. 2022, 9.

21 IBA, Report on the Subcommittee's Investment Treaty Arbitration Survey, 2016, доступно на адреси: https://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2018/12/Investment_Treaty_Arbitration_report_June_2016_FULL.pdf, 5. 7. 2022.

22 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, 2005, PCA Case No. 2005–04/AA2271887.

23 Више о томе вид. IBA, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration: A report by the IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration*, 2018.

24 Више о томе Петар Ђундић, „Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012, 321–341.

У последње време, изменама арбитражних правила и доношењем одређених правних инструмената поверљивост, односно тајност поступка као традиционалне карактеристике арбитраже слабе и све више уступају место јавности, тј. транспарентности података.²⁶ Међутим, и поред овог развоја догађаја, захтева се додатно повећавање транспарентности, односно изазови у овој области и даље постоје.²⁷

6. Проблем контроле арбитражних одлука

Једно од основних начела арбитражног решавања инвестиционих спорова јесте коначност арбитражне одлуке, односно одсуство жалбеног поступка у коме би се испитивала њена исправност.²⁸ То је општа карактеристика арбитраже, која представља један од разлога њеног уговарања, али која може бити посматрана и као недостатак.²⁹ Контрола арбитражних одлука врши се по правилу пред домаћим судовима, подношењем тужбе за поништај у држави доношења одлуке.

Критике се односе на став да одсуство правог жалбеног механизма онемогућава поништавање погрешних одлука и санкционисање некомпетентних арбитрара. Како инвестициони спорови често укључују питања од јавног значаја, оваква ограничења се сматрају неприхватљивим.³⁰ УНЦИТРАЛ-ова Радна група је навела да су постојећи механизми преиспитивања одлука (као што је ИКСИД контролни механизам) слаби и недовољни, односно да се више баве процесним аспектима арбитраже, а не уједначеношћу, кохерентношћу или исправношћу исхода одлучивања, што је виђено као недостатак и мотив за спровођење реформи.³¹

25 ИВА (2018), 53 и даље.

26 Маја Станивуковић, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2018, 474.

27 Вид. Ondřej Svoboda, „Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough“, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3286595>, 17. 5. 2022.

28 П. Цветковић, 93.

29 Маја Станивуковић, *Међународна арбитража: са одабраним примерима*, Београд, 2013, 19, 30.

30 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 14.

31 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), A/CN.9/WG.III/WP.149, 7/21, 2018, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/064/96/PDF/V1806496.pdf?OpenElement>, 17. 5. 2022.

III Предлози за реформу

Могући правци и методи реформе досадашњег механизма решавања инвестиционих спорова су разноврсни. Имајући у виду плуралитет предложених реформи, ради лакшег сагледавања и анализирања, сви ови предлози могу се сврстати у две основне групе.³² Прву би чиниле *структуралне реформе*, дакле промена самог механизма, уз укључивање нових структура, попут мултилатералног инвестиционог суда, апелационог тела, оба истовремено или увођење саветодавног центра за државе у развоју. Другу групу предложених промена чиниле би *процедуралне реформе*, као што су кодекс понашања за арбитраже, уређивање финансирања спорова од трећих лица и проширење могућности противтужби, нови начин бирања арбитра, алтернативни начини решавања спорова, итд.

I. Структуралне реформе

Прва категорија реформских могућности обухвата структуралне, односно институционалне реформе и огледа се у успостављању нових механизма и институција. По свом значају, издваја се неколико основних предлога.

a) *Стални инвестициони суд*

Последњих година значајно су се интензивирале дискусије у погледу стварања сталног инвестиционог суда. Као предности таквог механизма, у односу на постојећи, наводе се постизање кохерентности, усклађености у тумачењу правила и потпуна одвојеност доносилаца одлука у односу на стране у спору, у смислу постизања пуне независности (позиција члана суда и приходи више не зависе од појединачних именована од стране државе или инвеститора у конкретном спору), повећана транспарентност и ефикасност процеса.³³ Најгласнији заговорник успостављања *мултилатералног инвестиционог суда*, који би укључивао што већи број држава, је Европска унија.

УНЦИТРАЛ је идентификовао успостављање међународног суда као једну од опција за реформу током своје 50. сесије, одржане 2017. године.³⁴ Основна питања која треба размотрити тичу се извршавања

32 Сличну поделу можемо наћи у UNCITRAL (2021); и у: С. Giorgetti *et al.*, 2019.

33 European Commission, Factsheet on the Multilateral Investment Court (europa.eu), 2017, доступно на адреси: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf, 7. 2. 2022.

34 UNCITRAL, Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor-State dispute settlement (ISDS), Note by the Secretariat A/CN.9/917, 2017, 8 и даље.

одлука, апелационог механизма, финансирања сталног суда и његових чланова, те селекције и одабира чланова суда.³⁵ Да би осигурали своју независност, судије би попуниле радна места са пуним радним временом, без спољних активности, и са платама упоредивим са другим судским системима. Како би се обезбедила компетентност и објективност, судије би биле репрезентативне у смислу географске заступљености, стручности и родне разноликости.

И поред очигледних предности сталног инвестиционог суда, као што су повећана уједначеност и легитимност одлучивања, ни овај предлог није без својих критичара. На пример, судије именоване у стални мултилатерални суд могу бити изложене политичкој пристрасности, што би обесхрабрило инвеститоре и негативно утицало на повећање инвестиција на глобалном нивоу.³⁶ Затим, све државе би морале да пристану да буду обавезане једним мултилатералним документом, што није реалистично. Многе земље у развоју страхују да би суд био попуњен доносиоцима одлука из економски моћних држава.³⁷

б) Апелационо тело

Предлоге за успостављање апелационог механизма УНЦИТРАЛ-у су поднеле бројне државе и међународне организације (нпр. ЕУ, Мароко, Израел, Јапан). Радна група је затим прелиминарно разматрала основне компоненте овог механизма, које се односе на различите аспекте жалбе, као што су њена природа, могући основи и дејство. У свом извештају из 2022. године, Радна група је навела да су различите компоненте међусобно повезане и да би их требало размотрити, без обзира на то какав облик би такав механизам могао имати – *ad hoc* жалбени механизам, стално самостално апелационо тело или апелациони механизам као други степен сталног суда.

Предложени су и жалбени разлози, који могу обухватити: (1) грешке у тумачењу или примени закона, уз могућност даљег ограничавања жалбе на одређене врсте грешака или на одређена правна питања; и (2) грешке у утврђивању свих релевантних чињеница, укључујући

35 *Ibid.*

36 Joel Dahlquist, At UNCITRAL Working Group sessions, prominent arbitrator Charles Brower cautions against „revolution“ of investor-state arbitration system, *IA Reporter*, доступно на адреси: <https://www.iareporter.com/articles/at-uncitral-working-group-sessions-prominent-arbitrator-charles-brower-cautions-against-revolution-of-investor-state-arbitration-system/>, 15. 5. 2022.

37 Ciarb, CIArb at UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform: Efficiency, Decisions, and Decision Makers, 2019, доступно на адреси: *february-ciarb-isds_discussion-papers.pdf*, 15. 5. 2022, 14–15.

грешку у процени штете.³⁸ О овим и другим могућим опцијама још увек се дискутује.

в) Савештодавни центар

Неколико држава, углавном држава у развоју, предложило је успостављање мултилатералног Саветодавног центра за међународно инвестиционо право, сличног Саветодавном центру за право *Светске трговинске организације* (СТО) у Женеви. Сврха овог центра би била да се позабави главном забринутошћу земаља у развоју: трошковима и трајањем спорова између инвеститора и државе. Што је још важније, Саветодавни центар би помогао државама да изграде сопствене правосудне капацитете и да шире доступне информације о случајевима. Један предлог сугерише да услуге Саветодавног центра првенствено треба да користе владама земаља у развоју.³⁹

Према разматрању Радне групе, Центар би пружао услуге на одржив, приступачан и ефикасан начин; без било каквог спољног утицаја, без преклапања са радом других субјеката, како би се максимално искористили ресурси; и одржавањем поверљивости информација. Основне функције Центра би биле пружање помоћи у медијацији и другим алтернативним методама решавања спорова, различите врсте помоћи и подршке током инвестиционе аритраже и форум за дељење најбољих пракси, укључујући услуге превенције и избегавања спорова, као и друге правне и саветодавне услуге.⁴⁰

2. Процедуралне реформе

Друга врста реформи је превасходно процедуралне природе, и тиче се елиминисања мањкавости постојећег механизма. Сажето ћемо изложити предлоге основа могуће реформе у овим областима.

38 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Appellate mechanism and enforcement issues, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.202, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/39/PDF/V2006539.pdf?OpenElement>, 15. 5. 2022, 3.

39 UNCITRAL, Working Group III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Advisory Centre Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.212, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V21/090/91/PDF/V2109091.pdf?OpenElement>, 17. 5. 2022.

40 *Ibid.*

а) Кодекс понашања за арбитраже/судије

УНЦИТРАЛ је заједно са ИКСИД-ом припремио Нацрт кодекса понашања, који укључује стандарде примењиве на арбитраже и судије (у оквиру сталног механизма), на основу компаративног прегледа стандарда који су присутни у инвестиционим споразумима, арбитражним правилима и кодексима националних судова. Нацрт такође одражава досадашње разматрање УНЦИТРАЛ-а да он треба да буде обавезујући, као и да садржи конкретизована правила, а не смернице. Циљ је да се обезбеди јединствен приступ захтевима који се примењују на арбитраже и пружи конкретнији садржај уопштеним етичким појмовима и стандардима који се налазе у постојећим инструментима.⁴¹

б) Алтернативни начини решавања спорова

Будући да је уочено да су методе које представљају алтернативу арбитражи у решавању међународних инвестиционих спорова још увек недовољно коришћене, а нарочито медијација, Радна група се позабавила и овим питањем. Навела је да су предности медијације мањи трошкови и већа флексибилност. Међутим, уочене су структуралне, законодавне и политичке препреке за њихову употребу.

У постојећим споразумима већ постоје клаузуле које предвиђају одређени период „хлађења“ (*cooling off period*) пре него што може да се покрене арбитража, али мањи број предвиђа медијацију пре или током тог периода. Дакле, у случају кад инвестициони споразум не прописује медијацију, државама се препоручује да размотре могуће опције, јер уколико споразуми не укључују ниједну одредбу о медијацији и стога захтевају посебан договор страна у спору, то отежава примену арбитражи алтернативних начина решавања спорова, као што је медијација. УНЦИТРАЛ је разматрао различите могуће опције за развој модел-клаузула у инвестиционим уговорима, које су већ присутне у одређеним БИТ-овима.⁴²

41 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft Code of Conduct, Note by the Secretariat, доступно на адреси: [V2106811.pdf \(un.org\)](#), 17. 5. 2022, 2.

42 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Mediation and other forms of alternative dispute resolution (ADR), Note by the Secretariat, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_clauses_on_mediation.pdf, 17. 5. 2022, 2 и даље.

в) Нове методе избора арбитрара

Питање избора арбитрара јавило се као реакција на уочене недостатке независности и непристрасности доносилаца одлука у инвестиционој арбитражи, као и недостатак одговарајуће разноликости арбитрара (тј. инклузивности).⁴³ Критике се нарочито односе на вишеструке улоге арбитрара, које би могле негативно утицати на интегритет арбитраже и независност арбитрара. Што се тиче равноправне заступљености арбитрара, проблем се може илустровати подацима из ИКСИД-овог статистичког годишњака из 2022. године. Наиме, преко 60% арбитрара, миритеља и *ad hoc* чланова одбора су били из Западне Европе (43%) и Северне Америке (20%), од чега су 73% мушкарци, а само 27% посто жене.⁴⁴

УНЦИТРАЛ-ова Радна група је зато разматрала нове методе избора арбитрара, који би требало да буду такви да допринесу правди и да гарантују транспарентност, отвореност, неутралност, одговорност и да одражавају високе етичке стандарде, истовремено обезбеђујући одговарајућу разноликост. Могуће опције укључују (а) метод избора и именовања којим би чланове трибунала бирала *тјрећа страна* која делује као орган за именовање, без икаквог утицаја страна у спору, или са врло ограниченим утицајем; и (б) коришћење унапред утврђене листе или списка арбитрара.⁴⁵ Што се тиче потребних квалификација, арбитрари би требало да буду упознати са међународним јавним правом, међународним трговинским и инвестиционим правом, као и међународним приватним правом; да имају знања о различитим инвестиционим политикама, о питањима одрживог развоја; да имају специфична знања релевантна за спор који је у питању, на пример, знање специфично за одређену индустрију и познавање релевантног домаћег правног система.

и) Сиречавање и ублажавање спорова

Предлози упућени УНЦИТРАЛ-у који се баве питањем спречавања и ублажавања спорова наглашавају да су то средства за побољшање

43 UNCITRAL, Initial Draft, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Selection and appointment of ISDS tribunal members, Note by the Secretariat, доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/en/tribunalselection>, 20. 5. 2022, 2 и даље.

44 ICSID, 2022–1, The ICSID Caseload Statistics (worldbank.org), доступно на адреси: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf, 2. 7. 2022.

45 UNCITRAL, Working group III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Selection and appointment of ISDS tribunal members, Note by the Secretariat, 5, A/CN.9/WG.III/WP.203, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/89/PDF/V2006589.pdf?OpenElement>, 25. 5. 2022.

пословног окружења и одржавање страних улагања на одређеном нивоу. У том смислу, предложени модел би се фокусирао првенствено на привлачење, а мање на механизам правне заштите страних улагања. Могући начини превенције спорова укључивали би одређене активности на националном и на међународном нивоу.

На националном нивоу, спомињу се *водећа (главна) агенција*, која је обично законски овлашћена да, поред прикупљања и ширења информација, обавља и координацију са другим владиним агенцијама у циљу развоја политике за спречавање спорова. Другу могућност представља *мајирање информација* и њихово стављање на располагање, као и анализа случајева инвестиционих спорова, како би се обезбедило адекватно познавање обавеза државе и њихово тумачење од стране ИСДС трибунала. На билатералном, односно мултилатералном нивоу предлаже се *сарадња* између држава у спречавању спорова путем заједничких комитета који би редовно размењивали информације у циљу спречавања спорова. Уколико би до спора ипак дошло, примењивао би се механизам за решавање спорова заснован на консултацијама, преговорима и медијацији, о чему је већ било речи.⁴⁶

г) Остале процедуралне реформе

Остали предлози реформи процедуралног карактера везани су за алокацију трошкова арбитраже, трајање поступка, потраживања акционара, обезбеђење трошкова, финансирања од стране трећих лица, неосноване тужбе и друго. Због ограниченог обима овог рада, анализираћемо само неке од наведених реформских опција.

Финансирање од стране трећих лица (*third party funding* – ТПФ) је случај када неко ко није укључен у арбитражу даје средства страни у тој арбитражи у замену за договорену противуслугу. ТПФ има своје присталице, које тврде да се тиме омогућује и олакшава приступ правди, а смањују неосноване тужбе. С друге стране, критичари наводе да ТПФ омогућава одређеним улагачима, и то углавном онима из богатих земаља,⁴⁷ значајна додатна средства да туже државе, чиме се претерано ојачава њихова позиција и повећава број спорова, док терет плаћања

46 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Dispute prevention and mitigation – Means of alternative dispute resolution, Note by the Secretariat, 7. A/CN.9/WG.III/ WP.190, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_clauses_on_mediation.pdf, 3. 7. 2022.

47 Frank J. Garcia, The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration, доступно на адреси: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>, 3. 7. 2022.

накнаде штете пада на обичне грађане, пореске обвезнике.⁴⁸ Јавља се и проблем нетранспарентног финансирања, што може да угрози интегритет поступка, јер веза између арбитра и финансијера није саопштена странама у спору.

Због тога, основни захтев који се јавља је да се ТПФ открије свим странама, укључујући и износе. Неке државе предлажу потпуно забрану ТПФ-а или барем увођење санкција у случају кршења обавезе откривања информација. Размотрене су могуће опције за реформу, а од Секретаријата је затражено да припреми нацрт одредби о ТПФ-у. Прописи о ТПФ-у могу се имплементирати на различите начине, као што је укључивање ове опције у инвестиционе уговоре, у арбитражна правила, у домаће законодавство или у мултилатерални инструмент о реформи ИСДС-а.⁴⁹

ђ) Имплементација реформи путем мултилатералног инструмента

Предлози које су државе и други актери подносили не баве се само реформским опцијама, већ и начином њихове имплементације, при чему се наглашава потреба за флексибилним приступом реформи, који би омогућио свакој држави да одабере да ли и у којој мери жели да усвоји реформске опције.⁵⁰ Као један од основних модела за имплементацију реформи наводи се мултилатерални инструмент. Такав инструмент би обухватио различите опције за реформу и интегрисао их у јединствени мултилатерални оквир. Тзв. „кишобран“ конвенција представљала би општи оквир за све постојеће и будуће инвестиционе споразуме, а државе би могле да одлуче да ли ће да прихвате тај оквир.

Међутим, многа питања су још отворена, па се дискутује о томе да ли би се конвенција примењивала аутоматски на све споразуме једне државе, или би држава бирала на које споразуме ће се односити. Такође, питање је и да ли ће државе моћи да прихвате само део система, на пример само апелационо тело, али не и првостепени стални суд. Сличан

48 Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez, Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules?, доступно на адреси: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, 3. 7. 2022.

49 UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session. A/CN.9/1004, доступно на адреси: [V1910476.pdf \(un.org\)](https://www.unctad.org/Docs/pdf/un090476.pdf), 20. 5. 2022, пара. 95, 97.

50 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Multilateral instrument on ISDS, reform Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.194, доступно на адреси: [V2000315.pdf \(un.org\)](https://www.unctad.org/Docs/pdf/V2000315.pdf), 3. 7. 2022, 3.

механизам се већ примењује у оквиру *Конвенције УН о трансјаренцији*.⁵¹

3. Критике упућене предлозима реформи

Уопштено говорећи, одређени аутори сматрају да критика инвестиционе арбитраже није подржана ни статистичким доказима, нити праксом међународног арбитражног права.⁵² Што се тиче самог УНЦИТРАЛ-овог пројекта, замера му се да је пажња усмерена искључиво на процедуралне недостатке, а да је занемарен аспект суштинских реформи инвестиционих уговора, односно да не може да се разматра реформа процедуре ако се не реформишу материјалноправни стандарди и одредбе споразума о заштити улагања.⁵³ Такође, одређени аутори сматрају да је став УНЦИТРАЛ-а према питањима људских права двосмислен, односно да се предложене реформе не баве недостатком доследности и кохерентности у тумачењу и примени међународног права људских права у инвестиционој арбитражи.⁵⁴

Без обзира на ове критике, у пракси се одређене реформе већ одвијају путем новозакључених инвестиционих уговора. Тако, према подацима Конференције Уједињених нација о трговини и развоју, осам од девет анализираних инвестиционих споразума закључених током 2020. године садрже најмање једну врсту ограничења механизма решавања спорова, као што су ограничавање одредби уговора које подлежу ИСДС-у, ограничавање временског периода за подношење захтева,⁵⁵ потпуно изостављање ИСДС механизма и друго.⁵⁶ Може се

51 *Ibid.*, 6.

52 Gloria Maria Alvarez, Blazej Blasikiewicz, Tabe van Hoolwerff, Keoplatra Koutouzi, Nikos Lavranos, Mary Mitsi, Emma Spiteri-Gonzi, Adrian Verdegay Mena, Piotr Wilinski, „A Response to the Criticism against ISDS by EFILA“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, Nr. 1/2016, доступно на адреси: https://aura.abdn.ac.uk/bitstream/handle/2164/8805/A_Response_to_the_Criticism_against_ISDS_by_EFILA_.pdf;jsessionid=399660358F1161DCEAA1719F16E64DDE?sequence=1, 2. 7. 2022, 1–36.

53 Naimeh Masumy, ISDS Reform: The Dimming Yet Discerning Voices of the Global South States, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2021/09/01/isds-reform-the-dimming-yet-discerning-voices-of-the-global-south-states/>, 17. 5. 2022.

54 Siobhán McInerney-Lankford, Manuela Corredor Vasquez, UNCITRAL WGIII and Human Rights: towards a more balanced ISDS System? 2020, доступно на адреси: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-wgiii-and-human-rights-towards-a-more-balanced-isds-system/>, 3. 7. 2022.

55 Такав је Споразум о свеобухватном економском партнерству (ЦЕПА) између Јужне Кореје и Индонезије (2020), који у члану 7.19 условљава подношење тужбе арбитражном суду у року од три године и шест месеци од када је инвеститор у спору постао свестан, или је разумно требало да буде свестан кршења обавезе из споразума и за губитак или штету коју је претрпео. Извор: Indonesia – Republic

очекивати да ће са напредовањем процеса у УНЦИТРАЛ-у све више заживети одређене реформске опције.

IV Закључак

Иако је инвестициона арбитража још увек главни начин решавања спорова између страних улагача и држава пријема улагања, јер и даље велика већина међународних инвестиционих споразума садржи такву клаузулу, сматра се да, поред несумњивих предности, има и одређене недостатке. То је довело до различитих предлога за спровођење реформи постојећег режима, међу којима је најзначајнији пројекат УНЦИТРАЛ-а.

Предлози за структуралне реформе варирају од ангажовања националних судова, преко медијације, до стварања сталног мултилатералног инвестиционог суда, а процедуралне реформе тичу се различитих аспеката постојећег система, које би требало унапредити.

Плуралитет предложених реформи говори о различитим интересима и визијама држава и осталих заинтересованих страна. У том смислу, уочавају се два основна правца размишљања. Одређени аутори сматрају да превише различитих модела може довести до претеране фрагментарности система, који не би имао довољну институционалну моћ да достигне основни циљ реформе – успостављање и јачање доследности, уједначености и предвидљивости арбитражних одлука.⁵⁷ С друге стране се наводи да је флексибилност једино могуће решење, путем могућности за различите институционалне механизме. Генерална фрагментарност међународног инвестиционог права не мора да се посматра *a priori* као нешто негативно, већ кроз призму повећане слободе и прилагођавања различитим условима и потребама.⁵⁸

У сваком случају, процес разматрања и увођења реформи је у току, и биће важно пратити развој догађаја. Република Србија, која је

of Korea CEPA (2020), доступно на адреси: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4970/indonesia--republic-of-korea-cepa-2020->, 3. 7. 2020.

56 На пример, БИТ Бразил–Индија и Регионално свеобухватно економско партнерство (РЦЕП) су два међународна инвестициона споразума која изостављају одредбе о решавању спорова. РЦЕП наводи да странке треба да започну преговоре о ИСДС-у најкасније две године након његовог ступања на снагу. UNCTAD, World investment report 2021, доступно на адреси: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf, 20. 5. 2022.

57 Catharine Titi, „Who’s Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation“, *AJIL Unbound*, Vol. 112, 2018, 236.

58 Anthea Roberts, „Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration“, *American Journal of International Law*, Vol. 112, Nr. 3/2018, 431.

заинтересована за привлачење страних инвестиција, свакако би требало да активно анализира могуће правце реформе, имајући у виду своје интересе и неопходност проналаска баланса између интереса главних актера међународног инвестиционог права, страних улагача и држава (односно њених грађана), на обострану корист.

Коришћена литература

- Garcia Frank J., *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, доступно на адреси: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>, 3. 7. 2022.
- Giorgetti Chiara, Létourneau-Tremblay Laura, Behn Daniel, Langford Malcolm, „Reforming International Investment Arbitration: an Introduction“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 18, 2019.
- Dahlquist Joel, At UNCITRAL Working Group sessions, prominent arbitrator Charles Brower cautions against „revolution“ of investor-state arbitration system, *IA Reporter*, доступно на адреси: <https://www.iareporter.com/articles/at-uncitral-working-group-sessions-prominent-arbitrator-charles-brower-cautions-against-revolution-of-investor-state-arbitration-system/>, 15. 5. 2022.
- Dodge Kirstin, Barnett Jonathan, Macedo Lucas, Kulig Patryk, Victoria Gomez Maria, *Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules?*, доступно на адреси: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, 3. 7. 2022.
- Ђундић Петар, „Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012. (Ђундић Петар, „Učesće lica koja nisu stranke u arbitražnom postupku i zaštita javnog interesa pred arbitražnim sudom IKSID“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2012)
- Maria Alvarez Gloria, Blasikiewicz Blazej, van Hoolwerff Tabe, Koutouzi Keoplatra, Lavranos Nikos, Mitsi Mary, Spiteri-Gonzi Emma, Verdegay Mena Adrian, Willinski Piotr, „A Response to the Criticism against ISDS by EFILA“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, Nr. 1/2016, доступно на адреси: https://aura.abdn.ac.uk/bitstream/handle/2164/8805/A_Response_to_the_Criticism_against_ISDS_by_EFILA_.pdf;jsessionid=399660358F1161DCEAA1719F16E64DDE?sequence=1, 2. 7. 2022.

- Masumy Naimeh, ISDS Reform: The Dimming Yet Discerning Voices of the Global South States, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2021/09/01/isds-reform-the-dimming-yet-discerning-voices-of-the-global-south-states/>, 17. 5. 2022.
- McInerney-Lankford Siobhán, Corredor Vasquez Manuela, UNCITRAL WGIII and Human Rights: towards a more balanced ISDS System? 2020, доступно на адреси: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-wgiii-and-human-rights-towards-a-more-balanced-isds-system/>, 3. 7. 2022.
- Reinisch August, „Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration“, *Austrian Arbitration Yearbook* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerold Zeiler), Vienna, 2008.
- Roberts Anthea, „Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration“, *American Journal of International Law*, Vol. 112, Nr. 3/2018.
- Sinclair Anthony, „ICSID Arbitration: how long does it take?“, *Global Arbitration Review*, Vol. 4, Nr. 5/2009.
- Станивуковић Маја, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2018. (Stanivuković Maја, „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2018)
- Станивуковић Маја, *Међународна арбитража: са одабраним прилозима*, Београд, 2013. (Stanivuković Maја, *Međunarodna arbitraža: sa odabranim prilozima*, Beograd, 2013)
- Svoboda Ondřej, „Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough“, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3286595>, 17. 5. 2022.
- Schill Stephan W., „Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2011.
- Schmidt Sharon, Austria: Thoughts on the legitimacy, sustainability and future of ISDS in times of crisis, 2020, доступно на адреси: <https://www.mondaq.com/austria/operational-impacts-and-strategy/988580/thoughts-on-the-legitimacy-sustainability-and-future-of-isds-in-times-of-crisis>, 28. 6. 2022.
- Tienhaara Kyla, „Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science“, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (eds. Chester Brown, Kate Miles), Cambridge, 2011.

- Titi Catharine, „Who’s Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation“, *AJIL Unbound*, Vol. 112, 2018.
- Franck Susan D., „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions“, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Nr. 4/2005.
- Цветковић Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007. (Cvetković Predrag, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd, 2007)
- Collet Pierre, „The current European Union investor state dispute settlement reform: a desirable outcome for investment arbitration?“, *NYU Journal of International Law*, Vol. 53, Nr. 3/2021.
- Commission Jeffrey, „The duration costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations“, *Vannin Capital Funding in Focus*, 2016, доступно на адреси: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf>, 5. 7. 2022.
- Choiniere Haden, Maksimov Vladislav, „Investor–State Dispute Settlement and Sustainable Development: Negative Externalities and a Need for Reform“, *AIB Insights*, Vol. 22, Nr. 1/2022, доступно на адреси: <https://insights.aib.world/article/32976-investor-state-dispute-settlement-and-sustainable-development-negative-externalities-and-a-need-for-reform>, 15. 5. 2022.

Milica NJGOVAN

**PhD Student at the University of Novi Sad Faculty of Law;
expert associate of the University of Novi Sad Faculty of Technical
Sciences, Serbia**

CHALLENGES OF THE INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT REFORM

Summary

Criticisms addressed to the mechanism for resolving disputes between foreign investors and host countries, i.e. investment arbitration, have led to various proposals and attempts to find optimal reform options. Within the framework of UNCITRAL's Working Group III, since 2017 proposals from various stakeholder have been considered. This paper analyzes the main objections to the dominant investor/state dispute settlement system, as well as the most important reform options, which appear in the literature and practice of international organizations, primarily UNCITRAL. Although this process is still ongoing, it is evident that, on the one hand, there is a plurality of different interests and proposals of the main actors of international investment law, while, on the other hand, there is a wider consensus on the necessity of certain reforms in order to establish and strengthen consistency, uniformity and predictability of arbitration decisions. Certain reforms are already being implemented in practice through new investment agreements.

Key words: *International Investment Law. – ISDS. – Reform. – Investment Arbitration.*

Датум пријема рада: 14. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2022.

УДК: 347.952:331.109

CERIF: S 144, S 146

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22308A

Ана НИКОЛИЋ*

студент мастер студија Универзитета у Београду – Правног факултета,
судијски приправник – волонтер у Привредном суду у Београду,
Србија

ОДЛУЧИВАЊЕ О ПРИВРЕМЕНОЈ МЕРИ У ИНДИВИДУАЛНОМ РАДНОМ СПОРУ – ИЗМЕЂУ „ТЕОРИЈЕ“ И ПРАКСЕ

Сажетак

У раду се анализира привремена мера у индивидуалном радном спору, као средство обезбеђења и оштраживања зајосленог према послодавцу. Полази се од законске могућности одређивања привремене мере у индивидуалном радном спору и долази до остваривања те могућности у пракси, уз осврт на одређена спорна питања. Акцент је стављен на привремену меру враћања на рад, као средство за остваривање егзистенцијалне сигурности зајосленог током трајања радног спора. У том смислу, предлаже се измена postoјеће решења како би се олакшао положај зајослених током радног спора, а по узору на сирана права. На основу анализе досадашње праксе судова са предлозима за одређивање привремене мере враћања на рад, кришћује се ризичност оцне испуњености услова за одређивање привремене мере, „неосељиве“ на ишребе зајослених и ириликe у којима се они налазе.

* Електронска адреса аутора: nikolicana185@gmail.com.

Кључне речи: Привремена мера. – Индивидуални радни сѝор. – Враћање зайосленој на рад. – Ојасносѝ. – Еѝисѝиенѝијални значај.

І Увод

Привремена мера је средство обезбеђења и регулисана је Законом о извршењу и обезбеђењу, као матичним.¹ Привременом мером пружа се провизорна заштита повериоцу како околности које могу наступити протеклом времена не би осујетиле или знатно отежале намирење његовог потраживања.² Како је сврха привремене мере обезбеђење потраживања, Закон о извршењу и обезбеђењу прописује два кумулативна услова за одређивање привремене мере:³ постојање потраживања и постојање опасности по потраживање. Потраживање може бити новчано или неновчано, недоспело, условно или будуће,⁴ може се састојати од захтева за утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, повреде права личности и истинитост, односно неистинитост неке исправе или захтева за преображај неког материјалног или процесног односа.⁵ Карактер опасности по потраживање разликује се у зависности од тога да ли је реч о новчаном или неновчаном потраживању – код новчаног потраживања ради се о тзв. субјективној опасности,⁶ која потиче од радњи извршног дужника (отуђење, прикривање или располагање на други начин средствима или имовином)⁷ којима ће он без привремене мере осујетити или знатно

1 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени јласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019 и 9/2020 – аутентично тумачење, чл. 447–460.

2 О циљевима поступка обезбеђења вид. Никола Бодирога, *Нови извршни јосѝуѝак*, Београд, 2017, 517.

3 ЗИО, чл. 449.

4 ЗИО, чл. 449.

5 ЗИО, чл. 447.

6 Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментѝар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2021, 750.

7 Може се поставити питање да ли субјективна опасност може да се испоји у нечињењу од стране извршног дужника. Како ЗИО у чл. 449 ст. 2 набраја радње које подразумевају активно понашање извршног дужника – отуђење, прикривање или располагање, чини се да је таква могућност искључена. Међутим, у Закључку са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова Република, аутономних покрајина и Врховног војног суда у Београду, од дана 2. 6. 1988. године стоји: „суд може усвојити предлог за издавање привремене мере ради обезбеђивања новчаног потраживања само ако дужник конкретним радњама, односно пропустима, настоји да осујети или знатно отежа наплату потраживања“. Дакле, према Закључку долазе у обзир и пропусти извршног дуж-

отежати наплату потраживања,⁸ а код неновчаног потраживања ради се о тзв. објективној опасности,⁹ која је везана за чињенице било ког порекла, на шта језички упућује законодавац коришћењем пасивне конструкције (а не активне, са извршним дужником као субјектом) када прописује: испуњење потраживања би без привремене мере било осујећено, знатно отежано или ће бити употребљена сила или ће настати ненадокнадива штета.¹⁰

Најчешће, у фази поступка у којој се предлаже привремена мера,¹¹ поверилац још увек не може да докаже постојање потраживања са високим степеном доказаности тако да се ниво доказаности услова чија се испуњеност захтева за одређивање привремене мере формулише као „учињени вероватним“.¹² Ово правило уважава потребу повериоца да добије брзу заштиту (прелиминарног карактера) у условима када још увек не располаже довољном доказном грађом.

Када је реч о врстама привремених мера, Закон о извршењу и обезбеђењу користи *exempli causa* технику, најпре наглашавајући да се и ради обезбеђења новчаног и ради обезбеђења неновчаног потраживања може одредити свака мера којом се постиже сврха обезбеђења,¹³ а потом наводећи врсте привремених мера за обезбеђење новчаних и неновчаних потраживања.¹⁴

ника, односно нечињење. Када је наведени закључак донет, на снази је био Закон о извршном поступку из 1978. године, који је услов опасности за одређивање привремене мере за новчано потраживање формулисао на исти начин као и Закон о извршењу и обезбеђењу из 2015. године – отуђити, прикрити или на други начин располагати имовином или средствима. Следи да би се тумачење из цитираног закључка могло применити и на тренутно стање законодавства. Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова Република, аутономних покрајина и Врховног војног суда у Београду, од дана 2. 6. 1988, доступно на адреси: <https://sirius.rs/cyr/praksa/k8KhHQ>, 1. 3. 2022.

8 ЗИО, чл. 449 ст. 2.

9 М. Николић, Н. Шаркић, 750.

10 ЗИО, чл. 449 ст. 3.

11 Привремена мера може се одредити пре, у току или после судског или управног поступка, па док извршење не буде спроведено. Вид. ЗИО, чл. 447 ст. 1. Међутим, најчешће је реч о почетку покренутог поступка.

12 Чињење вероватним је термин који законодавац користи да означи релевантни степен доказаности услова за одређивање привремене мере, те се с правом указује на недоследност законодавца у чл. 449 ст. 5, када користи израз „докаже“ уместо „учини вероватним“. И доказивање и чињење вероватним јесу поступци доказивања, али се разликује ниво доказаности. Вид. М. Николић, Н. Шаркић, 750.

13 Ово је основна смерница коју законодавац даје суду приликом одабира врсте привремене мере. Међутим, поред руковођења сврхом обезбеђења, суд мора поштовати и начело сразмере, тако да и оно усмерава суд приликом одабира привремене мере. Више о томе Н. Бодирога, 538.

14 ЗИО, чл. 459–460.

II Привремена мера у индивидуалном радном спору – место у регулативи и однос са другим институтима

Индивидуални радни спор јесте спор из радног односа, у којем је тужилац запослени, а тужени послодавац,¹⁵ и предмет је заштита права запосленог из радног односа које је повређено.¹⁶ Регулисан је Законом о парничном поступку, његовим општим делом, као и посебном главом која носи назив „поступак у парницама из радних односа“.¹⁷

Када је реч о привременој мери у индивидуалном радном спору, предлагач је запослени, имајући у виду да има процесни положај тужиоца, а да је тужилац тај који предлаже привремену меру, као (претпостављени) ималац потраживања. Потраживања која тужилац обезбеђује могу бити различита, али у пракси је то најчешће потраживање које се састоји од захтева за поништење решења о отказу уговора о раду са враћањем на рад које се обезбеђује привременом мером враћања на рад.¹⁸

Правила Закона о извршењу и обезбеђењу о привременој мери примењују се у свим судским (дакле, укључујући и радни спор) и управним поступцима. То значи да општи услови за одређивање привремене мере из Закона о извршењу и обезбеђењу важе и у радном спору. Поред Закона о извршењу и обезбеђењу, који је *sedes materiae* за институт привремене мере, један члан Закона о парничном поступку у поменутој глави „поступак у парницама из радних односа“ је посвећен привременој мери – чл. 439 ставом 1 овог члана прописано је да се привремена мера може одредити и по службеној дужности у складу са законом који уређује извршење и обезбеђење ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненадокнадиве штете. Ставом 2 прописано је да ће суд одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке да донесе у року од осам дана од подношења предлога – Закон о парничном поступку прати Закон о извршењу и обезбеђењу, а имајући у виду да Закон о извршењу и обезбеђењу прописује да су суд и јавни извршитељ дужни да о захтеву или предлогу странке или другог лица одлуче у року

15 Зоран Ивошевић, *Радно право*, Београд, 2020, 302.

16 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2006, 399.

17 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 436–441.

18 Ова привремена мера није изричито наведена међу врстама привремених мера којима се обезбеђују неночана потраживања (као што је речено, оне су наведене по принципу *exempli causa*), али је запослени предлажу у радним споровима ради поништења решења о отказу и враћања на рад и, у случају одређивања, најчешће се одређује до правноснажног окончања радног спора.

од осам дана.¹⁹ Ставом 3 прописано је да против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба, што је решење које се разликује у односу на решење из Закона о извршењу и обезбеђењу, који предвиђа да странке имају право на жалбу против решења донетог о предлогу за обезбеђење.²⁰ Како је у Закону о парничном поступку прописано да посебна жалба није дозвољена против решења о одређивању привремене мере, по принципу *argumentum a contrario* дозвољена је посебна жалба против решења којим се одбија предлог за одређивање привремене мере.²¹

Поред Закона о извршењу и обезбеђењу и Закона о парничном поступку, правила о привременој мери значајна за радни спор налазе се и у: Закону о забрани дискриминације,²² Закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,²³ Закону о заштити узбуњивача²⁴ и Закону о спречавању злостављања на раду,²⁵ који имају карактер *lex specialis*-а у односу на Закон о извршењу и обезбеђењу у делу којим регулишу привремену меру.

Запослени који је дискриминисан на раду²⁶ може поднети тужбу којом покреће радни спор,²⁷ у току којег може бити одређена привремена мера на основу Закона о забрани дискриминације. Треба приметити да је рок за одлучивање о предлогу за одређивање привремене мере краћи у односу на рок прописан Законом о извршењу и обезбеђењу и Законом о парничном поступку и да се о предлогу одлучује без одлагања, а најкасније у року од три дана.²⁸ Оваква нарочита хитност оправдана је

19 ЗИО, чл. 15 ст. 4.

20 ЗИО, чл. 423 ст. 1.

21 Милан Ивошевић, „Првостепени поступак у парницама из радних односа“, *Защити права из радној односа* (ред. Зоран Ивошевић), Београд, 2010, 36.

22 Закон о забрани дискриминације – ЗЗД, *Службени гласник РС*, бр. 22/2009 и 52/2021, чл. 44.

23 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом – ЗСДОСИ, *Службени гласник РС*, бр. 33/2006 и 13/2016, чл. 45.

24 Закон о заштити узбуњивача – ЗЗУ, *Службени гласник РС*, бр. 128/2014, чл. 32–35.

25 Закон о спречавању злостављања на раду – ЗСЗР, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010, чл. 33.

26 ЗЗД је као посебну врсту дискриминације издвојио управо дискриминацију на раду. ЗЗД, чл. 16. Штетност дискриминације и њену повезаност са облашћу рада препознао је Закон о раду још пре доношења Закона о забрани дискриминације. Вид. Закон о раду – ЗР, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, чл. 18–23.

27 Закон о мирном решавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018, чл. 3.

28 ЗЗД, чл. 44 ст. 3.

с обзиром на деликатност питања дискриминације и потребу за брзом заштитом.²⁹

Од значаја је и одредба о привременој мери из Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. Нажалост, нису ретки случајеви дискриминације особа са инвалидитетом на раду,³⁰ те се привремена мера у радном спору поводом ове врсте дискриминације може одредити на основу овог закона. Као и према Закону о забрани дискриминације, рок за одлучивање је краћи у односу на рок из Закона о извршењу и обезбеђењу и Закона о парничном поступку, с тим што је у овом случају још краћи и износи 48 сати од кад је предлог примљен у суд.³¹ Оваква хитност у поступању оправдана је, имајући у виду да су особе са инвалидитетом посебно рањива категорија.

Закон о заштити узбуњивача прописује да у поступку заштите у вези са узбуњивањем суд који води поступак може да одреди привремену меру у складу са законом који уређује извршење и обезбеђење.³² Како се узбуњивање најчешће врши у вези са радним ангажовањем,³³ на основу овог закона се може одредити привремена мера у радном спору који узбуњивач покрене због повреде права из радног односа која је узрокована узбуњивањем. Пракса је заузела став да уколико се предлог за одређивање привремене мере подноси пре покретања судског поступка заштите у вези са узбуњивањем, неопходно је да предлагач учини вероватним да је предузео радњу узбуњивања.³⁴

Најзад, привремена мера у радном спору може се одредити и на основу Закона о спречавању злостављања на раду. Специфичност овог закона³⁵ јесте у томе што наводи шта нарочито спада у привремене мере – забрана приближавања, као и забрана приступа у простор око места рада запосленог који учини вероватним да је изложен злостављању.³⁶

Специфично је питање привремене мере у радном спору државних службеника, имајући у виду да је за судску заштиту њихових права

29 О дискриминацији на раду и њеним последицама вид. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2020, 118.

30 Посебан део овог закона посвећен је дискриминацији особа са инвалидитетом у вези са запошљавањем и радним односом. Вид. ЗДОСИ, чл. 21–26.

31 ЗДОСИ, чл. 45 ст. 3.

32 ЗЗУ, чл. 32 ст. 1.

33 ЗЗУ, чл. 2 ст. 1 тач. 2.

34 Решење Апелационог суда у Београду Гж 1 4/2019 од 28. 3. 2019. године, доступно у правној бази *ParagrafLex*.

35 С тим што и ЗЗУ наводи шта се може захтевати предлогом за одређивање привремене мере. Вид. ЗЗУ, чл. 34 ст. 1.

36 ЗСЗР, чл. 33 ст. 2.

из радног односа надлежан Управни суд, те да се ради о управном спору.³⁷ Питање одређивања привремене мере у управном спору се поставило у пракси и Управни суд је, одлучујући о предлогу за одређивање привремене мере, донео решење о одбацивању предлога.³⁸ Полазећи од образложења решења којим је одбачен предлог за одређивање привремене мере, намеће се закључак да се привремена мера у радном спору државних службеника никада не би могла одредити – Закон о управним споровима је не познаје, а сходна примена Закона о парничном поступку је искључена јер није у духу управног спора. Међутим, чини се да Управни суд није узео у обзир да је матични закон који регулише привремену меру Закон о извршењу и обезбеђењу, а не Закон о парничном поступку.³⁹ Стога, чињеница да Закон о управним споровима не познаје привремену меру, и да, у конкретном случају, сходна примена Закона о парничном поступку није у духу управног спора, не спречава суд да привремену меру одреди на основу Закона о извршењу и обезбеђењу. Дакле, чини се да није било места одбацивању предлога са наведеним образложењем, и да је суд превидео који је закон *sedes materiae* за ову област.

Као што је поменуто, различите су врсте привремених мера које се могу одређивати на предлог запосленог као тужиоца у индивидуалном радном спору, али је најчешћа враћање на рад, а ради обезбеђења неновчаног потраживања. Треба приметити да је ранији Закон о извршењу и обезбеђењу као врсту привремене мере којом се обезбеђује неновчано потраживање изричито предвиђао плаћање накнаде зараде запосленом у току спора о законитости одлуке о престанку радног односа, ако је то неопходно за његово издржавање и издржавање лица која је по закону дужан да издржава, уз истовремено одређивање средстава извршења за принудну наплату накнаде зараде или привремено враћање запосленог

37 Бранко Лубарда, *Увод у радно љаво*, Београд, 2021, 315.

38 Образложење решења о одбацивању предлога за одређивање привремене мере гласи: „Управни суд налази да предлог није допуштен, с обзиром на то да Законом о управним споровима није предвиђена могућност одређивања привремене мере у управном спору. Привремена мера се не може одредити ни сходном применом Закона о парничном поступку, јер је сходна примена Закона о парничном поступку дозвољена само онда када одговара правној природи управног спора и на начин предвиђен у том спору, што у конкретној ситуацији није случај, па се одредбе парничног поступка у погледу одређивања привремене мере не могу примењивати у управном спору.“ Решење Управног суда У 4742/2018 од 4. 12. 2018. године, доступно у правној бази *ParagrafLex*.

39 Према Закону о извршењу и обезбеђењу привремена мера може се одредити пре, у току или после судског или управног поступка, па све док извршење не буде спроведено. ЗИО, чл. 447 ст. 1. Управни спор свакако се може квалификовати као судски поступак јер се води пред Управним судом, као судом посебне надлежности.

на рад.⁴⁰ Важећи Закон о извршењу и обезбеђењу не садржи ову привремену меру.⁴¹ Међутим, као што је већ речено, привремене мере из Закона о извршењу и обезбеђењу су набројане по принципу *exempli causa*, тако да нема препреке да суд одреди управо наведену привремену меру, уколико се њоме постиже сврха обезбеђења.

У вези са привременом мером враћања на рад, треба приметити да пред запосленим стоје две могућности којима може издејствовати останак на раду током трајања радног спора – с једне стране, то је привремена мера враћања на рад, а с друге стране, то је одлагање извршења решења о отказу од стране инспектора рада.⁴² Наиме, Законом о раду прописано је да ако инспектор рада нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог, а запослени је покренуо радни спор, на захтев запосленог одложиће својим решењем извршење тог решења до доношења правноснажне одлуке суда. Поређењем двају могућности може се доћи до одређених закључака. Најпре, услов за одлагање извршења решења о отказу решењем инспектора јесте да је право запосленог очигледно повређено.⁴³ Очигледна повреда права запосленог подразумева такву повреду која је видљива на први поглед, како се у литератури каже „из авиона“.⁴⁴ Поставља се питање колико ће често такав услов бити испуњен имајућу и виду да већина случајева захтева детаљније упуштање у оцену постојања повреде права. С друге стране, услов за одређивање привремене мере враћања на рад је да се учине вероватним потраживање и опасност. Може се рећи да је једноставније учинити вероватном незаконитост решења о отказу, него указати на њену очигледност. Ипак, у случају привремене мере потребно је учинити вероватном и опасност по потраживање, док се у случају захтевања одлагања извршења решења о отказу такав услов не поставља. Стога је задатак запосленог у оба случаја тежак. За подношење захтева за одлагање извршења о отказу предвиђен рок од 15 дана од покретања радног спора.⁴⁵ Када је реч о привременој мери, она се може тражити све док извршење не буде спроведено.⁴⁶ Надаље,

40 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014, чл. 297 ст. 1 тач. 8.

41 ЗИО, чл. 469.

42 ЗР, чл. 271.

43 Значај испуњености овог услова законодавац наглашава тако што га најпре уводи у једном ставу, а потом понавља у другом. Вид. ЗР, чл. 271 ст. 1 и ст. 2.

44 Мирко Јарић, Горан Марковић, „Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду“, *Заштитна права из радног односа* (ред. Зоран Ивошевић), Београд, 2010, 162. Пример очигледне повреде права постоји када запослени добије решење о отказу без образложења.

45 ЗР, чл. 271 ст. 3.

46 ЗИО, чл. 447 ст. 1.

услов за подношење захтева за одлагање извршења решења о отказу је да је радни спор покренут, што значи да се захтев за одлагање извршења решења о отказу може поднети само у току поступка, а не и пре.⁴⁷ Привремена мера може се предложити пре, у току или после судског или управног поступка, све док извршење не буде спроведено. Ово је предност привремене мере зато што запослени може да добије заштиту и пре него што је покренуо радни спор. Затим, рок за доношење решења инспектора је 30 дана од дана подношења захтева запосленог,⁴⁸ рок за одлучивање о привременој мери је 8 дана, а као што смо видели, некад и краћи. С обзиром на значај хитног поступања, запосленом ће краће чекање на одлуку надлежног органа бити од велике важности. Коначно, одлагање извршења решења о отказу од стране инспектора рада остварује се искључиво на захтев запосленог, а привремену меру враћања на рад суд може одредити и по службеној дужности, на основу члана 439 става 1 Закона о парничном поступку. Ово је такође предност привремене мере јер запослени на овај начин може добити заштиту и без сопствене иницијативе, официјелним поступањем суда. На значај активније улоге суда у радним споровима указано је и у раду Међународне организације рада.⁴⁹

Из свега наведеног може се закључити да привремена мера враћања на рад има одређене предности у односу на одлагање извршења решења о отказу од стране инспектора рада, али да у оба случаја запосленом неће бити једноставно да издејствује остатак на раду.

III Пут до привремене мере у индивидуалном радном спору

Запосленом, као тужиоцу у радном спору, радни однос представља извор средстава за издржавање и основ социјалног осигурања. Стога, и привремена мера, као део поступка у којем штити права из радног односа, има велики значај за њега.⁵⁰ Отуда је важно размотрити који услови треба да буду испуњени да би била одређена привремена мера, као и начин на који судови поступају са предлозима за одређивање привремене мере.

47 ЗР, чл. 271 ст. 1. Запослени уз захтев за одлагање извршења решења о отказу подноси инспектору рада тужбу којом је покренуо радни спор.

48 ЗР, чл. 271 ст. 4.

49 International Labour Organization, The role of the Court in a labour dispute, доступно на адреси: http://www.ilo.org/ifpdial/events/meetings/WCMS_194726/lang--en/index.htm, 10. 4. 2022, 1.

50 Нарочито привремена мера враћања на рад, јер она омогућава запосленом да током поступка ради и тиме остварује зараду и обезбеђује себи егзистенцију.

1. Услови за одређивање привремене мере у индивидуалном радном спору

Привремена мера у радном спору одређује се по правилима Закона о извршењу и обезбеђењу.⁵¹ Закон о извршењу и обезбеђењу као опште услове за одређивање привремене мере прописује чињење вероватним потраживања и чињење вероватном опасности по потраживање. Овај општи модел је самим Законом о извршењу и обезбеђењу модификован уз помоћ неколико одредаба.

Најпре, већ у чл. 449 Закона о извршењу и обезбеђењу који носи наслов „услови за одређивање привремене мере“, ставом 5 се уводи изузетак од правила да је извршни поверилац дужан да учини вероватном опасност по потраживање.⁵² Наиме, уколико извршни поверилац учини вероватним да извршни дужник може због привремене мере претрпети само незнатну штету или да потраживање треба да се испуни у иностранству, не мора чинити вероватном опасност по потраживање.⁵³ Дакле, законодавац елиминише услов опасности ако је вероватно да ће извршни дужник због привремене мере претрпети само незнатну штету. Иако извршни поверилац у овом случају не мора чинити вероватном опасност, може се рећи да је чињење вероватним да ће извршни дужник претрпети само незнатну штету због привремене мере у радном спору захтевно, јер ће ретко када послодавцу, као извршном дужнику, представљати само незнатну штету да запосленом који је враћен на рад исплаћује примања, обезбеђује здраве и безбедне услове рада, итд...⁵⁴

У чл. 450, Закон о извршењу и обезбеђењу уводи претпоставку опасности по новчано потраживање, где набраја случајеве у којима се претпоставља да опасност постоји, чиме ослобађа извршног повериоца терета чињења вероватном опасности.

51 Као што је поменуто, правила о привременој мери садржана су и у Закону о парничном поступку, Закону о забрани дискриминације, Закону о заштити узбуњивача, Закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом и Закону о спречавању злостављања на раду. Међутим, ниједан од наведених закона не прописује другачије услове за одређивање привремене мере.

52 Закон на овом месту погрешно користи израз „докаже“. На наведену недоследност указано је у литератури. Вид. М. Николић, Н. Шаркић, 750.

53 Услов чињења вероватним потраживања остаје.

54 Овде говоримо о привременој мери враћања на рад. У једном случају из праксе је запослени, предлажући привремену меру враћања на рад, истакао да би послодавац враћањем запосленог на рад претрпео само незнатну штету, док је послодавац навео управо да би трпео велику штету због исплате зараде и других примања. Вид. Решење Првог основног суда у Београду 5 П1 бр. 111/21 од 11. 2. 2021. године, из архиве суда.

Чланом 452 прописано је да на предлог извршног повериоца, суд може одредити привремену меру и када он не учини вероватним постојање потраживања и опасност по потраживање, ако у року одређеном у решењу о привременој мери положи јемство за штету која би извршном дужнику могла бити нанета одређивањем и извршењем привремене мере. Ово решење, иако ослобађа извршног повериоца терета чињења вероватним потраживања и опасности, има доста недостатака. Прво, постоје извршни повериоци који не могу да положе јемство због недостатка средстава, те је ова могућност за њих само номинална. Овај недостатак је посебно присутан када је реч о запосленима као извршним повериоцима, јер су њихове имовинске прилике толико неповољне да у великом броју случајева немају средства за судску таксу на подношење тужбе.⁵⁵ Друго, јемство замењује чињење вероватним потраживања и опасности, чиме отвара пут шиканирању извршних дужника од стране наводних извршних поверилаца који немају потраживање које би обезбеђивали привременом мером, али имају средства за полагање јемства.⁵⁶ Ова замерка је у радном спору теоријског карактера с обзиром на поменуте тешке имовинске прилике запослених, али не може се у потпуности искључити. Најзад, могућност одређивања привремене мере на основу положеног јемства може учинити да извршни поверилац олако предлаже привремену меру без озбиљног сагледавања своје целокупне позиције и изгледа да успе у спору⁵⁷ (полагање јемства извршног повериоца ослобађа чињења вероватним потраживања и опасности, чиме му даје могућност да предлаже привремену меру без представе о начину на који ће доказивати чињенице на којима заснива захтев у поступку, те се може испоставити да не може доказати постојање потраживања, што води одбијању тужбеног захтева, а што значи неоснованост привремене мере, и право извршног дужника да тражи накнаду штете). У страниој правној теорији, пак, било је предлога да се као једина претпоставка за одређивање привремене мере постави полагање јемства, уз услов да тужиочев захтев није очигледно неоснован.⁵⁸ То би подразумевало аутоматско одређивање привремене мере на основу

55 То препознаје и Закон о судским таксама. Вид. Закон о судским таксама, *Службени гласник РС*, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018, Таксена тарифа, Тарифни број 1, Напомена, тачка 10.

56 Синиша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Судско извршно право*, Загреб, 1980, 355.

57 Тенденција је парничних странака, нарочито у иницијалним фазама поступка, да буду оптимистичне у вези са успехом у спору. Вид. John Leubsdorf, „Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits“, *Fordham Law Review*, Vol. 76, Nr. 1/2007, 43.

58 Наведено правило носи назив „liability rule“. Вид. J. Leubsdorf, 34.

положеног јемства. За разлику од наведеног решења, Закон о извршењу и обезбеђењу прописује да суд *може* (подвукла ауторка) одредити привремену меру на основу положеног јемства. Ради заштите од злоупотреба на које смо указали (вексаторно поступање извршних поверилаца), оцењујемо да је решење домаћег права боље.

Коначно, чланом 455 предвиђено је када је привремена мера недозвољена. Није дозвољено да се одреди привремена мера ради обезбеђења новчаног потраживања ако постоје услови за одређивање другог средства обезбеђења којим се постиже иста сврха. Овај члан се тумачи у корист извршног повериоца из следећег разлога: привремена мера је најслабије средство обезбеђења,⁵⁹ те забраном одређивања привремене мере када другим (јачим) средством обезбеђења може да се постигне иста сврха, подстичемо извршног повериоца да ефикасније користи своја права.⁶⁰ Оправданост ове одредбе треба тражити у недостатку правног интереса извршног повериоца да предлаже привремену меру ако има могућност да добије обезбеђење јачег интензитета.⁶¹ Ставом 2 истог члана прописано је да није дозвољено одређивање привремене мере којом би се забранило спровођење извршења. Започето извршење одвија се по сопственим правилима, те би привремена мера окакве садржине нарушавала његов интегритет. „Примена такве ‘привремене мере’ суштински значи да судија који доноси такву ‘привремену меру’ забрањује да се спроводи решење о извршењу које је донео други судија тог истог суда и које је најчешће постало правноснажно.“⁶²

Анализом решења из домаћег закона долази се до закључка да су услови за одређивање привремене мере које он прописује усклађени са њеном суштином и сврхом, а уз уважавање потребе да се положај извршног повериоца у неким случајевима олакша, јер чињење вероватним потраживања и опасности није једноставно.

2. (Не)прилагођеност услова прописаних Законом о извршењу и обезбеђењу радном спору

Према општим правилима Закона о извршењу и обезбеђењу која се примењују и у радном спору, запослени треба да учини вероватним потраживање и опасност да ће без привремене мере намирење

59 Н. Бодирога, 517.

60 „Спречава се непотребно терећење дужника, а поверилац се упућује да тражи јаче обезбеђење на које има право“. Боровој Старовић, *Коментар Закона о извршном њосџуџу (законодавсџво, џеориџа, џракса)*, Нови Сад, 1991, 651.

61 С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 346.

62 Никола Бодирога, *Водич за џримену Закона о изменама и доџунама Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2019, 94.

потраживања бити осујећено или знатно отежано да би му била одређена привремена мера.

Начелно, чињење вероватним потраживања је оправдан услов за одређивање привремене мере, имајући у виду да је сврха привремене мере обезбеђење потраживања, те да у одсуству вероватноће да потраживање постоји, нема места ни привременој мери. Привремена мера је, као и друга средства обезбеђења, акцесорна и не може бити сама себи циљ. Истина је да у иницијалним фазама поступка упуштање у процену постојања потраживања углавном подразумева нагађања.⁶³ Но, како је поступак обезбеђења поступак прелиминарне заштите, услов вероватноће постојања потраживања за доношење одлуке о привременој мери је примерен. Међутим, чињеница да се не очекује од извршног повериоца да несумњиво докаже потраживање, већ да га учини вероватним, не чини његов задатак једноставним.

Други услов који је кумулативно прописан са чињењем вероватним потраживања је чињење вероватном опасности. Као што је речено, у случају обезбеђења новчаних потраживања, ради се о субјективној опасности, а у случају обезбеђења неновчаних потраживања о објективној опасности.

Ситуација у којој запослени обезбеђује новчано потраживање према послодавцу је теоријска, и оваквих случајева у пракси готово да нема. Разлог је у следећем. Обезбеђење новчаних потраживања условљено је постојањем субјективне опасности, која подразумева да је учињено вероватним да ће без привремене мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину или средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати. Чињење вероватном субјективне опасности подразумева указивање на конкретне радње извршног дужника⁶⁴ чији је ефекат такав да ће осујетити или знатно отежати наплату потраживања.⁶⁵ Дакле, неопходно је учинити вероватним да ће имовина која преостане након располагања извршног дужника бити недовољна за наплату потраживања. Полазећи од тога да имовина послодавца по правилу по својој вредности вишеструко превазилази висину потраживања запосленог, долази се до закључка да запослени углавном немају потребу за привременом мером.⁶⁶

63 J. Leubsdorf, 34.

64 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2013, 885.

65 Потребно је да ефекат радњи дужника буде осујећење или знатно отежање наплате потраживања; не тражи се његова кривица или воља усмерена ка наступању овог ефекта. Б. Старовић, 653.

66 Изузеци су могући када су у питању привредни субјекти мање економске снаге у улози послодавца, али по правилу запослени немају потребу за обезбеђивањем новчаних потраживања.

С друге стране, обезбеђење неновчаних потраживања условљено је постојањем објективне опасности, која подразумева да је учињено вероватним да ће без привремене мере испуњење потраживања извршног повериоца бити осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета. У радном спору, најчешће је реч о обезбеђењу потраживања поништења решења о отказу са враћањем на рад привременом мером враћања на рад. Дакле, останак запосленог на раду током радног спора на основу привремене мере враћања на рад условљен је чињењем вероватним потраживања и опасности по потраживање. Поставља се питање: ако запослени успе да учини вероватним потраживање, односно да је отказ незаконит (што је углавном веома захтевно), зар је потребно условљавати његов останак на раду додатном претпоставком? Компликован пут до привремене мере враћања на рад чини да послодавчево незаконито поступање може оставити запосленог који не може да пронађе друго запослење егзистенцијално угроженим до правноснажног окончања радног спора у коме би наведена незаконитост решења о отказу била утврђена, те отказ поништен, а запослени враћен на рад. Егзистенцијална сигурност коју останак на раду током радног спора пружа запосленом налаже да се исти подразумева, а не условљава комплексним претпоставкама. Стога, положај запосленог и разлози правичности намећу „пребацавање терета“ на послодавца у смислу поласка од претпоставке да ће запослени остати на раду током трајања радног спора, а уз могућност да послодавац укаже на постојање разлога који чине останак запосленог на раду немогућим. Послодавац би, примера ради, могао да се супротстави останку запосленог на раду ако је природа повреде радне обавезе, односно непоштовања радне дисциплине или понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца. Овакву формулацију користи чл. 165 став 1 тачка 3 Закона о раду који прописује да запослени може да буде привремено удаљен са рада ако је природа повреде радне обавезе, односно непоштовања радне дисциплине или понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца пре истека рока из члана 180 став 1 овог закона. Дакле, ако је недозвољено понашање запосленог разлог за привремено удаљење са рада, оно може бити и разлог да запослени не остане на раду током трајања радног спора јер је *ratio* исти – спречити присуство запосленог на раду како не би реметио рад код послодавца или му изазивао штету.

Овакво решење, према којем се полази од тога да запослени остаје на раду током трајања радног спора (уз неке изузетке), а на послодавцу је да укаже на околности које останак чине неприхватљивим, садржи норвешко право. У норвешком праву запослени има право да остане на

раду све док радни спор поводом незаконитог отказа траје.⁶⁷ Ово право назива се „право запосленог да остане на радном месту“. Послодавац је тај који мора захтевати од суда да запослени буде удаљен са рада током поступка, и то под условом да је неразумно да запослени остане на раду. У хрватском праву је предвиђено да уколико се савет запослених противи ванредном отказу, а радник у судском спору оспорава допуштено одлучивање од послодавца да га задржи на раду, послодавац је дужан да радника врати на рад у року од осам дана од дана достављања обавештења и доказа о подношењу тужбе и мора га задржати на раду до окончања судског спора.⁶⁸ Дакле, и у хрватском праву вођење радног спора поводом (ванредног) отказа уговора о раду, уз услов да му се противи савет запослених, подразумева останак запосленог на раду током трајања поступка. Послодавац има могућност да тражи од суда да га ослободи обавезе враћања запосленог на рад током спора уколико је противљење савета запослених ванредном отказу очигледно неутемељено. Немачко право садржи следеће решење: уколико савет запослених не да сагласност на редован отказ, а запослени је покренуо радни спор, послодавац мора оставити запосленог на радном месту на његов захтев до окончања судског поступка.⁶⁹ Послодавац може тражити од суда да га ослободи ове обавезе ако би му останак запосленог на раду представљао неразуман терет или је противљење савета запослених очигледно неосновано, итд...

Апстрахујући одређене различитости наведених решења (да ли је реч о редовном или ванредном отказу, да ли постоји учешће савета запослених, итд...), сматрамо да би само вођење радног спора, односно подношење тужбе у којој се истиче незаконитост отказа, требало да подразумева останак запосленог на раду.⁷⁰ Чак и индиција да је отказ незаконит требало би да буде довољна да запослени остане на раду током радног спора, а послодавцу треба дати прилику да се останку успротиви, ако има оправдане разлоге.

Увођење оваквог решења у наше право подразумевало би да останак запосленог на раду током радног спора буде искључиво регулисан нормама материјалног права.⁷¹ До сада је био регулисан и нормама

67 Норвешки Закон о радном окружењу, радном времену и заштити запослења из 2005. године (*Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern*), поглавље 15, чл. 11.

68 Хрватски Закон о раду из 2020. године, *Народне новине*, бр. 93/2014, 127/2017 и 98/2019, чл. 150, ст. 9.

69 Немачки Закон о савету запослених из 1972. године (*Betriebsverfassungsgesetz*), чл. 102.

70 Под условом да захтев није очигледно неоснован, разуме се.

71 Решења норвешког, хрватског и немачког права део су материјалноправних прописа – норвешког Закона о радном окружењу, радном времену и заштити запослења, хрватског Закона о раду и немачког Закона о савету запослених.

материјалног права –одлагање извршења решења о отказу од стране инспектора рада, и нормама процесног права – привремена мера враћања на рад. Увођењем предложеног решења изгубила би се потреба и за применом института одлагања извршења решења о отказу и за применом привремене мере враћања на рад јер би само покретање радног спора подразумевало да запослени остаје на раду, те не би био потребан његов захтев/предлог усмерен на то. Правило ове садржине било би део материјалних одредаба – Закона о раду.

Поменуто решење растеретило би запосленог и унело сигурност у његов положај, али исто тако не би оставило послодавца без прилике да штити своје интересе.

3. Поступање судова по предлозима за одређивање привремене мере у радном спору

Као што је поменуто, случајеви у којима запослени обезбеђује новчано потраживање према послодавцу у пракси су изузетно ретки и без већег значаја, из напред објашњених разлога.

Када је реч о обезбеђењу неновчаних потраживања, најчешће је реч о потраживању које се састоји у захтеву за поништење решења о отказу са враћањем на рад које се обезбеђује привременом мером враћања на рад. У предлозима за одређивање поменуте привремене мере углавном се истиче постојање објективне опасности у облику настанка ненадокнадиве штете. Запослени најчешће наводе да ће без привремене мере враћања на рад за њих настати ненадокнадива штета јер су егзистенцијално угрожени током трајања радног спора, због недостатка средстава за издржавање.

Примера ради, у једном случају запослени је поднео предлог за одређивање привремене мере враћања на рад у радном спору који за предмет има поништење решења о отказу и враћање на рад. Потраживање је чинио вероватним наводећи да је отказ добио због задобијене тешке телесне повреде на раду (ампутирана три прста десне руке, и то због неисправности послодавчеве машине којом је руковао на радном месту), а не због изостанка са радног места два узастопна дана, како је у решењу о отказу нетачно наведено. У прилог постојању опасности по потраживање навео је да ће без привремене мере за њега настати ненадокнадива штета јер након добијеног отказа нема средстава за живот, а не може да пронађе ново запослење због претрпљене повреде. Суд је одбио предлог јер је нашао да услов постојања опасности по потраживање није испуњен.⁷²

72 Решење Другог основног суда у Београду 1 П1 бр. 21/14 од 21. 3. 2014. године, из архиве суда.

У другом случају, запослена је такође поднела предлог за одређивање привремене мере враћања на рад у радном спору који за предмет има поништење решења о отказу и враћање на рад. Ради чињења вероватним потраживања истакла је да је добила решење о отказу без образложења, и то као освету за подношење тужбе због мобинга. Ради чињења вероватном опасности по потраживање, истакла је да ће без привремене мере за њу настати ненадокнадива штета јер је самохрана мајка која нема никаквих средстава за живот. Суд је одбио предлог јер је нашао да услов опасности по потраживање није испуњен јер тужила није учинила вероватним да је привремена мера потребна да би се спречио настанак ненадокнадиве штете, а посебно што по правноснажном окончању спора и евентуалном усвајању тужбеног захтева, *штета релативно лако може бити отклоњена* (подвукла ауторка).⁷³

Ово су примери који показују крутост приступа судова у процени испуњености услова опасности по потраживање при одлучивању о привременој мери враћања на рад. Иако је позиција запослених тешка и за очекивати би било да суд нађе да им без привремене мере прети настанак ненадокнадиве штете, предлог је ипак одбијен. Имајући у виду да су решења којима се одлучује о предлогу за одређивање привремене мере кратких образложења, тешко је закључити како суд налази да немогућност издржавања током трајања судског поступка не представља изглед за настанак ненадокнадиве штете. Јер, заиста се може поставити питање како надокнадити штету у виду недостатка средстава за елементарне животне потребе, који може потрајати и више година, док траје радни спор.⁷⁴

Осим ригидне оцене испуњености услова опасности по потраживање, судови чине једну грешку приликом образлагања због чега нису усвојили предлог за одређивање привремене мере враћања на рад. Наиме, неретко се указује да би се оваквом привременом мером исцрпео тужбени захтев.⁷⁵ Тачно је да се средствима обезбеђења не сме вршити коначно и трајно испуњење потраживања, односно да постоји граница између поступка обезбеђења и поступка извршења која омогућава да обезбеђење не пређе у извршење.⁷⁶ Привремена мера се не може усвојити ако се њен садржај скоро потпуно подудара с тужбеним

73 Решење Другог основног суда у Београду 1 П1 бр. 87/16 од 25. 2. 2016. године, из архиве суда.

74 Отуда је крајње дискутабилан део образложења решења суда у којем се наводи да „штета релативно лако може бити отклоњена“.

75 Решење Првог основног суда у Београду 5 П1 бр. 111/21 од 11. 2. 2021. године, из архиве суда.

76 Верољуб Рајовић, *Грађанско процесно право са текстом Закона о парничном поступку*, Београд, 2016, 273.

захтевом јер би то значило да се привременом мером предузима коначно извршење будуће одлуке, дакле, прејудуцира се само решење спора.⁷⁷ Међутим, усвајањем привремене мере *враћања на рад* (подвукла ауторка) не исцрпљује се тужбени захтев којим се тражи *йонишијај решења о ойказу* (подвукла ауторка) и *враћање на рад* (подвукла ауторка).⁷⁸

Дакле, примери из судске праксе показују да судови ретко одређују привремену меру враћања на рад зато што престрого цене испуњеност услова опасности по потраживање. Тако строг приступ неспојив је са значајем који за запослене има остваривање зараде током дуготрајних радних спорова.⁷⁹ Поред тога, ретко одређивање привремене мере враћања на рад негативно се одражава и на послодавце. Ако током поступка није одређена привремена мера враћања на рад, а тужбени захтев запосленог обухвата поништење решења о отказу, враћање на рад и накнаду штете, када (и ако) исти буде усвојен, послодавац ће бити обавезан да надокнади запосленом штету због немогућности запосленог да ради за послодавца.⁸⁰ На овај начин пракса домаћих судова⁸¹ да не одређују привремену меру, осим неизвесности правног положаја радника, уноси и неизвесност у погледу економских издатака послодавца.⁸²

IV Закључак

У нашем праву постоји множина законских прописа на основу којих може бити одређена привремена мера у индивидуалном радном спору. Општи је свакако Закон о извршењу и обезбеђењу, док карактер *lex specialis*-а имају Закон о спречавању злостављања на раду, Закон о забрани дискриминације, Закон о заштити узбуњивача и Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.

Обезбеђивање новчаних потраживања запослених према послодавцима је у пракси реткост. Однос висине потраживања запосленог и имовине послодавца по правилу није такав да ће се наплата потраживања без привремене мере сматрати осујећеном или знатно отежаном располагањем од стране послодавца.

Обезбеђивање неновчаних потраживања најчешће се врши у радним споровима који за предмет имају поништење решења о отказу са

77 Б. Старовић, 671.

78 Н. Бодирого (2017), 543.

79 Упркос начелу хитности, радни спорови и даље предуго трају.

80 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за ойказ ујовора о раду*, Београд, 2016, 183.

81 О традицији неодређивања привремене мере враћања на рад вид. Б. Лубарда (2020), 707–708.

82 *Ibid.*, 708.

враћањем на рад. Тада се, ради обезбеђења потраживања, предлага привремена мера враћања на рад.

Значај останка запосленог на раду током трајања радног спора је велики јер би дуготрајност радног спора без могућности прелиминарне заштите могла да значи вишегодишњу егзистенцијалну угроженост запослених. Стога, останак на раду пружа неопходну сигурност запосленима. У нашем праву се останак може издејствовати одлагањем извршења решења о отказу од стране инспектора рада и одређивањем привремене мере враћања на рад. Институт одлагања извршења решења о отказу има бројна ограничења и захтева постојање упадљиве повреде права, за коју је питање колико ће бити честа. Одређивање привремене мере враћања на рад подразумева да је запослени учинио вероватном незаконитост отказа и опасност да ће без привремене мере испуњење његовог потраживања бити осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета. Ни један ни други услов није једноставно учинити вероватним у највећем броју случајева. Али, оно што додатно отежава пут запосленог до привремене мере јесте приступ суда при процени услова, имајући у виду да је он веома строг. Судови у прилог постојању опасности по потраживање траже ванредне околности, те редовна угроженост егзистенције запослених не задовољава њихове критеријуме. Следствено се у нашој пракси ретко одређује привремена мера враћања на рад тако да запослени углавном могу очекивати реинтеграцију после правноснажног окончања поступка, уколико је њихов захтев основан. Стога, формалноправна могућност одређивања привремене мере враћања на рад без ефективног остваривања у пракси чини да она остане „мртво слово на папиру“.

Потребно је увести решење према којем би останак запосленог на раду током трајања радног спора био правило, уз могућност да му се послодавац супротстави уколико би му причинио штету или постоје други оправдани разлози да запослени не остане на раду током трајања радног спора. Увођење таквог решења уважило би егзистенцијални значај који останак на раду током радног спора има за запосленог, а који оправдава да исти буде постављен као правило, уз могућност одступања од правила онда када то захтевају интереси послодавца, и то на његову иницијативу.

Коришћена литература

- Бодирога Никола, *Водич за примену Закона о изменама и дојунама Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2019. (Bodiroga Nikola, *Vodič za primenu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 2019)
- Бодирога Никола, *Нови извршни поступак*, Београд, 2017. (Bodiroga Nikola, *Novi izvršni postupak*, Beograd, 2017)
- Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2006. (Ivošević Zoran, Ivošević Milan, *Komentar Zakona o radu*, Beograd, 2006)
- Ивошевић Зоран, *Радно право*, Београд, 2020. (Ivošević Zoran, *Radno pravo*, Beograd, 2020)
- Ивошевић Милан, „Првостепени поступак у парницама из радних односа“, *Заштитна права из радног односа* (ред. Зоран Ивошевић), Београд, 2010. (Ivošević Milan, „Prvostepeni postupak u parnicama iz radnih odnosa“, *Zaštita prava iz radnog odnosa* (red. Zoran Ivošević), Beograd, 2010)
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд, 2013. (Jakšić Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2013)
- Јарић Мирко, Марковић Горан, „Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду“, *Заштитна права из радног односа* (ред. Зоран Ивошевић), Београд, 2010. (Jarić Mirko, Marković Goran, „Odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu“, *Zaštita prava iz radnog odnosa* (red. Zoran Ivošević), Beograd, 2010)
- Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за оtkаз уговора о раду*, Београд, 2016. (Kovačević Ljubinka, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Beograd, 2016)
- Leubsdorf John, „Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits“, *Fordham Law Review*, Vol. 76, Nr. 1/2007.
- Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд, 2021. (Nikolić Mladen, Šarkić Nebojša, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, Beograd, 2021)
- Рајовић Верољуб, *Грађанско процесно право са текстом Закона о парничном поступку*, Београд, 2016. (Rajović Veroljub, *Građansko procesno pravo sa tekstom Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2016)
- Старовић Боривој, *Коментар Закона о извршном поступку (законодавство, теорија, пракса)*, Нови Сад, 1991. (Starović Borivoj, *Komentar Zakona o izvršnom postupku (zakonodavstvo, teorija, praksa)*, Novi Sad, 1991)

Трива Синиша, Белајец Велимир, Дика Михајло, *Судско извршно право*,
Загреб, 1980. (Triva Siniša, Belajec Velimir, Dika Mihajlo, *Sudsko
izvršno pravo*, Zagreb, 1980)

Ana NIKOLIĆ

**LL.M Student at the University of Belgrade Faculty of Law,
Judicial Clerk at the Commercial Court in Belgrade, Serbia**

PRELIMINARY MEASURE IN AN INDIVIDUAL LABOUR DISPUTE – BETWEEN “THEORY” AND PRACTICE

Summary

This paper analyses a preliminary measure in an individual labour dispute, as an instrument of security interest of employee’s claim against his employer. It starts with a legal possibility of obtaining a preliminary measure in an individual labour dispute and reaches realization of that possibility in practice, along with a review of certain debatable issues. The emphasis is on the preliminary measure of employee reinstatement, as an instrument for achieving employee’s existential security during the pendency of a labour dispute. In this respect, a change of the current solution, modelled on foreign legal systems, is proposed to facilitate the position of employees during labour dispute. Based on the analysis of judicial practice concerning the preliminary measure of employee reinstatement, rigid assessment of fulfilment of the conditions for the preliminary measure is criticized as “insensitive” to the needs of employees and their circumstances.

Key words: *Preliminary Measure. – Individual Labour Dispute. – Employee Reinstatement. – Danger. – Existential Significance.*

Датум пријема рада: 14. 4. 2022.

Датум исправке рада: 13. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 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 праву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *casopis@pravniciprivredi.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, *Коментариј Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Odith (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени 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 (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21. 10. 2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију
и праксу / главни и одговорни уредник Татјана Јевремовић
Петровић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993)– . – Београд : Удружење
правника у привреди Републике Србије, 1993– (Београд :
Intermex). – 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:

Слободан Марковић

Положај Србије у глобалној и европској хармонизацији права интелектуалне својине

Предраг Цветковић

Примена технологије у правном контексту: пример *legaltech*-а

Страхиња Миљковић

Разрешење недоумица о томе шта је *goodwill* и да ли прималац франшизе има права поводом *goodwill*-а

Светислав Јанковић

(Не)извесност цене путне карте у ваздушном саобраћају

Бојан Терзић

Правна природа кредитних накнада – сажета упоредна разматрања

Стефан Јовановић, Давид Вучинић

Дозвољеност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке