УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Број
4
2022

Београд
Година LX

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

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 Доловић 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@pravniciuprivredi.org.rs
Електронска адреса часописа: casopis@pravniciuprivredi.org.rs
Интернет страница: www.pravniciuprivredi.org.rs; www.pravoiprivreda.rs

Графичка припрема
Досије студио, Београд

Штампа
Досије студио, 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.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
4
2022

ПРАВО И ПРИВРЕДА, бр. 4/2022, Година LX

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

***Татјана* ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**
Успостављање и јачање уније тржишта капитала ЕУ 605

***Јелена* ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ**
Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке – правни аспекти 636

***Катарина* ЈОВИЧИЋ**
Заштита пословне тајне у праву Републике Србије 655

***Јелена* ЛЕПЕТИЋ**
Јавна предузећа – стари и нови изазови 675

***Дејан* МИЛЕНКОВИЋ, *Владимир* ЂУРИЋ**
Уговори и пројекти јавно-приватног партнерства и њихов утицај на локални економски развој у Србији 695

***Јован* ВУЈИЧИЋ**
Једнообразна правила за дигиталне трговинске трансакције: новотарија или неопходност 714

***Мирјана* Б. ГЛИНТИЋ**
Недостаци у регулисању осигурања трошкова правне заштите у законодавству Републике Србије 732

СТРУЧНИ РАДОВИ

***Драїан* ВУЈИСИЋ, *Милан* РАПАЈИЋ**

Колективна заштита интереса потрошача (право Европске уније и Србије) 752

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

***Ива* ТОШИЋ, *Јована* МИСАИЛОВИЋ**

Одговорност здравствене установе за грешке својих запослених (лекарска грешка) и осигурање од одговорности 782

***Ивана* РАДОМИРОВИЋ, *Амина* КАЈЕВИЋ**

Пуномоћје за гласање на скупштини јавног акционарског друштва – општи поглед и могућност злоупотребе 802

***Николина* ТОМОВИЋ**

Примјена правила уговорног права при тумачењу тренутка закључења рестриктивних споразума на тржишту 823

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 840

LAW AND ECONOMY, No. 4/2022, Year LX

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

***Tatjana* JEVREMOVIĆ PETROVIĆ**
Fostering of the EU Capital Markets Union 605

***Jelena* ĆERANIĆ PERIŠIĆ**
Metaverse, Non-Fungible Tokens, Trademarks – Legal Aspects .. 636

***Katarina* JOVIČIĆ**
Trade Secret Protection in the Law of the Republic of Serbia 655

***Jelena* LEPETIĆ**
Public Enterprises – Old and New Challenges..... 675

***Dejan* MILENKOVIĆ, *Vladimir* ĐURIĆ**
Public-Private Partnership Contracts and Projects and their Influence on the Local Economy Development in Serbia 695

***Jovan* VUJIČIĆ**
Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDTT): Novelty or Necessity..... 714

***Mirjana* B. GLINTIĆ**
Deficiencies in the Regulation of Legal Expenses Insurance in the Legislation of the Republic of Serbia 732

PROFESSIONAL PAPERS

***Dragan* VUJISIĆ, *Milan* RAPAJIĆ**
Collective Protection of Consumers Interests (European Union and Serbian Law) 752

STUDENT PAPERS

***Iva* TOŠIĆ, *Jovana* MISAILOVIĆ**
Liability of the Medical Institution for Medical Malpractice and Liability Insurance 782

***Ivana* RADOMIROVIĆ, *Amina* KAJEVIĆ**
Proxy Voting at the General Meeting of a Public Joint Stock Company – General View and Possibility of Abuse 802

***Nikolina* TOMOVIĆ**
Contract Law Rules Application in Interpreting the Moment of Concluding Restrictive Agreements on the Market 823

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 840

ЧЛАНЦИ

УДК: 336.76(4-672EU)
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22401A

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

УСПОСТАВЉАЊЕ И ЈАЧАЊЕ УНИЈЕ ТРЖИШТА КАПИТАЛА ЕУ**

Сажетак

У центру пажње овог рада је идеја формирања и јачања уније тржишта капитала ЕУ. Реч је о једном амбициозном политичком, економском и правном пројекту ЕУ. Ова идеја, усмерена на формирање јединственог европског тржишта капитала, се до сада реализовала у бројним правним реформама и другим активностима и мерама. Извршене су значајне измене правног оквира финансијских тржишта, нарочито тржишта капитала, те нема важније теме у овој области која је заобиђена.

Циљ рада је да упозна домаћу стручну јавност са идејом стварања уније тржишта капитала ЕУ. Рад пружа целовиту слику разлога који су довели до реформе тржишта капитала и приказује како је она до сада спроведена. Рад указује и на даље реформе које се могу очекивати. На тај начин се пружа могућност домаћој јавности да сагледа идеју уније тржишта капитала ЕУ, како би са више разумевања могла да прати

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

** Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Савремени проблеми правног система Србије“ у 2022. години.

реформе које се спроводе у области тржишта капитала у Републици Србији.

Кључне речи: *ЕУ. – Унија тржишта капитала. – Јединствено тржиште. – Акциони план формирања уније тржишта капитала 2015. – Акциони план 2020.*

I Увод

Подстицај развоја и јачање финансијских тржишта у ЕУ представљају теме о којима се последњих година врло интензивно говори, и ради којих се предузимају бројне активности и мере. Непосредни основ за то представљају два важна кровна документа која је Европска унија усвојила протеклих година – Акциони план намењен формирању уније тржишта капитала из 2015. године, као и нови Акциони план ка даљем јачању ове уније из 2020. године.[1] Њихова основна идеја је стварање (европске) уније тржишта капитала (*Capital Markets Union*), односно функционисање истински јединственог тржишта капитала у Европској унији. Ипак, овај циљ није замишљен да се оствари одједном, једним актом, нити стварањем једног институционалног оквира. Управо супротно, стварање уније тржишта капитала у ЕУ представља један сложен и дугорочни пројекат, за чије остварење је предвиђена, а до сада и у великој мери остварена системска, свеобухватна и постепена правна реформа. Предвиђена је кроз низ различитих појединачних, иако комплементарних активности и мера, укључујући ту нарочито и усвајање бројних правних аката, махом усмерених на хармонизацију, а у појединим важним питањима и унификацију националних права земаља чланица ЕУ. Осим тога, временом се показало да целокупна идеја формирања уније тржишта капитала – као један од водећих пројеката ЕУ у овом тренутку, није само амбициозан правни подухват, већ је и политички, економски и друштвени феномен који у великој мери зависи

1 Акциони план формирања уније тржишта капитала из 2015. године (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Action Plan on Building a Capital Markets Union*, SWD(2015) 183 final, SWD(2015) 184 final, Brussels, 30. 9. 2015, COM(2015) 468 final; даље у фуснотама: Акциони план 2015); и нови Акциони план из 2020. године (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Capital Markets Union for people and businesses – new action plan*, COM(2020) 590 final, Brussels, 24. 9. 2020; даље у фуснотама: Акциони план 2020). Сви званични документи ЕУ доступни су на сајту ЕУ: *https://european-union.europa.eu/index_en*, 1. 10. 2022.

од активног учешћа и подршке институција ЕУ, земаља чланица, као и учесника на тржишту капитала. Без њиховог заједничког доприноса неће се показати значајнији резултати спроведене реформе, што значи да је овај пројекат још само један изазов више за Европу.

Идеја уније тржишта капитала чије је формирање и јачање у основи системске реформе права тржишта капитала ЕУ је имала до сада, а имаће и у будућности, далекосежне ефекте. Такође је и од изузетног значаја и са великим утицајем на српско право. Република Србија је, у великој мери под утицајем ових реформи, извршила значајне измене у правном изгледу и функционисању свог тржишта капитала. Готово да нема системског закона у овој области који није доживео значајне измене последњих година; велики је број нових прописа, од којих неки по први пут уређују до сада код нас, па и у свету непознате институте. На овом месту вреди поменути не само нови системски закон у овој области – Закон о тржишту капитала, већ нарочито и нове прописе који, примера ради, по први пут уређују дигиталну имовину, или предлажу уређење групног финансирања.[2] У некима од ових питања је Република Србија чак била међу првима да препозна и уреди поједине нове институте, иако и даље нема довољно услова да би се они уредили на нивоу ЕУ, као ни у правима њених земаља чланица.[3]

Циљ овог истраживања је да упозна домаћу стручну јавност са идејом стварања уније тржишта капитала у ЕУ. Рад има циљ да пружи свеобухватну слику разлога који су довели до реформе тржишта капитала, као и да прикаже како је она до сада спроведена. Такође, циљ рада је и да покаже које се даље реформе могу очекивати. На тај начин се пружа могућност домаћој јавности да на целовит и системски начин сагледа дешавања у праву тржишта капитала ЕУ, како би са више разумевања могли да прате појединачне реформе које се спроводе у Републици Србији у овој области.[4]

---

2 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021; Закон о дигиталној имовини, *Службени гласник РС*, бр 153/2020; званична објава Народне банке Србије у којој је најављена припрема прописа о групном финансирању, доступно на адреси: *https://www.nbs.rs/sr_RS/scripts/showcontent/index.html?id=16684&konverzija=no*, 1. 10. 2022.

3 Ипак, на овом месту неће бити говора о реформама српског права тржишта капитала, као ни о прописима и мерама које су у Републици Србији усвојене ради промовисања овог тржишта. То питање биће обрађено на другом месту.

4 То је разлог што ће се овај текст ограничити искључиво на развој идеје формирања уније тржишта капитала и предузете кораке на нивоу ЕУ. Са једне стране, то оставља разматрање домаћих прописа и стратегије развоја тржишта капитала за другу прилику. Такође, рад нема за циљ ни дубљу академску анализу досадашњих и будућих дешавања, резултата и циљева у ЕУ. То једнако важи и за поједина питања

II Идеја формирања уније тржишта капитала

Формирање уније тржишта капитала представља један амбициозан системски пројекат. Према мишљењу многих, реч је о једном од неколико тренутно највећих и водећих пројеката Европске комисије.[5] Ипак, идеја потиче још од формирања Европских заједница, и формулисана је њеним оснивачким уговорима, нарочито кроз правила о слободном кретању капитала.[6] Стварање јединственог тржишта капитала је временом посебно било истакнуто и у другим актима, попут Акционог плана финансијских тржишта из 1999. године.[7] Овај документ је представљао важан корак у уклањању препрека ка слободном кретању капитала, будући да је на основу њега усвојен низ важних правних докумената који су довели до значајне интеграције и јачања тржишта капитала на европском нивоу. Нарочито је, међутим, у последње време истакнута нужност стварања *уније тржишта капитала*, и по први пут је ова идеја формулисана у Акционом плану ЕУ о успостављању уније тржишта капитала из 2015. године, а затим и другом Акционом плану из 2020. године.

Термин унија тржишта капитала није до краја сасвим прецизан, па чак може да наведе и на погрешне закључке. За разлику од јединственог тржишта или економске и монетарне уније, за које извор представљају темељни уговори ЕУ, унија тржишта капитала је политички циљ и део акционих планова ЕУ.[8] Наиме, наведеним кровним документима није створена Унија у институционалном смислу, већ она представља „правни оквир који регулише интеграцију различитих националних тржишта

која се односе на конкретне циљеве и мере из пројекта формирања уније тржишта капитала.

5 „ ...*(O)ne of the Commission's flagship projects*." Pierre Schammo, „Market Building and the Capital Markets Union: Addressing Information Barriers in the SME Funding Market", *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2017, 272.

6 Вид. чл. 14, као и наслов IV – Слободно кретање лица, услуга и капитала, нарочито поглавље IV – Капитал и плаћања Уговора о оснивању ЕЗ (*Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002)*, *OJ* C 325, 24. 12. 2002), сада чл. 26, односно под истим насловом IV, поглавље IV Уговора о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, *OJ* C 326, 26. 10. 2012).

7 Акциони план за финансијска тржишта из 1999. (European Commission, *Communication from the Commission: Implementing the Framework for Financial Markets – Action Plan*, Brussels, COM(1999) 232 final, 11. 5. 1999).

8 Вид. Pierre Schammo, „Capital Markets Union and Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs): A Preliminary Assessment", *The new financial architecture in the Eurozone* (eds. Franklin Allen, Elena Carletti, Joana Graz), European University Institute, Florence, 2015, 140–141.

капитала држава чланица ЕУ".[9] Одсуство регулаторног оквира учинило је овај пројекат недовољно уобличеним, нарочито на његовом почетку. Тако су га неки видели првенствено као начин подстицања малих и средњих предузећа, други као начин уједињења подељених тржишта, трећи као бољи вид обезбеђења и подстицај у даљем стварању банкарске уније; четврти као покушај обједињеног тржишта са обједињеним централизованим надзором.[10]

Визија коју су истакли Акциони планови усвојени ради формирања уније тржишта капитала представља успостављање истински јединственог тржишта капитала кроз интеграцију националних тржишта земаља чланица. Ова идеја је замишљена као комплементарна системска реформа у којој су пре свега јасно истакнути *најважнији видови и облици финансирања које треба подстицати*. Дефинисано је у које пословне форме (мала и средња предузећа, јавна друштва) и које типове инвестиција вреди улагати (одрживе, дугорочне, инфраструктурне; а онда такође и у савремене дигиталне пројекте). Затим су предвиђени *комплементарни извори финансирања* који би нарочито обезбедили средства за улагање у ове видове и облике финансирања (приватно и институционално инвестирање). Дакле, унија тржишта капитала претпоставила је функционално јединствено европско тржиште капитала као почетну (а не своју крајњу) тачку, и на њему је определила комплементарне кључне циљеве облика и врста додатног финансирања, са једне стране, и улагања и штедње на другој страни. Сходно томе, основна идеја која прати овај дугорочни и врло амбициозан пројекат не лежи у усвајању једног акта, већ низа мера и предузимању бројних корака који ће заједно водити ка успостављању ове уније.

III Предности уније тржишта капитала

Успостављање уније тржишта капитала представља целовиту, свеобухватну и дугорочну структурну реформу на нивоу ЕУ. Намењена је, најједноставније речено, јачању европског тржишта, односно развоју целокупне европске привреде и већој отпорности на будуће изазове.[11]

9 Wolf-Georg Ringe, „Capital Markets Union for Europe – A Political Message to the UK", University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 26/2015, March 2015, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract=2575654*, 1. 10. 2022, 6.

10 Вид. посебно ова мишљења наведена у: Karel Lannoo, „Which Union for Europe's Capital Markets?", *ECMI Policy Brief*, Nr. 22/2015, доступно на адреси: *https://www.ceps.eu/download/publication/?id=8811&pdf=ECMI%20PB22%20KL%20Capital%20Union%20final.pdf*, 1. 10. 2022, 1.

11 Christoph Kumpan, „Die Europäische Kapitalmarktunion und ihr Fokus auf kleinere und mittlere Unternehmen", *Zeitschrift für Unternehmens– und Gesellschaftsrecht*, Nr. 1/2016,

Непосредна корист и циљ формирања уније финансијских тржишта је *у лакшем приступу финансијама* не само на развијеним финансијским тржиштима, већ широм Европе. Нарочито је то важно за мала и средња предузећа, али начелно и друга предузећа; кориснике финансијских услуга, као и инвеститоре, јер им пружа непосредну корист у лакшем приступу финансирању, ширем избору приликом инвестирања и штедње, без обзира на то из које земље чланице потичу и где се налазе.

Већ дуго је познато да европска друштва најчешће посежу за финансирањем од банака, те се процењује да оно износи чак 70%, а по неким проценама и 80% укупних извора финансирања.[12] Поражавајући подаци указују на то да у Европи не само да постоји превасходно ослањање на финансирање које потиче од банака, већ да постоје озбиљне препреке у прекограничном финансирању.[13]

Осим тога, *појединачна улагања* појединаца су значајно мања у Европи (просечно се рачунало да тек 9% популације пунолетних Европљана улаже у хартије од вредности којима се тргује на јавним тржиштима, за разлику од САД, где је овај проценат значајно виши и износи 52%).[14] У данашње време најчешћи начин штедње појединаца окренут је ка банкарској штедњи која доноси сразмерно малу добит ниским каматама, и уз могућност да средства дата на штедњу буду орочена на кратке временске периоде, чиме се омогућава да буду ликвидна.[15] Такав начин инвестирања много је мање ефикасан од дугорочног инвестирања,

6; Giovanni Dell'Ariccia, „A Capital Market Union: A Few Thoughts", *The new financial architecture in the Eurozone* (eds. Franklin Allen, Elena Carletti, Joana Graz), European University Institute, Florence, 2015, 108; Franklin Allen, Luboš Pástor, „Capital Markets Union: Key Challenges", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019, 6.

12 Susanne Kalss, „The Promotion of Small and Medium-Sized Companies Acting as a Catalyst for European Capital Markets Law?", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019, 168; Alain Pietrancosta, „Recent Initiatives in Favor of Listed and Nonlisted Small and Medium-Sized Enterprises: A Legal Perspective", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019, 173.

13 S. Kalss, 168.

14 Katja Langenbucher, „Building a Capital Market – the Final Report of the High Level Forum on the EU Capital Market Union", *European Company and Financial Law Review*, Nr. 6/2020, 602.

15 Нова визија за европско тржиште капитала: Коначни извештај Високе групе стручњака о Унији тржишта капитала (*A new Vision for Europe's capital markets: Final Report of the High Level Forum on the Capital Markets Union*; даље у тексту и фусно-

нарочито оних форми код којих појединци улажу у своју старост, кроз различите приватне пензионе производе. У данашње време животни век појединаца је продужен, па је ослањање на јавне фондове ради остварења права на пензију све мање реално. Стога се у Европи нарочито инсистира на улагању у различите финансијске производе и пензионе фондове, чиме појединац има могућност да на дужи рок и са већом стопом приноса штеди.[16] Важан разлог који не доприноси ширем избору финансијских инструмената у које се улаже представља и слабо познавање финансијских тржишта и начина на који она функционишу, као и недовољно искуство у коришћењу информација. Стога је нарочито све више истакнуто финансијско основно образовање и информисање, како би се улагање у тржиште капитала приближило широј популацији.[17] Осим тога, поверење је једна од важних околности која улагаче подстиче (или одвраћа) од избора финансијских услуга и производа.

Јачање улагања појединаца доприноси даљем инвестирању у конкурентне пословне подухвате, најчешће индиректно – путем институционалних инвеститора. Тиме се не само доприноси већем улагању, него се даље подстиче тржиште капитала, јер се нових пословним подухватима и различитим финансијским инструментима додатно подстиче диверсификација улагања, од кључног значаја за институционалне инвеститоре и заштиту улагања.

Одлучујући корак у подстицању финансирања и улагања широм Европе представља стварање услова за интеграцију тржишта у *истински јединствено европско тржиште*. За њега би од пресудне важности били ликвидност, транспарентност и добро уређена правила.[18] До сада су национална финансијска тржишта, нарочито тржишта капитала, била и остала у великој мери подељена. Поред тога, врло су различита према производима које нуде, њиховом уређењу и пружаоцима финансијских услуга. Такође су и недовољно развијена, нарочито у неким државама чланицама, које и даље не остварују свој потенцијал. Потенцијал европског тржишта – гледан као целина – такође је остао до сада недовољно искоришћен.

Ипак, идеја уније тржишта капитала и његова европска интеграција не значи да ће тржишта капитала престати да буду национална. Напротив, иако интегрисана, национална тржишта капитала би и даље

тама: Извештај групе стручњака), доступно на адреси: *https://finance.ec.europa.eu/system/files/2020–06/200610-cmu-high-level-forum-final-report_en.pdf*, 20. 9. 2022, 18.

16 Акциони план 2020, 5.

17 Вид. нарочито осму активност у оквиру Акционог плана 2020.

18 F. Allen, L. Pástor, 4.

требало да задрже локалне карактеристике, с тим да се уклоне оне непотребне разлике које им спречавају или отежавају приступ.

Најзад, унија тржишта капитала тесно је повезана са економском и монетарном унијом, нарочито у њеном доприносу стабилном тржишту и валути. У последње време истакнут је и политички значај формирања ове уније, како би се умањиле негативне последице политичких (излазак Велике Британије и друга политичка дешавања у Европи последњих месеци и година), односно других глобалних збивања (попут негативних последица изазваних ковид пандемијом) на финансијску стабилност земаља чланица и ЕУ и даљу економску и финансијску фрагментацију.[19]

Док са једне стране успостављање уније тржишта капитала има бројне предности – за привредне субјекте у виду додатног финансирања, за појединце и потрошаче – у виду нових инвестиционих прилика, као и друштва као целине; толико има и негативних страна – у ризицима који прате тржишта капитала.[20] Због тога се Европска унија нашла и пред озбиљним изазовима који прате не само стварање интегрисаног тржишта капитала, већ и његово функционисање. Посебна пажња нарочито се, због тога, све више посвећује појачаном обједињеном надзору, као и контроли системских ризика, како би се очувала финансијска стабилност, одржала глобална конкурентност и аутономија.[21]

IV Успостављање уније тржишта капитала

Први озбиљан корак у стварању уније тржишта капитала учињен је 2015. године када је Европска комисија усвојила Акциони план формирања уније капитала. Од самог почетка, формирање уније тржишта капитала сматрало се реакцијом ЕУ на економску кризу и покушај „повратка на политичку агенду европског јединственог тржишта".[22] Акциони план из 2015. године је делом ревидиран и допуњен 2017. године, а његови коначни резултати представљени су 2019. године. Иако су у тим годинама испуњени бројни циљеви које је првобитни Акциони план из 2015. године поставио, тржишта капитала нису достигла онај

19 Вид. закључке ЕУ конференције „Унија тржишта капитала" из јуна 2022. године у: John Berrigan, „Closing remarks at High-Level Conference Capital Markets Union: investing for a stronger, prosperous and sustainable European Union", 1. 6. 2022, доступно на адреси: *https://finance.ec.europa.eu/events/capital-markets-union-investing-stronger-prosperous-and-sustainable-european-union-2022–06–01_en*, 1. 10. 2022, 1.

20 F. Allen, L. Pástor, 3.

21 Вид. J. Berrigan, 3–4.

22 Nicholas Dorn, „EU Capital Markets Union: the good, the bad and the ugly", *Law and Financial Markets Review*, Nr. 3/2015, 187.

ниво интегрисања који би довео до стварања истински јединственог тржишта капитала како је то било замишљено. Национални интереси у великој мери су и даље овде кочили потпуну спремност ка окретању пажње на интересе интегрисаног европског тржишта.[23] Поред тога, финансирање је у Европи остало махом усмерено на јавна и средства која потичу од банака, а томе су нарочито допринели бројни озбиљни политички, економски и друштвени потреси у последњим годинама. Они су обележили глобална збивања у целом свету, па и у Европи, те је нарочито услед тога порастао значај подстицања финансијске стабилности и економског раста.

Након пандемије која је оставила значајне економске последице, али и низа озбиљних политичких потреса на тлу Европе, нарочито је било важно да се обезбеди економски опоравак и да се подстакне финансирање. Велики део јавних и средстава која су потекла од банака био је усмерен на одржање ликвидности и радних места, као и у то време тренутно превазилажење непосредних последица пандемије. Поставило се питање обезбеђења извора финансирања како би економија даље одржала ниво развоја на коме се налази и потенцијално расла у будућности.[24] За то нису (били) довољни стандардни извори финансирања, који се у највећој мери ослањају на банке, већ је посебно било важно подстаћи друге изворе финансирања и власничких улагања ради јачања тржишта капитала, нарочито у оним земљама у којима су она и даље остала недовољно развијена.[25]

Озбиљан изазов за унију тржишта капитала била је одлука Велике Британије да напусти ЕУ. Нарочито је проблематизована будућност финансијских тржишта, узимајући у обзир могућност да се њихов центар нађе ван граница Европске уније. То су све били важни разлози због којих је Европска унија усвојила нови Акциони план 2020. године. Реализација циљева који су њим постављени већ је отпочела током протекле, и посебно је била актуелна током ове године.

Ипак, видљиви економски резултати не само новог, већ и претходног Акционог плана тек ће се показати у наредним годинама. Реализација уније тржишта капитала је дугорочни план, за чије је остварење, поред регулаторног оквира, нужно ангажовање не само земаља чланица, већ нарочито и различитих интересних група – потрошача, предузетништва, појединачних и институционалних улагача и других учесника на финансијским тржиштима. Такође, сви кораци од оних првих, мањих и несигурнијих, до све амбициознијих захтевају време,

23 Вид. Извештај групе стручњака, 8.

24 Акциони план 2020, 2.

25 Вид. Извештај групе стручњака, 5.

политичку вољу и ангажовање свих ради несумњивих користи које би из ове уније могле да проистекну. Стога се унија тржишта капитала најбоље може разумети као „визија коју прати развојни план“[26] како би једног дана у будућности она одиста постала стварност.

1. Акциони план 2015

Акциони план 2015. године иницирао је формирање уније тржишта капитала, како би ојачао европску економију, стимулисао инвестирање и подстакао запошљавање.[27] Још од почетка се у њему инсистира на новим изворима финансирања, разноврсним опцијама улагања, и нарочито штедње, као и економији отпорној на различите ризике. Још од тада је јасно да је европска економија у поређењу са америчком у нарочитом нескладу према развијености тржишта. Подаци су показивали да европско тржиште власничких хартија од вредности представља само половину, односно чак само једну трећину тржишта дужничких хартија од вредности у односу на америчко тржиште.[28]

Најважнији резултати стварања уније тржишта капитала били су замишљени у овом Акционом плану као већи потенцијал и правци инвестирања, нарочито улагања у мала и средња предузећа, инфраструктуру и дугорочне одрживе пројекте; бољу повезаност финансирања и инвестирања из различитих земаља чланица ЕУ, већу стабилност финансијског система и даљу финансијску интеграцију и конкурентност. Сходно томе, дефинисане су и приоритетне области у којима је било предвиђено да се предузму бројне активности.[29]

Прве две области у којима су постављени конкретни циљеви Акционог плана односе се на пружање већег *избора финансирања за предузетништво и нарочито мала и средња предузећа*, као и *подстицање друштава да се укључе у јавну трговину и тргују својим хартијама од вредности*. Ради реализације ова два циља је било предвиђено више различитих мера. Пре свега се промовишу различите форме алтернативног финансирања предузетништва, нарочито у тренутку отпочињања делатности, као и унапређење повезаности малог и средњег предузетништва са изворима финансирања широм Европе. Од посебних циљева се нарочито још тада истакла потреба уређења области групног финансирања (тзв. *crowdfunding*), као и подстицај прекограничног повезивања тзв.

26 F. Allen, L. Pástor, 4.

27 Акциони план 2015, 3.

28 *Ibid.*

29 За најважније активности које су даље сумарно наведене вид. Акциони план 2015, 5–6; односно за разраду ових циљева, вид. 7–27.

пословних анђела – појединаца спремних да улажу и на други начин подстичу покретање нових пословних пројеката.[30] Такође се пажња посветила постојећој регулативи европских фондова предузетничког капитала и социјалног предузетништва са циљем њиховог даљег промовисања кроз планиране измене и нове пан-европске и друге обједињене фондове.[31] Промоцијом штедње кроз пан-европске пензионе фондове не само да се промовише развој тржишта капитала, већ се унапређује финансијска писменост становништва и подстиче покретљивост радне снаге.[32] Сматрало се да ће у томе важну улогу имати даље удруживање у циљу бољег информисања и повезивања инвеститора и оних који имају потребу за алтернативним изворима финансирања уз подршку националних и ЕУ институција. Такође, била је предвиђена и модернизација правила о јавној емисији и трговању на финансијским тржиштима, како би прикупљање капитала било приступачније, а правила о укључивању и трговини њихових хартија од вредности једноставнија. То је подразумевало модернизацију правила која уређују јавну емисију и проспект, као и анализу правила о тржиштима финансијских инструмената и њихово могуће унапређење.[33]

30 Ипак, та средства значајно су ограничена и не могу да досегну онај ниво средстава који потиче од банака и институционалних инвеститора. Вид. Giorgio Barba Navaretti, Giacomo Calzolari, Gianmarco Ottaviano, Alberto Franco Pozzolo, „Capital Markets Union and Growth Prospects for Small and Medium-Sized Enterprises", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019, 151.

31 У тој области ЕУ је већ раније усвојила две важне уредбе: Уредбу 345/2013 о европским фондовима предузетничког капитала (*Regulation (EU) No 345/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European venture capital funds Text with EEA relevance*, *OJ* L 115, 25. 4. 2013, са каснијим изменама), познату и кроз скраћеницу EuVECA; као и Уредбу 346/2013 о европским фондовима за социјално предузетништво (*Regulation (EU) No 346/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European social entrepreneurship funds Text with EEA relevance*, *OJ* L 115, 25. 4. 2013, са каснијим изменама), познату и кроз скраћеницу EuSEF. О могућности стварања пан-европских кредитних фондова вид. Andrea Perrone, „Capital Markets Union: A Proposal for Action", *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Nr. 3/2016, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=3389427*, 1. 10. 2022, 4–5.

32 Вид. F. Allen, L. Pástor, 16.

33 У то време је важила Директива о проспекту који се објављује када се хартије од вредности јавно нуде или укључују у трговање (*Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC (Text with EEA relevance)*, *OJ* L 345, 31. 12. 2003), касније у неколико махова мењана, да би затим била стављена ван снаге Уредбом 2017/1129 о проспекту који се објављује када се хартије од вредности јавно нуде или укључују у трговање на регулисано тржиште (*Regulation (EU) 2017/1129 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market, and repealing Directive 2003/71/EC*,

Трећи аспект унапређеног финансирања који води стварању уније тржишта капитала нарочито се односио на *дугорочно, одрживо и инфраструктурно инвестирање* широм Европе. У том циљу је посебно био важан законски оквир који регулише ризике у овим врстама улагања, нарочито инфраструктурном. Најважнији циљ у овој области био је због тога усмерен на анализу постојећих ограничења у правилима о формирању и одржавању капитала кредитних установа и осигуравајућих друштава. Такође је велика нада била усмерена и на нове европске фондове и њихову будућу улогу у највећим, стратешким, дугорочним и инфраструктурним инвестицијама. Реч је о фондовима попут фондова за дугорочно улагање, уређених ЕУ прописима још 2015. године, као и о Европском фонду за стратешка улагања, који су нарочито значајни ради прикупљања приватних и јавних, посебно ЕУ извора финансирања.[34] Унапређено финансирање нарочито је било још тада усмерено и на одрживе инвестиције, у којима се посебно истичу пројекти емитовања тзв. зелених обвезница.[35]

Следећи важан аспект Акционог плана био је усмерен на потребу *подстицања инвестирања и слободу избора* како за појединачне, тако и за институционалне инвеститоре. Када је реч о појединачним инвеститорима, примећује се да је лична уштеђевина већа, иако је улагање

OJ L 168, 30. 6. 2017), са каснијим изменама, од којих је последња из фебруара 2021. године, укључујући и посебну Делегирану уредбу Европске комисије 2019/980 од 14. марта 2019 (*Commission Delegated Regulation (EU) 2019/980 of 14 March 2019 supplementing Regulation (EU) 2017/1129 of the European Parliament and of the Council as regards the format, content, scrutiny and approval of the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading on a regulated market, and repealing Commission Regulation (EC) No 809/2004 (Text with EEA relevance)*, *OJ* L 166, 21. 6. 2019). Такође су се измене тицале и Директиве о тржиштима финансијских инструмената (*Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (recast) Text with EEA relevance*, *OJ* L 173, 12. 6. 2014), која је такође касније мењана, са последњим изменама од фебруара 2021. године.

34 Уредба о европским фондовима за дугорочна улагања (*Regulation (EU) 2015/760 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on European long-term investment funds (Text with EEA relevance*), *OJ* L 123, 19. 5. 2015), позната и као ELTIF Уредба; односно Уредба о Европском фонду за стратешка улагања, Европском саветодавном центру за улагања и Европском порталу за пројекте улагања (*Regulation (EU) 2015/1017 of the European Parliament and of the Council of 25 June 2015 on the European Fund for Strategic Investments, the European Investment Advisory Hub and the European Investment Project Portal and amending Regulations (EU) No 1291/2013 and (EU) No 1316/2013 — the European Fund for Strategic Investments*), *OJ* L 169, 1. 7. 2015).

35 Посебно о овом виду одрживог финансирања у нашој литератури вид. Ранко Совиљ, „Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?“, *Право и привреда*, бр. 2/2022, 335–354.

у тржиште капитала мање него што је то било у прошлости. Ради тога је нарочито била истакнута потреба подстицања прекограничне конкурентности финансијских услуга, нарочито оних које се нуде појединачним улагачима, уз одговарајућа правила о транспарентности и обезбеђење конкурентности широм ЕУ, уз могућност већег избора. ЕУ је била предвидела као један од важних задатака да у том циљу изради Зелену књигу о финансијским услугама и услугама осигурања који се нуде појединачним инвеститорима, да испита тржиште ових услуга, њихове дистрибуције и начина на који се пружају инвестициони савети како би видела у ком правцу је могућ напредак у овој области, укључујући ту посебно и тржиште индивидуалних пензионих планова. Такође је било важно подстицање институционалних инвеститора, нарочито омогућавање њихових дугорочних улагања и улагања у мало и средње предузетништво уз разумна правила која се односе на управљање ризицима. Због тога је уследила потреба измене одредби правила Солвентност II,[36] а пажња је посвећена и потреби евалуације правила која уређују прекограничне активности инвестиционих фондова.

Нарочито је за ЕУ било важно *подстаћи способност банке да позајмљује средства* како би ове финансијске институције наставиле да играју важну улогу на тржишту капитала. Ревизија правила која уређују банке, нарочито правила која се односе на очување њиховог капитала и заштиту ризика, била је нужна ради пружања већих инвестиционих прилика, нарочито за дугорочно инвестирање. Такође је пажња била окренута и ка подстицању различитих извора финансирања, нарочито путем дужничких хартија од вредности, где се и даље испитују могућности и отвара потреба дефинисања адекватног европског правног оквира.

Најзад, први пут је истакнут значај *уклањања препрека међу земљама чланицама како би се омогућило несметано прекогранично инвестирање*. Тим поводом је било важно отклонити препреке које постоје у националним правима, како оним која се тичу права хартија од вредности и правила која се односе на њихову трговину, тако и оних из области стечаја и пореског права. Ради тога је било важно обезбедити што већу правну сигурност, предвидиве механизме према којима ефикасно функционише тржиште капитала, укључујући не само трговину, него и поступак клиринга и салдирања. Предложене су различите законодавне акције и у сродним областима стечајног и пореског права. Најзад,

36 Делегирана уредба Европске комисије којом се допуњују одредбе Директиве о оснивању и обављању делатности осигурања и реосигурања – Солвентност II (*Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) Text with EEA relevance*, *OJ* L 12, 17. 1. 2015; даље у тексту и фуснотама: Солвентност II).

јачање обједињеног надзора било је кључно у стварању уније тржишта капитала. Стога је већ тада било предвиђено да се процене ризици који су могли да утичу на финансијску стабилност, и сходно резултатима процене осмисле адекватни заштитни механизми. Нарочито је у том циљу било важно ангажовање институција ЕУ задужених за надзор над финансијским тржиштима, нарочито Европског надзорног тела за хартије од вредности и финансијско тржиште и израда стратегија које би водиле јачању обједињеног надзора у овој области.

Реализација основних циљева који су задати Акционим планом била је подељена у конкретне 33 мере, чија је реализација планирана до 2019. године, када је било предвиђено да ће унија тржишта капитала бити функционална и да ће досећи задат ниво интегрисања.[37] Било је предвиђено и да ће у међувремену током 2017. године циљеви поново бити размотрени и да ће се у Акциони план унети евентуалне измене.

Европска унија је у међувремену кренула да реализује постављене циљеве. Већ након шест месеци од објављивања Акционог плана, Европска комисија је поднела Први извештај о унији тржишта капитала, а убрзо затим израдила и Програм убрзане реформе који је нарочито подвукао значај испуњења предвиђених циљева и потребу њихове што брже реализације.[38] Оцена постигнутих резултата средином рока за остварење циљева Акционог плана уследила је, као што је било и предвиђено, током 2017. године у Ревидираном плану.[39]

2. Ревидирани план 2017

Акциони план 2015 већ је дао бројне резултате убрзо након усвајања – већ осамнаест месеци након његовог објављивања Европска комисија је предузела 20 од укупно 33 превиђене мере. Ипак,

37 Мере су подељене у оквиру шест наведених основних циљева и набројане на крају Акционог плана са временским оквиром који је био предвиђен за конкретну реализацију сваке од наведених мера. Вид. Акциони план 2015, 29–30.

38 Први извештај о унији тржишта капитала (European Commission, *Commission Staff Working Document – Capital Markets Union: First Status Report*, Brussels, 25. 4. 2016. SWD(2016) 147 final); и Програм убрзане реформе (European Commission, *Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Central Bank, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions: Capital Markets Union – Accelerating Reform*, Brussels, 14. 9. 2016. COM(2016) 601 final).

39 Извештај и ревизија резултата Акционог плана (European Commission, *Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions on the Mid-Term Review of the Capital Markets Union Action Plan*, {SWD(2017) 224 final}, {SWD(2017) 225 final}, Brussels, 8. 6. 2017, COM(2017) 292 final; даље у фуснотама: Ревидирани план 2017).

Европска комисија се врло брзо суочила и са бројним новим, до тада непредвиђеним проблемима. Најважнија околност тих година је била одлука Велике Британије о изласку из ЕУ. Ова околност изазвала је не само политичку кризу, већ је имала и потенцијални директан утицај на финансијска тржишта земаља чланица ЕУ. Томе је нарочито допринео значај Велике Британије у укупној економији држава чланица и чињеница да је реч о најважнијем финансијском центру у Европи.

Отуд је јасно због чега је потреба консолидације тржишта капитала и брига о финансијској стабилности постала израженија врло брзо након усвајања Акционог плана. Такође је била важна приоритетна реализација мера предвиђених ради успостављања ефикасне и стабилне уније тржишта капитала међу осталим земљама чланицама ЕУ.

Ревидирани план 2017 истакао је неколико важних изазова са којима је унија тржишта капитала и поред предузетих мера из Акционог плана и даље остала суочена.[40] Пре свега, било је потребно веће инвестирање у иновативне и развојне пројекте. Поред тога, био је нужан и подстицај власничких улагања јавним путем и јачање тржишта дужничких хартија од вредности у свим земљама чланицама. Остала је наглашена потреба флексибилнијег режима банкарских кредита у нове пословне подухвате. Уочено је да осигуравајућа друштва и пензиони фондови и даље недовољно улажу у ризични капитал, власнички капитал и инфраструктуру и тиме недовољно повлаче приватна средства у инвестиционе пројекте. Такође је очигледно да појединачна улагања и даље нису била на завидном нивоу, будући да се приватна средства у највећој мери састоје у краткорочној штедњи на банковним рачунима. Нужно је било да инвестирање буде разноврсније, адекватно потребама појединачних улагања и објективних околности (попут продужења животног века и потребе дугорочног инвестирања у индивидуалне пензионе планове). Ради тога је нарочито било важно подстицање конкурентне и транспарентне понуде инвестиционих услуга и производа. Најзад, прекогранична улагања и даље су наилазила на значајне препреке и остала су у великој мери у националним оквирима, те их је било нужно што пре уклонити.

Сходно новим изазовима предложено је приоритетно поступање у најважнијим циљевима постављеним Акционим планом 2015 уз њихову допуну новим актима или другим неопходним мерама.[41] Иако је усвојено неколико важних предлога аката из области подстицања инвестирања, као и унапређене финансијске стабилности, најважнија

40 Сумарно вид. *Ibid.*, 4.

41 За табеларни преглед нових приоритетних циљева и нових активности вид. *Ibid.*, 19–22.

питања која је истакла Европска комисија била су израда предлога аката који се односе на пан-европске приватне пензионе производе, уређење решавања сукоба закона о последицама трговине хартијама од вредности и захтевима који из њих произлазе на трећа лица; као и детаљно уређење општих правила о обезбеђеним обвезницама на европском нивоу.[42] Поред тога, било је предложено и даље спровођење мера из Акционог плана 2015 у што краћем року. Међу приоритетним активностима нашло се унапређење правила која уређују Европско надзорно тело у области хартија од вредности и тржишта капитала и друга европска надзорна тела како би се додатно ојачала њихова позиција и обезбедила појачана надзорна улога.[43] Такође је приоритет била и израда студије која би указала на основне проблеме и њихово решење како би се створио одговарајући систем за укључивање малих и средњих предузећа на јавно тржиште. Осим тога истакнута је потреба унапређења надзора над инвестиционим друштвима, као и правног оквира за финансијске технологије. Размишљало се о мерама за подстицај тржишта ненаплативих кредита и јачању позиције обезбеђених поверилаца. Посебно се пажња окреће одрживом пословању, транспарентности и потреби да се о овим чиниоцима води рачуна приликом финансијског и нефинансијског извештавања; као и разматрању могућности уређења прекограничног пословања инвестиционих фондова и надзора над њиховим радом. Прекогранично инвестирање захтева и тумачење постојећих правила о прекограничним инвестицијама у оквиру ЕУ, као и процену потребе одговарајућег уређења решавања тих спорова. Најзад, локално и регионално јачање тржишта капитала важно је за многе земље чланице и треба да чини део европске развојне стратегије.

3. Резултати Акционог плана од 2015. године

Акциони план 2015 сачињен је са идејом да се његови резултати остваре до 2019. године. Након истека тог периода Европска комисија је сачинила извештај у коме износи резултате предвиђене Акционим планом, односно резултате у стварању јединственог тржишта капитала.[44] У периоду од пет година од усвајања Акционог плана постигнуто

42 *Ibid*., 6–7.

43 Вид. редефинисане активности посебно у *Ibid*., 10–17.

44 Унија тржишта капитала: напредак у изградњи јединственог тржишта капитала за снажну економску и монетарну унију (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Capital Markets Union: progress on building a single market for capital for a strong Economic and Monetary Union*, {SWD(2019) 99 final}, Brussels, 15. 3. 2019,

је изузетно много. За унију тржишта капитала нарочито је било важно усвајање бројних аката, као и њихове измене, иако су такође успешно окончани политички договори око правила која је требало усвојити у будућности. Мањи број питања остао је без решења, а о многима је покренута дискусија.[45]

Усвојене су измене Уредби о европским фондовима предузетничког капитала и европским фондовима за социјално предузетништво у октобру 2017; затим Уредбе која хармонизује правни оквир секјуритизације кроз једноставну, транспарентну и стандардизовану секјуритизацију (*Simple, Transparent and Standardised (STS) securitisations*) из децембра 2017; као и Уредба о проспекту у јуну 2017.

Постигнут је политички договор о Уредби о пан-европским личним пензионим производима из децембра 2018, као и о хармонизованим општим правилима о обезбеђеним обвезницама из фебруара 2019. Такође је у фебруару 2019. постигнут договор о правилима о прекограничној дистрибуцији колективних инвестиционих фондова, као и о правилима која се односе на надзор над инвестиционим друштвима; док је у децембру 2018. постигнут договор о правилима Предлога директиве о оквиру превентивне реорганизације, другој прилици и мерама којима се повећава ефикасност поступка реорганизације, стечаја и престанка друштва. Промовисана су правила о тржиштима раста за мала и средња предузећа у марту 2019, као и Уредба о уређењу инфраструктуре европских тржишта. Најзад, у марту 2019 је предложена измена Уредбе која уређује ОТЦ финансијске деривате, централну другу уговорну страну и депозитаре хартија од вредности ради унапређеног надзора над централном другом уговорном страном, како би се смањили ризици на финансијску стабилност.

Покренут је разговор о правилима која би уредила групно инвестирање, као и о меродавном праву за дејства уступања потраживања према трећим лицима, а такође је размотрена и могућност ширих овлашћења европских надзорних тела, нарочито у области прања новца и финансирања тероризма, где је нарочито значајна интеграција надзора. Такође се разговарало и о правилима о јединственом опорезивању прекограничних група друштава.

Поред правила која су директно имала за циљ успостављање и јачање уније тржишта капитала, важна су била и она која се односе на одрживо финансирање: иако није постигнут успех у класификацији система одрживог финансирања, политички договор је почетком 2019. ипак остварен у погледу њиховог објављивања правилима Предлога

COM(2019) 136 final; даље у тексту и фуснотама: Закључни извештај Акционог плана 2019).

45 О резултатима вид. *Ibid*., 4–12.

уредбе о објављивању одрживих инвестиција и њиховим ризицима;[46] као и Предлога уредбе о референтним вредностима за климатску транзицију. [47]

Не само што је усвојен велики број аката који су Акционим планом из 2015. године били предвиђени – усвојено је чак десет предлога прописа, а Европска комисија је усвојила и бројне друге мере; већ је резултат био приметан и у запаженом расту тржишта капитала према економским показатељима, иако ће се њихови прави резултати видети тек у будућности. Капитализација котираних ЕУ друштава на тржишту се вратила на период пре економске кризе, од чега учешће њихове иницијалне јавне понуде на глобалним тржиштима износи око 30%. Увећано је учешће нефинансијских котираних друштава на тржишту капитала, а такође је порасло тржиште дужничких хартија од вредности и прекогранична дистрибуција европских инвестиционих фондова.[48]

4. Извештај Групе стручњака

Непосредно након пандемије, која је снажно утицала на економије земаља чланица, као и након изласка Велике Британије као највећег тржишта капитала из ЕУ, било је изузетно важно што пре осмислити будући план опоравка и интеграције тржишта капитала земаља чланица. За то није било довољно уобичајено финансирање које долази од јавних средстава и банака, нарочито након пандемије и њених негативних последица. Поново је истакнут значај додатног, стабилног и дугорочног инвестирања, које долази из разноврсних извора и усмерено је у улагање у одговорне, одрживе и конкурентне пословне подухвате који су кључни за раст и развој европске економије. Посебно је уочен јаз између других светских економија у коришћењу различитих извора финансирања на ефикаснији начин, коришћењем модерних дигиталних технологија, и иновативним развојем предузетништва, у чему Европа заостаје за другим глобалним учесницима на тржишту.[49] Стога је

46 Предлог уредбе о објављивању одрживих инвестиција и њиховим ризицима (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on disclosures relating to sustainable investments and sustainability risks and amending Directive (EU) 2016/2341*, COM/2018/354 final).

47 Овај акт је у међувремену усвојен – Уредба о референтним вредностима за климатску транзицију (*Regulation (EU) 2019/2089 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Regulation (EU) 2016/1011 as regards EU Climate Transition Benchmarks, EU Paris-aligned Benchmarks and sustainability-related disclosures for benchmarks (Text with EEA relevance), PE/90/2019/REV/1*, *OJ* L 317, 9. 12. 2019)

48 Вид. Закључни извештај Акционог плана 2019, 5.

49 Извештај групе стручњака, 6.

упркос великом успеху у реализацији циљева Акционог плана 2015. остало још много важних питања чије би регулисање могло да утиче на даље успостављање и функционисање уније тржишта капитала.

Европска комисија је наставила рад у том правцу и објавила позив ради формирања групе стручњака који би размотрили даље кораке. Радна група стручњака, формирана крајем 2019. године је сачинила свој Извештај током 2020. године, и он даје 17 препорука о даљем развоју уније тржишта капитала, издвојених кроз четири кључна циља.[50] Већина циљева је у великој мери већ до сада била истакнута и најчешће представља само наставак и разраду до сада постигнутих резултата.

Први циљ у даљем развоју уније тржишта капитала представља *стварање подстицајног и конкурентног пословног окружења*. Ради остварења тог циља предложено је седам препорука. Важно је истаћи нове идеје, попут увођења постојања јединственог места за приступ финансијским стандардизованим подацима о друштвима. Међу препорукама су се поново нашле оне које имају за циљ подстицање европских фондова дугорочног инвестирања, као и подстицање осигуравајућих друштава, односно банака, како би више улагали на тржиштима капитала. Препоруке су обухватиле и измену правила о тржишту капитала када на њему учествују мала и средња предузећа, нарочито правила о проспекту, злоупотребама на тржишту, као и објављивању информација јавних друштава. Међу препорукама је истакнут значај подстицања одрживог инвестирања и коришћење модерних технологија, те су предложене измене постојећих или регулисање до сада непознатих финансијских инструмената. Међу њима је истакнут значај уређења дигиталне имовине и дигиталних токена, како би се истакао значај савремених производа у будућем инвестирању друштава.

Други циљ према Извештају групе стручњака огледа се у *јачој и ефикаснијој инфраструктури тржишта капитала*, ради чега су формулисане три препоруке. Оне су усмерене на положај централног депозитара хартија од вредности, дефинисање појма акционара и даљу разраду правила која се односе на остваривање права гласа; као и на даље укључивање инвеститора у одлучивање, нарочито користећи савремена средства комуникације и модерне технологије уз одговарајуће заштитне механизме.[51]

50 *Ibid.*, 11–25. За приказ предложених активности вид. и K. Langenbucher, 601–618.

51 Критички о предложеним изменама позиције централног депозитара и ограничењима у погледу информисања акционара кроз реформе формирања уније тржишта капитала вид. Thomais Kotta Kyriakou, „Harmonizing Corporate Actions for the Achievement of a Capital Markets Union: An analysis of the Shareholders' Rights Directive, the Green Paper 'Building a Capital Markets Union' and TARGET2-Securities", *European Company Law Journal*, Nr. 3/2017, 121–124.

Такође је као трећи циљ, комплементаран са остваривањем претходна два, истакнуто *подстицање појединачних улагања ради развоја тржишта капитала*. Од укупно четири препоруке, већ много је и раније било речи, а опет је поновљен значај приватног улагања у пензионе фондове и производе, унапређење финансијске писмености и културе улагања. Од помоћи улагачима нарочито је било важно додатно уредити дистрибуцију финансијских производа, саветовање и транспарентност.

Најзад, *уклањање граница на унутрашњем тржишту* остало је кључно за функционисање уније тржишта капитала. Три препоруке из ове области већ су и раније истакнуте, и односе се на област пореског и стечајног права, као и интегрисан појачан надзор, будући да и даље представљају значајне препреке у функционисању интегрисаног тржишта капитала. Ипак, интегрисани надзор и даље није једнодушно прихваћен, не само у погледу домашаја и надлежности централних надзорних тела, већ нарочито и важних негативних ефеката које би могао да има, попут повећања трошкова за мала тржишта или мање учеснике на тржишту, нарочито мала и средња предузећа.[52]

5. Акциони план 2020

Европска комисија је, након добијених препорука Групе стручњака, развила нови Акциони план и усвојила га у септембру 2020. године. Стварање истинске уније тржишта капитала остао је од кључног значаја за ЕУ и део је њених не само економских, већ нарочито и политичких циљева. Није случајно да уводна реченица новог плана цитира део из уводног обраћања Урсуле фон дер Лајен Европском парламенту приликом њене кандидатуре за председницу Европске комисије: „*Let's get rid of all the barriers. Let's open the door. Let's finally complete the Capital Markets Union.*“[53]

Акциони план наставља са до сада развијеним идејама – на првом месту свеобухватним и дугорочним планом који обухвата бројне међусобно повезане области. Он се заснива на новој реалности – на првом месту потреби финансијског опоравка и даљег развоја, ради чега је неопходно да будући извори финансирања потичу од развијеног

52 K. Langenbucher, 617.

53 „Хајде да се ослободимо свих баријера. Хајде да отворимо врата. Хајде да коначно довршимо Унију тржишта капитала.“ Вид. Акциони план 2020, 1; као и Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission, 16 July 2019, Strasbourg, доступно на адреси: *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_19_4230*, 11. 10. 2022.

тржишног финансирања. Такође, ново време донело је изазове у погледу новог дигиталног окружења и потребу значајних промена ка одрживом финансирању – за која су нужна изузетно велика улагања, укључујући нарочито и приватна улагања.[54] Нужно је да нова економија буде инклузивна, али и отпорна на изазове, у чему највећи значај има тржишно-орјентисан пензиони систем, као и подстицање појединачног инвестирања.[55] Унија тржишта капитала доприноси развоју мањих националних тржишта у земљама чланицама, подстичући притом глобални утицај и већу конкурентност европске економије. У циљу остварења својих економских и политичких циљева Европска комисија је израдила Акциони план који садржи 16 конкретних мера, намењених остварењу три основна циља.[56]

Први циљ односи се на ***подршку зеленој, дигиталној, инклузивној и отпорној економији и њеном опоравку, чинећи да финансирање европских друштава буде приступачније***. Ради тога је формулисано укупно шест конкретних активности и мера. Они почивају пре свега на подстицању разноврснијег финансирања, нарочито оног које потиче од штедње и приватних инвеститора, али и других, глобалних инвеститора. Ради подстицања оваквог тржишног, а нарочито прекограничног финансирања, прва предложена мера омогућава већу видљивост друштава и лакше информисање инвеститора о потенцијалним пословним подухватима.[57] Она подразумева *формирање европске платформе – Европско јединствено место за приступ подацима*, нарочито оним која инвеститору дају финансијске и друге податке од значаја за одрживо пословање друштва. Поред тога, и даље се подстиче приступ

54 Само у овој области већ је врло много учињено на нивоу ЕУ, укључујући и стратегију еколошки оријентисаног и одрживог инвестирања, садржаној у Европском зеленом плану (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The European Green Deal*, COM(2019) 640 final, Brussels, 11. 12. 2019); Стратегији дигиталног финансирања (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a Digital Finance Strategy for the EU*, COM(2020) 591 final, Brussels, 24. 9. 2020); као и Стратегији за мала и средња предузећа за одрживу и дигиталну Европу (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An SME Strategy for a sustainable and digital Europe*, COM(2020) 103 final, Brussels, 10. 3. 2020). Вид. Акциони план 2020, 4.

55 Акциони план 2020, 5.

56 Вид. циљеве Акционог плана 2020, 6–7, односно детаљно о свакој предвиђеној активности у оквиру предвиђених циљева Акциони план 2020, 7–14.

57 Нарочито о потреби јачања свести, бољој информисаности и спајању инвеститора са малим и средњим предузећима вид. P. Schammo (2015), 165–168.

и укључивање друштава на јавна тржишта капитала. То се нарочито односи на мала и средња предузећа, нарочито у иновативним делатностима, за која је поступак јавне емисије или укључивања у трговање на регулисаном и другим тржиштима капитала сувише скуп и компликован. Друга мера је предвидела *даље олакшање услова за приступ тржишту капитала*. Дугорочно инвестирање и даље је један од важних непосредних циљева, чиме се поред лакшег приступа тржишту капитала размишља и о стварању фонда иницијалне јавне понуде за мала и средња предузећа, нарочито онима која се баве стратешки важним делатностима. Осим тога, и даље се промовише подршка дугорочним инвестиционим пројектима кроз Европске фондове дугорочног улагања, који су већ уређени на нивоу ЕУ, а затим и касније унапређени правилима која су део резултата претходног Акционог плана 2015. Тренутно не постоји довољно оваквих фондова који су нарочито важни у подстицању дугорочних дигиталних, одрживих и инклузивних пројеката, те је трећа мера предвидела *ревизију правила која уређују Европске фондове дугорочног улагања*. Даљи раст друштава мора да се ослони на нова улагања а не само позајмице, и то нарочито код оних друштава код којих се примећује брз раст и потенцијал да постану глобално конкурентна.[58] Стога се ради њих нарочито подстиче дугорочно инвестирање и власничко улагање институционалних инвеститора, нарочито осигуравајућих друштава, али и банака и инвестиционих друштава. Управо је четврта мера усмерена ка *уклањању препрека за дугорочно улагање осигуравајућих друштава, као и банака; укључујући и могуће измене правила о инвестиционим услугама маркет мејкера*. Ради заштите малих и средњих предузећа која немају услова да добију средства финансирања од банака предложено је у петој активности да се размотри *обавеза банке да упути мала и средња предузећа на алтернативне изворе финансирања* у случају да им не одобри средства путем кредита.[59] У овоме неки виде важан потенцијал за развој нових производа у банкарском сектору.[60] Најзад, последњи предлог намењен подстицању инвеститора усмерен је на *разматрање могуће измене правила о секјуритизацији*, како би банке биле у могућности да даље позајмљују средства нарочито малим и средњим предузећима.

Други циљ који је поставио Акциони план 2020 огледа се у ***обезбеђењу сигурнијег окружења за појединачну штедњу и дугорочно улагање***. Предвиђене су три конкретне мере. Пре свега, и поред

58 Акциони план 2020, 8.

59 О значају ове активности за даље финансирање малих и средњих предузећа вид. посебно C. Kumpan, 22–25.

60 G. Barba Navaretti *et* al., 146.

великих средстава појединачна улагања су релативно мала на укупном тржишту капитала, а постојећа не дају довољно користи њиховим улагачима. Такође су ограничена на националне оквире, будући да је тешко приступити упоредивим и јасним информацијама о конкурентним могућностима за улагање. Најзад, појединачни инвеститори и даље немају довољно знања и способности да би донели исправну информисану инвестициону одлуку, нарочито у погледу пензионих улагања. Стога је у оквиру овог циља предвиђено неколико корака који имају за циљ *унапређење улагања путем финансијске писмености грађана, јачање поверења у тржиште капитала; као и подршка појединцима кроз различите пензионе производе*. Предвиђено је да ће се размислити о развоју европског оквира за финансијску стручност, као и захтева да земље чланице промовишу мере у циљу финансијске едукације, нарочито у односу на одговорно и дугорочно инвестирање. Друга конкретна мера усмерена је на *измену постојећих правила о информисању појединачних улагача, тако да оно буде правично, јасно и са могућим поређењем понуђених инвестиционих производа*. Такође се предлаже и *једноставније информисање* мањим бројем података, нарочито онима који су усмерени ка искуснијим појединцима који улажу. Најзад, ту је истакнута и *потреба унапређења квалификација финансијских саветника*. Трећа активност која би нарочито помогла остварењу овог циља Акционог плана усмерена је на *пензионе производе и испитивање адекватности пензионих средстава у земљама чланицама уз развој система за њихово праћење за сваког појединца*. Такође је нужно *подстицање професионалних пензионих шема и развој њихове добре праксе*.

Најзад, трећи циљ остаје ***интеграција националних тржишта капитала у истински јединствено тржиште капитала***. Остварење овог циља већ се и раније показало као врло амбициозно и наишло је на бројне препреке. Упркос свим усвојеним мерама тржиште је остало подељено, са значајним разликама и степеном развијености у земљама чланицама широм Европе. У Акционом плану 2020 за остварење овог циља предвиђено је чак седам активности и мера којима би требало отклонити разлике у правном режиму или успостављеној пракси, нарочито присутној у области пореског, стечајног и компанијског права. Тако је предвиђено уклањање пореских препрека у случају прекограничног инвестирања ради чега се разматра о *заједничком стандардизованом систему пореских олакшица и ослобођења*. Такође је поновљен захтев ка смањењу разлика и постојећој неизвесности које проистичу из националних правила која уређују поступак стечаја. Иницијатива би била усмерена на *постизање минималне хармонизације или постизање заједничких решења у појединим важним питањима стечаја*. Овде је

такође предложена могућност *извештавања* у сарадњи са Европским надзорним телом из области банкарства, како би се омогућиле процене *ефективности националних режима у питању намирења потраживања* из уговора о кредиту. Истакнута је потреба једноставнијег учешћа акционара у раду друштва и вршењу њихових права, нарочито у прекограничном контексту. Стога се размишља о *дефинисању појма „акционара" на европском нивоу и даљој хармонизацији питања везаних за комуникацију инвеститора, финансијских посредника и издаваоца*, узимајући у обзир коришћење нових дигиталних технологија.[61] Посебно је истакнуто да је нужно поновити напоре да би се боље *уредило пружање прекограничних услуга у вези са тржовином хартијама од вредности*, на којима је својевремено већ инсистирао Акциони план 2015. Размотрена је могућност *објављивања консолидованих података о тржовини хартијама од вредности, нарочито о цени и обиму тржовине*, тако да ови подаци буду комплементарни са онима из предлога о увођењу јединственог места за приступ подацима о друштвима, о којима је већ било речи. *Заштита инвеститора* и олакшано улагање нарочито су дошли до изражаја последњих година након расправе о валидности билатералних инвестиционих уговора. Будући да су ова питања одлучујућа у функционисању јединственог тржишта капитала, њихово *унапређење и јачање* поставило се као нужно у остварењу циљева овог Акционог плана. Најзад, надзор над јединственим тржиштем све је важнији, будући да се оно развија и постаје све више интегрисано. Стога се оправдано размишља о озбиљнијем већем интегрисаном надзору на европском нивоу. Иако су мишљења о овом питању врло подељена, многи истичу да нема истински јединственог тржишта без обједињеног надзора.[62] За сада се предлаже *сачињавање јединствених правила о тржиштима капитала која се примењују непосредно*, а такође се предлаже *да се даље размотри ширење надлежности или појачана координација у надзору Европских надзорних тела*.

6. Резултати Акционог плана 2020

Резултати Акционог плана усвојеног 2020. године већ сада су видљиви и значајни. Годину дана од његовог доношења Европска комисија је објавила чак четири важна предлога прописа, сумирајући и остале

61 Критички, о границама задирања права финансијских тржишта у опште институте компанијског права вид. нарочито Eilis Ferran, „A Legal Framework for Financial Market Integration: Resetting the Agenda beyond the Sectoral Single Rulebook", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019, 56.

62 F. Allen, L. Pástor, 15.

резултате у свом годишњем извештају.[63] Овај „законодавни пакет“ обухватио је питања чији је циљ подстицај инвестирања и нарочито унапређење дугорочног одрживог инвестирања.

Први предлог чини пакет прописа – усвајање нове директиве и измена неколико већ постојећих директива и уредби и има циљ да успостави *европску платформу – Европско јединствено место за приступ подацима* од значаја за финансијске услуге, тржишта капитала и одрживост.[64] Циљ предложених правила пре свега је једноставан приступ подацима који су за сада у надлежности различитих тела на националном и европском нивоу на једном, централизованом месту. Осим једноставног приступа обједињеним подацима, предлог иде и корак даље, унапређујући начин на који је могуће приступити подацима (по природи ствари се сада инсистира на дигиталном приступу), а такође унапређује постојећа правила о обавезном објављивању правила кроз њихову лакшу доступност у погледу језика на коме су објављени и обима који је доступан. Финансијски и други подаци од значаја за одрживо пословање друштва и подаци о финансијским услугама и другим производима биће доступни током времена у неколико фаза, за сада је предвиђено да се омогуће до 2024. године, а окончају до 2026. године; уз могућност њихове дигиталне обраде и бесплатан отворени приступ. Тело које је надлежно за успостављање ове јединствене тачке предвиђено је да буде ESMA (Европско надзорно тело за хартије од вредности и тржишта капитала).

63 Унија тржишта капитала – годину дана након Акционог плана (European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Capital Markets Union – Delivering one year after the Action Plan*, COM(2021) 720 final, Brussels, 25. 11. 2021; даље у фуснотама: даље у фуснотама: Извештај Европске комисије 2021).

64 Формирање европске платформе, размене и вођења централизованих података предвиђено је трима прописима: Предлогу уредбе о успостављању европског јединственог места приступа којим се омогућава централизовани приступ јавно доступним информацијама од значаја за финансијске услуге, тржишта капитала и одрживост (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European single access point providing centralised access to publicly available information of relevance to financial services, capital markets and sustainability)*, COM(2021) 723 final, Brussels, 25. 11. 2021); Предлог директиве којом се мењају поједине Директиве у погледу успостављања и функционисања јединственог европског места за приступ (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending certain Directives as regards the establishment and functioning of the European single access point), COM(2021) 724 final*, Brussels, 25. 11. 2021); Предлог уредбе којом се мењају поједине Уредбе у погледу успостављања и функционисања јединственог европског места за приступ (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending certain Regulations as regards the establishment and functioning of the European single access point), COM(2021) 725 final*, Brussels, 25. 11. 2021).

Други предлог односи се на *измене постојећих правила о европским фондовима дугорочног инвестирања*.[65] Будући да ови фондови представљају алтернативу финансирању друштава уместо оног које долази од банака, несумњиво је да представљају важан део правила усмерених на остваривање циљева из Акционог плана. Правила из предлога имају циљ да обезбеде већу флексибилност у правилима улагања средстава из фондова, лакши приступ њиховим средствима уз адекватну контролу пословања ради заштите инвеститора.

Предвиђена је *измена правила која је уредила Директива која уређује друштва за управљање алтернативним инвестиционим фондовима*.[66] Предложена решења између осталог омогућавају непосредно позајмљивање средстава фонда, праћење и управљање ризицима и њихово унапређење, као и детаљније уређење могућности преноса појединих овлашћења друштва за управљање на трећа лица.

Најзад, последњи предлог обухватио је важне измене прописа (по први пут након њихове имплементације од 2018. године) *који уређују трговину финансијским инструментима – Директиве 2014/65/ЕУ (MiFID II), као и Уредбе (ЕУ) 600/2014 (MiFIR)*.[67] Пре свега су усмерене

65 Предлог уредбе којом се мењају одредбе Уредбе (ЕУ) 2015/760 у погледу обима прихватљиве имовине и улагања, састава портфолија и захтева диверсификације, позајмљивања новчаних средстава и других правила о фондовима, као и о условима који се односе на дозволу за рад, политику улагања и услове пословања европских фондова дугорочног инвестирања (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2015/760 as regards the scope of eligible assets and investments, the portfolio composition and diversification requirements, the borrowing of cash and other fund rules and as regards requirements pertaining to the authorisation, investment policies and operating conditions of European long-term investment funds)*, COM(2021) 722 final, Brussels, 25. 11. 2021).

66 Предлог директиве којом се мењају одредбе Директиве 2011/61/ЕУ и 2009/65/ЕС у погледу преноса овлашћења, управљања ризиком ликвидности, надзорном извештавању, одредбама о пружању услуга депозита и кастоди услугама, као и могућностима позајмљивања средстава алтернативних инвестиционих фондова (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2011/61/EU and 2009/65/EC as regards delegation arrangements, liquidity risk management, supervisory reporting, provision of depositary and custody services and loan origination by alternative investment funds)*, COM(2021) 721 final, Brussels, 25. 11. 2021).

67 Предлог уредбе којом се мењају одредбе Уредбе (ЕУ) 600/2014 у погледу подстицања тржишних података о друштвима, уклањању препрека за успостављање консолидоване објаве, побољшање обавеза трговања и забрану пријема плаћања за прослеђивање налога клијената (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 600/2014 as regards enhancing market data transparency, removing obstacles to the emergence of a consolidated tape, optimising the trading obligations and prohibiting receiving payments for forwarding client orders)*, COM(2021) 727 final, Brussels, 25. 11. 2021); као и Предлог директиве којом се мења Директива 2014/65/ЕУ о тржиштима финансијских инструмената (*Proposal for a*

на већу транспарентност података, на првом месту оних у погледу обима и цене трговања финансијским инструментима. Такође се измене тичу и јаснијег уређења плаћања накнада за финансијске услуге, као и јаснијих услова под којима се тргује на различитим тржиштима капитала широм Европе.

V Поглед у будућност

Резултати Акционог плана 2020. не могу и даље да се сагледају. Пре свега, Европска комисија најавила је усвајање бројних мера и прописа током ове године, настављајући да испуњава конкретне активности из Акционог плана.

Међу њима нарочито треба истаћи рад на једноставнијем уређењу услова за пријем на регулисана тржишта, што је нарочито важно за финансирање малих и средњих предузећа и њихов даљи раст. Такође имају изузетан значај за даљи развој целокупног тржишта капитала и глобално позиционирање европских друштава.[68]

Други важан пројекат који је најављен за ову годину успоставиће оквир отвореног финансирања – како би омогућио пружаоцима финансијских услуга да размењују и користе своје податке како би даље унапредили своје услуге и производе. Овај оквир не пружа корист само финансијским институцијама, већ и корисницима, којима је на овај начин омогућено лакше поређење финансијских услуга и услова под којима се пружају, како би највише одговарали њиховим потребама.[69]

У сарадњи са земљама чланицама, као и Организацијом за економску сарадњу и развој, Европска комисија спрема оквир финансијске едукације одраслих, како би лакше могли да разумеју постојеће инвестиционе и пензионе производе и донесу разумну информисану одлуку о својим личним финансијама.[70] Одмах након тога, овај оквир развијаће се и за млађу популацију.

Такође се међу новим иницијативама налази и онај део плана у вези са уједначавањем правила стечајног права. Посао је, за разлику од других задатака, дугорочан и политички осетљив, те је нужно његово одмерено планирање. За почетак се предвиђа израда студије изводљивости која би требала да укаже на кључна питања у којима би било пожељно хармонизовано уређење појединих питања или праксе у

Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments), COM(2021) 726 final, Brussels, 25. 11. 2021).

68 Извештај Европске комисије 2021, 7.

69 *Ibid.*, 7.

70 *Ibid.*, 8.

поступању у стечајним поступцима. Иако је планирано да се о њима сачини предлог директиве, могуће је и истовремено усвајање препорука у питањима у којима није нужно или могуће извршити хармонизацију.[71]

Из свега изложеног јасно је да постоји већ много мера и активности које ће у будућности даље развити тржишта капитала и унапредити њихову интеграцију. Ипак, унија тржишта капитала са собом носи значајну економску и политичку сложеност, те је разумљиво да ову идеју није једноставно остварити ни у кратком, нити у средњем року.[72] Многи аутори већ дуго су истицали да је политика неких земаља чланица ЕУ била таква да начелно подржавају унију тржишта капитала, док, са друге стране, њихове националне реформе често имају управо супротан ефекат, и штите домаће институције и структуре, нарочито оне у оквиру свог банкарског система.[73] Услед тога за успешно функционисање уније тржишта капитала и даље остаје кључна улога и подршка земаља чланица, као и других носилаца интереса.[74] Након усвајања прописа и других аката ЕУ, од кључног значаја за њихово спровођење и коришћење остаје воља свих заинтересованих учесника на европским тржиштима капитала.

VI Закључак

Успостављање уније тржишта капитала представља целовиту, свеобухватну и дугорочну структурну реформу на нивоу ЕУ. Реч је о једном од неколико тренутно највећих и водећих пројеката Европске комисије, који имају за циљ развој целокупне европске привреде уз већу отпорност на будуће изазове. Идеја интеграције тржишта у истински европско јединствено тржиште капитала подразумева пре свега могућност приступа финансијама и могућностима штедње и улагања за све учеснике на тржишту, без обзира на то из које земље чланице ЕУ они потичу и где се налазе. Док са једне стране успостављање уније тржишта капитала има бројне предности – за привредне субјекте у виду додатног финансирања, за појединце и потрошаче – у виду нових инвестиционих прилика, као и друштва као целине; толико има и негативних страна – у ризицима који прате тржишта капитала.

71 Вид. више *Ibid.*

72 A. Perrone, 3.

73 N. Dorn, 189, посебно наводећи: Iain Hardie, Huw Macartney, „Too Big to Separate? A French and German defence of their biggest banks", *Finance Watch*, 26 March 2015, доступно на адреси: *https://www.finance-watch.org/too-big-to-separate-a-french-and-german-defence-of-their-biggest-banks/*, 1. 10. 2022, интернет извор без странице.

74 Извештај Европске комисије 2021, 6.

Пројекат формирања и функционисања уније тржишта капитала је скуп међусобно повезаних делова – сегмената, који граде једну целину. Замишљен је као комплементарна системска реформа у којој су пре свега јасно истакнути најважнији видови и облици финансирања које треба подстицати. Дефинисано је у које пословне форме (мала и средња предузећа, јавна друштва) и које типове инвестиција вреди улагати (одрживе, дугорочне, инфраструктурне; а онда такође и у савремене дигиталне пројекте). Затим су предвиђени комплементарни извори финансирања који би нарочито обезбедили средства за улагање у ове видове и облике финансирања (приватно и институционално инвестирање).

За реализацију овог пројекта нужно је време и нарочито сарадња свих учесника на тржишту – не само европских институција и држава чланица, већ нарочито привредних субјеката, улагача, потрошача. Отуд успостављање, а нарочито функционисање уније тржишта капитала и даље остаје неизвестан подухват и велики изазов који се налази пред Европом.

Коришћена литература

Allen Franklin, Pástor Luboš, „Capital Markets Union: Key Challenges", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019.

Barba Navaretti Giorgio, Calzolari Giacomo, Ottaviano Gianmarco, Franco Pozzolo Alberto, „Capital Markets Union and Growth Prospects for Small and Medium-Sized Enterprises", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019.

Berrigan John, „Closing remarks at High-Level Conference Capital Markets Union: investing for a stronger, prosperous and sustainable European Union", 1. 6. 2022, доступно на адреси: *https://finance.ec.europa.eu/events/capital-markets-union-investing-stronger-prosperous-and-sustainable-european-union-2022–06–01_en*, 1. 10. 2022.

Dell'Ariccia Giovanni, „A Capital Market Union: A Few Thoughts", *The new financial architecture in the Eurozone* (eds. Franklin Allen, Elena Carletti, Joana Graz), European University Institute, Florence, 2015.

Ferran Eilis, „A Legal Framework for Financial Market Integration: Resetting the Agenda beyond the Sectoral Single Rulebook", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos,

Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019.

Hardie Iain, Macartney Huw, „Too Big to Separate? A French and German defence of their biggest banks", *Finance Watch*, 26 March 2015, доступно на адреси: *https://www.finance-watch.org/too-big-to-separate-a-french-and-german-defence-of-their-biggest-banks/*, 1. 10. 2022.

Kalss Susanne, „The Promotion of Small and Medium-Sized Companies Acting as a Catalyst for European Capital Markets Law?", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019.

Kotta Kyriakou Thomais, „Harmonizing Corporate Actions for the Achievement of a Capital Markets Union: An analysis of the Shareholders' Rights Directive, the Green Paper 'Building a Capital Markets Union' and TARGET2-Securities", *European Company Law Journal*, Nr. 3/2017.

Kumpan Christoph, „Die Europäische Kapitalmarktunion und ihr Fokus auf kleinere und mittlere Unternehmen", *Zeitschrift für Unternehmens– und Gesellschaftsrecht*, Nr. 1/2016.

Langenbucher Katja, „Building a Capital Market – the Final Report of the High Level Forum on the EU Capital Market Union", *European Company and Financial Law Review*, Nr. 6/2020.

Lannoo Karel, „Which Union for Europe's Capital Markets?", *ECMI Policy Brief*, Nr. 22/2015, доступно на адреси: *https://www.ceps.eu/download/publication/?id8811&pdfECMI%20PB22%20KL%20Capital%20Union%20final.pdf*, 1. 10. 2022.

Perrone Andrea, „Capital Markets Union: A Proposal for Action", *Orizzonti del Diritto Commerciale*, Nr. 3/2016, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract3389427*, 1. 10. 2022.

Pietrancosta Alain, „Recent Initiatives in Favor of Listed and Nonlisted Small and Medium-Sized Enterprises: A Legal Perspective", *Capital Markets Union and Beyond* (eds. Franklin Allen, Ester Faia, Michael Haliassos, Katja Langenbucher), The MIT Press Cambridge, Massachusetts – London, England, 2019.

Ringe Wolf-Georg, „Capital Markets Union for Europe – A Political Message to the UK", University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 26/2015, March 2015, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract2575654*, 1. 10. 2022.

Совиљ Ранко, „Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?", *Право и привреда*,

бр. 2/2022. (Совиљ Ранко, „Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?“, *Право и привреда*, бр. 2/2022)

Schammo Pierre, „Capital Markets Union and Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs): A Preliminary Assessment“, *The new financial architecture in the Eurozone* (eds. Franklin Allen, Elena Carletti, Joana Graz), European University Institute, Florence, 2015.

Schammo Pierre, „Market Building and the Capital Markets Union: Addressing Information Barriers in the SME Funding Market“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 2/2017.

***Tatjana* JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD**
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

FOSTERING OF THE EU CAPITAL MARKETS UNION

Summary

In this paper the author presents an overview of the idea of forming and strengthening the capital markets union (CMU) – an ambitious political, economic and legal project of the EU. This idea, aimed at the formation of a single European capital market, has so far been implemented through numerous legal reforms and other activities and measures. Significant changes were made to the current legal framework of financial markets, especially capital markets, and no important topic in this area has been bypassed.

The paper aims to familiarize domestic public with the idea of creating the EU CMU. It also provides a comprehensive view of the reasons that led to reform and its implementation in the EU so far, as well as expected further reforms. The domestic public is given the opportunity to look at the EU CMU idea in order to follow reforms in the Republic of Serbia with greater understanding.

Key words: *EU. – Capital Markets Union. – Single Market. – Action Plan for the Formation of the Capital Markets Union 2015 – Action Plan 2020.*

Датум пријема рада: 15. 11. 2022.
Датум прихватања рада: 19. 12. 2022.

УДК: 347.77/.78:004.738.5 ; 004.7:339
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22402A

др *Јелена* ЋЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ*
професор и научни саветник Института за упоредно право у Београду, Србија

МЕТАВЕРЗУМ, НЕЗАМЕНЉИВИ ТОКЕНИ И ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ – ПРАВНИ АСПЕКТИ

Сажетак

Метаверзум је концепт сајбер простора изграђен на постојећој инфраструктури интернета користећи нове технологије, као што су блокчејн технологија, криптовалута и незаменљиви токени. У метаверзуму ће људи, различити облици алгоритама и вештачке интелигенције комуницирати у виртуелној реалности. Међу активностима које ће обављати сладају и куповина и продаја робе и услуга из стварног света и метаверзума. Стога ће улазити у правне спорове, као у стварном свету. Право жига има одлучујућу улогу у развоју и заштити бренда у виртуелној реалности. У раду је најпре размотрен појам незаменљивог токена. Затим је анализирана заштита жига у метаверзуму. Посебна пажња посвећена је Смерницама Завода за интелектуалну својину ЕУ из јула 2022. године о класификацији виртуелне робе и незаменљивих токена. Најослетку је представљен предмет из судске праксе САД – Hermès Int'l v. Rotschild, у коме се суд први пут изјаснио у вези са применом

* Електронска адреса аутора: *ceranicj@gmail.com*.

жиговног права у метаверзуму. Ова одлука пружа смернице судовима како да третирају ово питање убудуће.

***Кључне речи**: Метаверзум. – Незаменљиви токени. – Жигом заштићене ознаке. – Виртуелна реалност. – Интелектуална својина.*

I Уводне напомене

Развој дигиталне технологије крајем 20. и почетком 21. века допринео је убрзању протока информација превасходно захваљујући глобалној рачунарској мрежи – интернету. Најразличитији садржаји постали су путем интернета глобално доступни.

Од почетка масовног коришћења интернета, почетком новог миленијума, развој нових технологија додатно је убрзан. Тековине те динамике развоја су и блокчејн технологија,[1] паметни уговори,[2] незаменљиви токени,[3] вирутелна реалност,[4] па и најновији метаверзум.

---

1 *Blockchain* или *digital ledger*, како га још називају, јесте децентрализована база дигиталних података, која користи криптографске алгоритме за бележење и потврђивање промета информација на мрежи. Може бити дефинисана и као дистрибуирана, дељена, шифрована база података, која служи као јавно складиште информација које није подложно накнадним променама и преправкама. Драган Милић, „Могућности примене блокчејн технологије у ауторском праву", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 125.

2 Паметни уговор (енг. *smart contract*) је у основи софтверски код који покреће трансакције уколико дође до испуњености услова који су у самом коду одређени. Они најчешће садрже инструкције у форми ако/онда, примера ради – уколико се на одређени рачун плати дата вредност криптовалуте, онда се омогућава приступ одређеном дигиталном садржају/примерку дела. Предност паметних уговора је што се њима аутоматизују процеси који се иначе одвијају уз знатан утрошак трансакционих трошкова. Мина Јовановић, „Право жига и незамењиви токени (НФТ)", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 116.

3 Технички појам токена подразумева низ дигиталних информационих јединица изражених у форми софтверског кода. Код садржи дигитални запис о одређеној вредности, забележен на блокчејну криптографским протоколом (*Ibid.*, 118).

4 Развој дигиталне технологије допринео је стварању новог облика социјалне и економске размене у виртуелној реалности. Захваљујући специјалној опреми, виртуелна реалност, као тродимензионална слика коју генеришу рачунари, омогућава комуникацију на наизглед стваран или физички начин. Јелена Ћеранић Перишић, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 95.

Метаверзум се укратко може описати као дигитална реалност повезана у светској мрежи, али са елементима друштвених мрежа, „проширене" стварности и видео игрица.[5] Метаверзум је колективни, виртуелни, 3Д простор у коме се људи слободно крећу и комуницирају једни с другима преко својих аватара.[6] [7]

За разлику од већ познатих и популарних светова виртуелне реалности, као што су Други живот (енг. *Second Life*), Мајнкрафт (енг. *Minecraft*) или Роблокс (енг. *Roblox*), који постоје сваки за себе, метаверзум није ограничен на једну платформу, већ ће се састоји од различитих платформи. Његова децентрализација је од кључне важности.[8] Подаци, објекти и садржаји би требало да буду интероперабилни како би се успоставио функционалан економски систем у коме су власништво и улагање могући.[9]

Веза са метаверзумом се ствара преко већ познатих наочара виртуелне реалности или уз помоћ проширене стварности.[10] Дакле, не гледате само у екран, већ заправо уроните у свет и контролишете свог аватара у метаверзуму сопственим покретима. Како је оснивач фејсбука (*Facebook*), Марк Закерберг (*Mark Zuckerberg*), описао: „Метаверзум је отелотворени интернет у коме се налазите, а не гледате га само."[11]

Дакле, метаверзум је концепт сајбер простора изграђен на постојећој инфраструктури интернета користећи нове технологије, као што су блокчејн технологија, криптовалута и незамењиви токени. У метаверзуму ће људи и различити облици алгоритама и вештачке интелигенције комуницирати у проширеној реалности, бавити се образовањем,

5 DW, Шта је метаверзум који нам прави Фејсбук који се неће више тако звати, а и остали?, доступно на адреси: *https://www.dw.com/sr/%C5%A1ta-je-metaverzum-koji-nam-pravi-fejsbuk-koji-se-vi%милионске износе. Продају се фотографије или уметничка дела. C5%A1e-ne%C4%87e-tako-zvati-a-i-ostali/a-59562742*, 9. 8. 2022.

6 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, доступно на адреси: *https://www.irglobal.com/article/the-controverse-matter-of-the-metaverse-trade-mark-protection-of-digital-products-in-the-virtual-world/*, 11. 8. 2022.

7 У метаверзуму се може живети на дигитални анимирани начин. Примера ради, након куповине дигиталних патика у омиљеној виртуелној радњи, можете отићи на пословни састанак са колегама и седети за виртуелним столом. Такође може се отићи у виртуелну докторску ординацију и увече у дигитално позориште.

8 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, интернет извор без броја стране.

9 *Ibid.*

10 Ј. Ћеранић Перишић, 95–96.

11 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, интернет извор без броја стране.

бизнисом, игрицама, спортом, забављати се, куповати и продавати робу и услуге из стварног света и робу и услуге из метаверзума. Самим тим отвараће се различита правна питања и долазиће до спорова, баш као и у стварном свету. Наиме, у будући метаверзум могле би да се „сместе"[12] готово све врсте легитимних и криминалних људских активности. Осим кривичних дела која укључују телесне повреде, листа правних проблема је бесконачна.[13]

Нове технологије, као што су блокчејн технологија, криптовалута и незамењиви токени доприносе развоју метаверзума. Метаверзум има своју економију у оквиру које се тргује физичким добрима и дигиталним предметима на истим тржиштима, понекад са физичком робом из стварног света која има дигиталног „близанца" у метаверзуму. У трговини се користе криптовалуте од који су најпознатије биткоин, догекоин и етхереум. Брендови постају активни у развоју економије метаверзума, као што су и у физичком свету.[14]

Различити облици комуникације у метаверзуму отварају низ правних питања у вези са интелектуалном својином, али и незаконитим активностима унутар метаверзума. У раду су најпре размотрени незаменљиви токени. Након тога, анализиране су могућности заштите жига у метаверзуму. Посебна пажња посвећена је Смерницама које је издао Завод за интелектуалну својину ЕУ у јулу 2022. године у вези са класификацијом виртуелне робе и незаменљивих токена. Напослетку је представљен предмет из судске праксе САД – *Hermès Int'l v. Rotschild*, у оквиру кога се суд први пут изјаснио у вези са применом жиговног права у метаверзуму. Ова одлука Окружног суда веома је значајна јер пружа корисне смернице судовима како да третирају ово питање убудуће.

II Незаменљиви токени

Иако незаменљиви токени **(енг. *non-fungible token – NFT*)** постоје од 2014. године, њихова популарност почела је да расте у 2020. години.[15] Продаја незаменљивих токена достигла је највиши ниво у 2021. години, попевши се са 94,9 милиона долара у 2020. години на 24,9 милијарди

12 Michael D. Murray, „Trademarks, NFT's, and the Law of the Metaverse", доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4160233*, 11. 8. 2022.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 Elizabeth Howcroft, „NFT Sales Hit $25 Billion in 2021, But Growth Shows Signs of Slowing", *Reuters*, доступно на адреси: *https://www.reuters.com/markets/europe/nft-sales-hit-25-billion-2021-growth-shows-signs-slowing-2022–01–10/*, 11. 8. 2022.

долара 2021.[16] Нагло интересовање за незаменљиве токене отворило је низ правних питања, од који се многа тичу права интелектуалне својине, пре свега права жига и ауторских права.[17]

Да би се боље разумео појам незаменљивог токена, требало би поћи од појма токена уопште. Технички појам токена подразумева низ дигиталних информационих јединица изражених у форми софтверског кода. Код садржи дигитални запис о одређеној вредности, забележен на блокчејну криптографским протоколом. Правно гледано, токени су дигитални запис имовине одређене вредности – то може бити право, материјална или нематеријална ствар.[18]

Поступак у коме се одређена имовина везује за токен назива се токенизација (енг. *minting*), отпремањем токена. Свакако најпознатији токен је биткоин, криптовалута која је настала у циљу поједностављења финансијских трансакција и елиминације посредника у виду банака и других учесника чије услуге стварају додатне трошкове за учеснике трансакције. У контексту блокчејн технологије и њене основне предности која се огледа у гаранцији тачности информације која се преноси, несумњиво је да токени имају посебну улогу у било каквим вредносним размена које се врше употребом блокчејна.[19]

Иако не постоји јединствена класификација врста токена, они се најчешће деле на заменљиве и незаменљиве токене. Суштинска разлика између заменљивих и незаменљивих токена аналогна је разлици која постоји између, примера ради, новца и одређеног уметничког дела. У том контексту, једна новчаница од сто динара може се заменити са две новчанице од педесет динара, а уметничко дело је јединствено и самим тим и незаменљиво. Заменљиви токени нису јединствени, имају променљиву садржину и могу се заменити за друге токене исте врсте. Незаменљиви токени су јединствени и не могу се заменити. Управо због тога незаменљиви токени су посебно вредни. Токени који служе за плаћања су увек заменљиви токени, док токени који представљају неки други облик имовине (интелектуалног добра), могу бити и заменљиви и незаменљиви, у зависности од околности, тачније од паметног уговора који је за њега везан.[20]

16 *Ibid.*

17 Emily Behzadi, „The Fiction of NFTs and Copyright Infringement", *University of Pennsylvania Law Review*, Online's Vol. 170, 2022, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4025604*, 10. 8. 2022.

18 М. Јовановић, 117.

19 *Ibid.*, 118.

20 *Ibid.*

Битно је нагласити да токен није исто што и дигитални садржај (на пример, ознака, песма, фотографија), већ је токен дигитални запис који је везан за предметни садржај услед чега такав дигитални примерак постаје јединствен у дигиталном свету.[21]

III Заштита жига у метаверзуму

Интелектуална својина има вредност како у физичком, тако и у виртуелном свету.[22] У контексту виртуелне реалности и метаверзума, право жига има одлучујућу улогу, пре свега у развоју и заштити бренда у виртуелној реалности. Трка за позиционирањем у метаверзуму, нарочито у светлу модне виртуелне индустрије, је у току. С тим у вези отвара се веома изазовно питање, а то је како заштити жиг у метаверзуму?

У редовима који следе најпре је размотрена регистрација ознака за виртуелну робу и услуге на основу Ничанске класификације, другим речима представљено је које су могућности титулара жигом заштићених ознака у погледу њихове регистрације у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум. Након тога анализирана је актуелна ситуација, у смислу да је испитано на који начин титулари жигом заштићених ознака користе могућности предвиђене Ничанском класификацијом у САД и ЕУ. Напослетку су представљене Смернице које је у јулу 2022. године усвојио Завод за интелектуалну својину ЕУ у погледу класификације виртуелне робе и незаменљивих токена.

1. Регистрација ознака за виртуелну робу и услуге на основу Ничанске класификације

У Европској унији жиг се стиче регистрацијом ознаке код Завода за интелектуалну својину Европске уније (енг. *European Union Intellectual Property Office* – EUIPO). У Сједињеним Америчким Државама жиг се стиче употребом, што представља посебност англосаксонског права. Иако и у САД постоји регистрација ознаке код Завода за патенте и жигове САД (енг. *United States Patent and Trademark Office* – UPSTO), регистрација нема конститутивно дејство, већ је само деклараторне природе.[23]

21 *Ibid.*

22 Magham McDowell, „How to trade metaverse", доступно на адреси, *https://www.vogue-business.com/technology/how-to-trademark-the-metaverse*, 9. 8. 2022.

23 Слободан С. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 142.

Захтев за регистрацијом ознаке би требало да садржи *inter alia* листу робе/услуга на основу Ничанског споразума о међународној класификацији робе и услуга ради регистровања жигова од 15. јуна 1957. године, ревидираног у Стокхолму 14. јула 1967. године и Женеви 14. маја 1977. године и измењеног 28. септембра 1979. године.[24] Ничански споразум предвиђа међународну класификацију робе и услуга и садржи 34 класе робе и 11 класа услуга наведене абецедним редом са објашњењем која роба или услуга припада којој класи. Када се производ не може класификовати у неку посебну класу, по аналогији ће потпасти под друге упоредиве готове производе, под условом да се довољно јасно може одредити обим заштите.

Емпиријски подаци скупљени онлајн претрагом базе о жигом заштићеним ознакама Светске трговинске организације (енг. *World Trade Organisation – WIPO*) на основу кључне речи „виртуелна роба" указују на то да су жигом заштићене ознаке које се користе у вези са виртуелном робом/услугама регистроване у различитим класама Ничанске класификације. Ипак, већина њих регистрована је у оквиру класе 9 и/или класе 42 Ничанског споразума, понекад и у комбинацији са другим класама. У образложењу је предвиђено да класа 9 Ничанског споразума укључује *inter alia* све рачунарске програме и софтвере. Требало би напоменути да програмирање софтвера није укључено у класу 9, већ носачи програма који могу бити у форми тиска, траке, или нематеријалне ствари које се могу преузети (енг. *downloadable intangible items*). Завод за интелектуалну својину ЕУ такође упућује подносиоце захтева да региструју виртуелну робу у оквиру класе 9.[25]

Ипак, чини се да начин на који је жиговно право конципирано није адекватан да заштити ознаке у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум. Виртуелна роба још није уврштена у Ничански споразум, а регистрација ознака које се користе у виртуелној реалности почива на постојећој листи робе и услуга Ничанског споразума. Стога се последњих неколико година у научној и стручној јавности све чешће може чути да би питање коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум, требало правно регулисати, узимајући у обзир специфичности виртуелне реалности и метаверзума. Као једно од могућих решења истицано је стварање нових класа у оквиру Ничанског

24 Закон о потврђивању Ничанског споразума о међународној класификацији робе и услуга ради регистровања жигова од 15. јуна 1957. године, ревидираног у Стокхолму 14. јула 1967. године и Женеви 14. маја 1977. године и измењеног 28. септембра 1979. године, *Службени ɪласник РС – Међународни уɪовори*, бр. 19/2010.

25 Ј. Ћеранић Перишић, 100.

споразума за одговарајућу виртуелну робу/услуге из стварног света у којима би њихова јединствена природа била добро објашњена.[26]

Напокон, у јулу 2022. године Завод за интелектуалну својину ЕУ усвојио је смернице у вези са класификацијом виртуелне робе и незамењивих токена.[27] Завод се ипак није определио за стварање нове класе, за шта се залагао део научне и стручне јавности,[28] већ за проширење класе 9 Ничанског споразума.

2. Регистрација ознака за виртуелну робу у Европској унији и Сједињеним Америчким Државама

Повећање захтева за заштиту интелектуалне својине, пре свега захтева за регистрацију ознака за виртуелну робу, указује да пословање у виртуелном свету постаје све значајније за брендове, штавише неопходно је да би они остали релевантни и конкурентни.[29]

Међутим, с обзиром на децентрализовано тржиште у метаверзуму којим се још увек прилично тешко управља, опасност од повреде жига и штете по углед бренда расте. Дигиталну робу је чак лакше фалсификовати од физичке. Довољно је неколико кликова мишем.[30]

С тим у вези, титулари жигом заштићених ознака, иако имају регистроване жигове у стварном свету, постају свесни да то није довољно за ефикасну заштиту у метаверзуму. Чак и када компанија која је титулар одређеног жига још није активна у метаверзуму, њени производи могу пронаћи „пут у дигитални свет“[31] и ставити је пред низ изазова.

Поставља се питање да ли су могућности за регистрацију ознака за виртуелну робу која ће се користити у метаверзуму идентичне у свим земљама потписницама Ничанског споразума. Пошто би таква упоредноправна анализа превазилазила оквире овог рада, биће, као

26 Nensi Seferi, „Protecting trade marks in virtual reality“, *Maastricht University Blog*, 2021, доступно на адреси: *https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2021/12/protecting-trade-marks-virtual-reality*, 11. 8. 2022.

27 EUIPO, Virtual goods, non/fungible tokens and Metaverse, доступно на адреси: *https://euipo.europa.eu/ohimportal/en/news-newsflash/-/asset_publisher/JLOyNNwVxGDF/content/pt-virtual-goods-non-fungible-tokens-and-the-metaverse*, 12. 8. 2022.

28 Nensi Seferi, „Trade mark law and the interplay between the virtual and real world“, доступно на адреси: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3961730*, 2021, 12. 8. 2022; N. Seferi (2021a); Ј. Ћеранић Перишић, 108–109.

29 M. McDowell, интернет извор без броја стране.

30 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, интернет извор без броја стране.

31 *Ibid.*

репрезентативниузорци, размотрени примери Европске уније и Сједињених Америчких Држава. Хармонизовано европско жиговно право нуди предност у односу на амерички систем. У САД компаније морају да региструју жигове за виртуелну робу на основу „намере да је користе", јер још увек не користе жиг у метаверзуму. Поступак регистрације жига се тада не завршава, у смислу да се жиг сматра регистрованим тек након комерцијалне употребе, до чега мора доћи у року од три године од подношења захтева за регистрацијом. У европском жиговном праву, с друге стране, нема потребе да се доказује коришћење жига у метаверзуму у тренутку подношења захтева за регистрацију. Титулари жигом заштићених ознака имају грејс период од пет година да почну да користе регистровани жиг у метаверзуму.[32] Дакле, титулари жигова у ЕУ су ипак у повољнијој позицији у односу на титуларе у САД.[33]

Према мишљењу дела научне и стручне јавности, сваки бренд би требало да пријави своју ознаку за заштиту жигом и у метаверзуму. Док закони тек треба да „сустигну метаверзум",[34] релевантно је неколико уобичајених класа, превасходно класа 9, али и класе 35, 41 и 42 које обухватају виртуелну робу и услуге.[35]

Предвиђа се да ће тржишна вредност метаверзума до 2024. године достићи износ од 708 милијарди евра.[36] С тим у вези, велики број титулара жигом заштићених знака, пре свега компанија из модне индустрије, увиђа значај овог потпуно новог тржишта за пласман својих (дигиталних) производа. Као и у стварном животу, право жига игра одлучујућу улогу у заштити и развоју брендова у виртуелном паралелном универзуму. У том погледу, није изненађујуће да су велике компаније као што су, на пример, Најк (*Nike*), Конверс (*Converse*), Аберкромби енд Фич (*Abercrombie & Fitch*), и многе друге проширile заштиту жигова код Завода за патенте и жигове САД експлицитно и за дигиталне производе и поднеле захтеве за заштиту ознака у оквиру класа 9, 35, 41 и 42. У Заводу за интелектуалну својину ЕУ, такође, већ постоје захтеви за „виртуелну робу која се може преузети" и незамењиве токене у класама 9, 18 или 25 или за одговарајуће услуге у класама 35 и 41 (на пример, онлајн радње за виртуелну робу).[37]

32 С. Марковић, Д. Поповић, 151.

33 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, интернет извор без броја стране.

34 *Ibid.*

35 Ј. Ћеранић Перишић, 99–102.

36 IR Global, The Controverse Matter of Metaverse: Trade mark protection of digital products in the virtual world, интернет извор без броја стране.

37 *Ibid.*

3. Смернице Завода за интелектуалну својину ЕУ о класификацији виртуелне робе и незаменљивих токена

Као одговор на нагли пораст пријава за заштиту ознака жиговима који садрже термине који се односе на виртуелну робу и незаменљиве токене, Завод за интелектуалну својину ЕУ је у јулу 2022. године изнео предлог о приступу класификацији виртуелне робе и незаменљивих токена у оквиру Нацрта смерница за 2023. годину.[38]

Завод за интелектуалну својину дефинише незаменљиве токене као „јединствене дигиталне сертификате регистроване у блокчејну, који потврђују аутентичност дигиталних предмета, али се разликују од тих дигиталних предмета".[39]

Завод за интелектуалну својину ЕУ стоји на становишту да виртуелна роба и незаменљиви токени спадају у класу 9 Ничанске класификације. То је зато што се третирају као дигитални садржај или слике. Услуге које се односе на такву робу биће класификоване у складу са постојећом праксом.

Дакле, виртуелна роба припада класи 9 јер се третира као дигитални садржај или слике. Међутим, термину виртуелна роба недостаје јасноћа и прецизност, те се мора даље прецизирати навођењем садржаја на који се односи (нпр. виртуелна роба која се може преузети, односно виртуелна одећа). За незаменљиве токене, дигитални предмет који је незаменљиви токен потврдио, мора бити одређен.

У дванаестом издању Ничанске класификације, које ће бити објављено 2023. године, у оквиру класе 9 биће додат термин „дигиталне датотеке које се могу преузети потврђене незаменљивим токенима" (енг. *downloadable digital files authenticated by non-fungible tokens*). Незаменљиви токени се третирају као јединствени дигитални сертификати регистровани у блокчејн технологији, који потврђују аутентичност дигиталних предмета, али се разликују од тих дигиталних предмета. За Завод за интелектуалну својину ЕУ термин незаменљиви токени није довољан. Мора се навести тип дигиталног предмета чију аутентичност незаменљиви токен потврђује. Услуге које се односе на виртуелну робу и незаменљиве токене биће класификоване у складу са утврђеним принципима класификације услуга.[40]

Све већи обим оваквих захтева показује да су незаменљиви токени драгоцено средство за препознавање бренда и стицање заштите за

38 EUIPO, Virtual goods, non/fungible tokens and Metaverse, интернет извор без броја стране.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

интелектуалну својину. За брендове ће у будућности бити од виталног значаја да штите и контролишу своје робне марке у метаверзуму.

IV Предмет *Hermès Int'l v. Rotschild*

Први спорови у вези са употребом жигова у промету незаменљивим токенима у метаверзуму појавили су се након великих остварених профита који су привукли пажњу титулара жигом заштићених ознака.

Спор који је изазвао највише пажње у вези са употребом ознаке за обележавање токенизоване робе у метаверзуму тиче се модне индустрије. Реч је о жигом заштићеној ознаци чувеног француског произвођача торби и модних аксесоара – Хермес (франц. *Hermès*). Овај бренд који послује више од једног века и присутан је у преко четрдесет држава света важи за један од најпознатијих светских произвођача луксузне робе. Просечна цена по комаду производа (женске торбе) износи неколико хиљада евра. Компанија Хермес је између осталог носилац жига Биркин, како се и назива један од најпознатијих модела кожне женске торбе. Биркин торбе симбол су луксуза и престижа.

Уметник Мејсон Ротчајлд (*Mason Rotschild*) употребио је ознаку МетаБиркин (*MetaBirkin*) за обележавање незаменљивих токена који за предмет имају виртуелне торбе, веома сличног изгледа као Хермесове ташне. Ротчајлдово уметничко дело – незаменљив токен, инспирисано Хермесовом Биркин торбом, продато је у јуну 2021. године за 23.500 америчких долара. Након тога, уметник је лансирао нову колекцију у децембру 2021. године. Једна од торби продата је за 47.000 америчких долара на онлајн тржишту *OpenSpace*.[41] Безобразни фалсификат или иновативна онлајн уметност? Компанија Хермес јавно се огласила истичући да незаменљиви токени повређују права интелектуалне својине и права жига компаније Хермес и да су пример кривотворених (фалсификованих) Хермесових производа у метаверзуму. Осим тога, компанија Хермес је уметнику Ротчајлду послала писмо чија би се садржина могла свести на две речи „прекини и одустани".[42]

1. Тужба компаније Хермес

Компанија Хермес поднела је и тужбу надлежном суду у Њујорку.[43] Тужила је уметника Мејсона Ротчајлда за производњу и продају

41 Madison Yoder, „An 'OpenSea' of Infringement: The Intellectual Property Implications of NFTs", *Cincinnati Intellectual Property & Computer Law Journal*, Vol. 6, Nr. 2/2022, доступно на адреси: *https://scholarship.law.uc.edu/ipclj/vol6/iss2/4*, 11. 8. 2022.

42 M. McDowell, интернет извор без броја стране.

43 Окружни суд, *Hermès International et al. v. Rothschild* case (Case No. 22-CV-384 (JSR)).

незаменљивих токена које је назвао МетаБиркинс, од којих је сваки дигитална слика Хермесове Биркин ташне као да је од крзна. У тужби се такође тврди да продаја ових МетаБиркинс незаменљивих токена нарушава и разводњава Хермесову жигом заштићену ознаку Биркин, лажно указује на порекло незаменљивих токена као да су дигитални производи које је одобрила компанија Хермес и повређује (нарушава) пословни углед компаније Хермес. Компанија Хермес такође је тужила уметника због сајберсквотинга,[44] јер је Ротчајлд користио име домена *metabirkins.com* за веб сајт на коме је нудио незаменљиве токене.

2. Захтев за одбацивањем тужбе

Уметник Мејсон Ротчајлд затражио је одбацивање тужбе. Ротчајлд се позвао на слободу уметности на основу Првог амандмана. Тврдио је да је употреба термина МетаБиркинс заштићена на основу доктрине поштене употребе утврђене у чувеном предмету из америчке судске праксе *Rogers v. Grimaldi*[45] у коме је установљено да употреба жига у вези са уметничким делом не повређује право жига све док (1) је назив минимално уметнички релевантан за производ и (2) употреба експлицитно не доводи у заблуду у погледу садржаја, ауторства, спонзорства или одобрења.[46]

Не представља свако коришћење жигом заштићене ознаке у метаверзуму од стране трећег лица повреду жига.[47] Ако се жигом заштићена ознака користи за коментаре или критику, такво коришћење не представља повреду на основу доктрине поштене употребе. Поставља се питање шта се дешава ако се жигом заштићена ознака користи у метаверзуму за уметничку употребу?[48] У поменутом предмету *Rogers v. Grimaldi* Суд је изнео мишљење у погледу односа између повреде жигом заштићене ознаке и права на слободно изражавање предвиђено Првим

44 У ужем смислу, „сајберсквотинг" подразумева регистровање назива интернет домена истоветног или битно сличног туђем заштићеном интелектуалном добру (по правилу жигом заштићеној ознаци или пословном имену) у циљу каснијег преноса регистрације на титулара права, уз новчану накнаду. Душан В. Поповић, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 97.

45 Апелациони суд САД, *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

46 Margaret Mantel, „Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real", доступно на адреси: *http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/*, 12. 8. 2022.

47 Вид. Јелена Ћеранић Перишић, *Одговорност интернет посредника за повреду жига*, Институт за упоредно право, Београд, 2020.

48 M. Mantel, интернет извор без броја стране.

амандманом. Апелациони суд САД је стао на становиште да „уопштено гледано закон треба тумачити тако да се примењује на уметничка дела само тамо где јавни интерес да се избегне забуна потрошача надмашује јавни интерес за слободним изражавањем.“ Да би се успоставио баланс између ова два разматрања, суд је установио широко коришћени Роџеров тест (енг. *Rogers test*) који почива на два фактора. На основу Роџеровог теста захтева се да коришћење жигом заштићене ознаке „нема уметничку релевантност за основно дело“ или „експлицитно доводи у заблуду“ у погледу извора дела за утврђивање повреде.[49]

Уметник Ротчајлд је тврдио да је називање његових производа МетаБиркинс минимално релевантно за његов пројекат испитивања окрутности према животињама у модној индустрији и саме природе луксуза и вредности, као и да тај термин експлицитно не доводи у заблуду, без обзира на то да ли су неки посматрачи можда стварно били збуњени.[50]

Компанија Хермес се успротивила захтеву за одбацивањем тужбе, наглашавајући широку комерцијалну употребу коју је уметник остварио захваљујући МетаБиркин ознаци, укључујући продају других производа под том ознаком. Компанија Хермес је такође нагласила да постоји доказ о стварној заблуди међу потрошачима и посматрачима из индустрије у погледу порекла и ауторизације незаменљивог токена МетаБиркин. Ова компанија је указала на уметникове изјаве, укључујући и интервју за *Yahoo! Finance*, у коме је он МетаБиркин назвао дигиталном робом и рекао да не постоји „толика разлика“ између поседовања „луде ташне“ у стварном животу и „могућности да сада то донесете у метаверзум са култним незаменљивим токенима“, пожаливши се такође да неки продају фалсификате МетаБиркинс незаменљивих токена упоредо са његовим незаменљивим токенима. Компанија Хермес тврдила је да предмет *Rogers v. Grimaldi* не би требало да се односи на робу која је у комерцијалној употреби као што је случај са торбама МетаБиркинс. Чак и ако се примени прецедент из предмета *Rogers v. Grimaldi,* суд би требало да утврди да ли ознака МетаБиркинс доводи у заблуду јавност применом тзв. Полароид фактора (енг. *Polaroid factors*),[51] скупа

49 James Yang, „Trademark Law in the Virtual Realism Landscape“, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, Nr. 2/2019, 429–430.

50 Gibson Dunn, „New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods“, доступно на адреси: *https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/*, 12. 8. 2022.

51 Приликом утврђивања вероватноће забуне, судови користе неколико фактора изведених из предмета *Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp*., 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961), из 1961. године. Ови фактори, познати као „Полароид фактори“, замишљени су као

критеријума из пресуде Окружног суда из 1961. године које амерички судови користе приликом оцене да ли ознака коју је користио оптужени доводи јавност у заблуду.

Уметник је у одговору инсистирао на томе да се прецедент *Rogers v. Grimaldi* примењује јер су незаменљиви токени МетаБиркинс уметничка дела, и требало би подједнако да се односе на сама дела и на говор којим се рекламирају та дела. Уметник је такође тврдио да уколико се примени Роџеров тест, суд би требало да игнорише Полароид мултифакторски тест, јер једино питање би требало да буде да ли ознака МетаБиркинс експлицитно доводи јавност у заблуду, а не да ли би заиста могла да доведе јавност у заблуду.[52]

3. Одлука Окружног суда

Након усмене расправе, 5. маја 2022. године донета је одлука којом се одбија предлог за одбацивањем тужбе. Дана 18. маја 2022. издато је писмено образложење ове одлуке. Роџеров тест је примењен зато што незаменљиви токени МетаБиркинс, „дигиталне слике торби", могу представљати уметнички израз, без обзира на то што је уметник користио ознаку за пласирање и рекламирање тих уметничких дела. Наиме, Ротчајлдова употреба незаменљивих токена за потврду аутентичности слика не утиче на примену Роџеровог теста. То што су незаменљиви токени једноставно кодови који указују где је дигитална слика лоцирана и потврђују њену аутентичност, коришћење незаменљивих токена за потврду аутентичности слике и омогућавање даље препродаје и трансфера не чини слику робом која није под заштитом Првог амандмана."[53]

Суд је одбио да у овој фази одлучује да ли се ознака МетаБиркинс може квалификовати као минимално уметнички релевантна, као што захтева Роџеров тест да би се заштитио оптужени. Суд је признао да је праг уметничке релевантности у предмету *Rogers v. Grimaldi* низак, али је такође приметио да компанија Хермес тврди да је уметник „у потпуности намеравао да повеже ознаку МетаБиркинс са популарношћу и угледом бренда Хермесове ознаке Биркин, пре него да направи уметничку асоцијацију. Суд је цитирао изјаве самог уметника о његовим на-

---

нека врста водича, и не могу сви бити од користи у сваком појединачном случају. Ти фактори су: јачина ознаке старијег корисника; сличност ознака – сличност роба или услуга; вероватноћа да ће старији корисник премостити јаз; намера млађег корисника да усвоји ознаку; доказ о стварној забуни; софистицираност купаца; квалитет производа или услуга млађег корисника.

52 G. Dunn, интернет извор без броја стране.

53 *Ibid.*

порима да ‘ствара ону исту врсту илузије коју [Биркин торба] има у стварном животу као дигиталну робу’“.[54]

Без обзира на то да ли је ознака МетаБиркин квалификована као уметнички релевантна, Суд је сматрао да је компанија Хермес на одговарајући начин доказала да ознака МетаБиркин експлицитно доводи у заблуду, што је довољно да се закључи да Ротчајлдово понашање није заштићено Роџеровим тестом. Сходно томе, Суд је одбио захтев за одбацивањем тужбе. Суд је изричито одбацио уметников аргумент да би требало да игнорише Полароид факторе вероватноће забуне у одређивању да ли ознака експлицитно доводи у заблуду на основу Роџеровог теста. Штавише, Суд је закључио да је компанија Хермес адекватно навела специфичне чињенице, на основу Полароид фактора, да поткрепи закључак да ознака МетаБиркин доводи јавност у заблуду. Чак и да је уметник био у праву да Полароид факторе не би требало примењивати, предлог за одбацивање би ипак био одбијен на основу Роџеровог теста јер је компанија Хермес успешно доказала стварну заблуду и напоре уметника да доведе јавност у заблуду, укључујући и уметникове изјаве новинарима.[55]

На одлуку суда јасно је утицала комерцијална природа Ротчајлдових активности, са потенцијалном продајом виртуелне робе у метаверзуму. Суд је приметио да се незаменљиви токени можда не би квалификовали као уметничка дела ако су незаменљиви токени повезани са дигиталним фајлом виртуелно носиве Биркин ташне, у ком случају би се ознака МетаБиркин односила на комерцијални производ (иако не на онај који се још увек сматра обичним или свакодневним). Али зато што је компанија Хермес само сугерисала да би уметник у будућности могао да продаје виртуелно носиве торбе МетаБиркинс, Суд је одбио да размотри то питање за потребе доношења одлуке о захтеву за одбацивање тужбе.[56] Другим речима, Суд је оставио отвореним питање да ли је Ротчајлдова употреба ознаке Биркин замишљена као изворни индикатор у сврху трговања угледом бренда или као наслов уметничког дела на које би требало да се примењује Први амандман.[57]

Одлука Окружног суда у Њујорку представља једну од првих одлука у свету у вези са применом права жига на незаменљиве токене

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 Richard M. Assmus, „Uncharted Territory: Balancing First Amendment and Trademark Rights in a Digital World“, доступно на адреси: h*ttps://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2022/06/uncharted-territory-balancing-first-amendment-and-trademark-rights-in-a-digital-world*, 12. 8. 2022.

и уопште у метаверзуму. Ова одлука пружа одређене смернице у ком правцу ће судови убудуће резоновати приликом оцене тужби за повреду жига незаменљивим токенима. У овом тренутку у свету постоје спорови у вези са повредом жига незаменљивим токенима,[58] и како време одмиче биће их све више, а одлука у предмету *Hermès Int'l v. Rotschild* сигурно ће бити узета у обзир приликом одлучивања у тим споровима.

До сада је предмет *Hermès Int'l v. Rotschild* показао да дигиталне слике које се тумаче као уметничко дело могу уживати право на слободу изражавања, а коришћење незаменљивих токена у циљу потврђивања аутентичности није релевантно за питање повреде жига. Ипак, незаменљиви токени повезани са дигитално носивим одевним предметима за продају можда не уживају право које проистиче из слободног изражавања према Првом амандману чија се примена проширује на уметничка дела. Овај судски спор још је у раној фази. Компанија Хермес извојевала је прву победу чињеницом да је захтев за одбацивањем тужбе одбијен, а остаје да се види како ће суд резоновати у наставку поступка.[59]

V Закључна разматрања

Све већа распрострањеност виртуелних производа и њихова потенцијална примена и употреба у вези са технологијама метаверзума отварају низ правних питања. Један од највећих изазова у погледу остваривања заштите жига у дигиталном свету јесте успоставити баланс, односно равнотежу између различитих субјеката: оних који се баве израдом незаменљивих токена, права титулара жигом заштићених ознака, али и самих корисника, тј. власника незаменљивих токена. Наравно, ову равнотежу требало би успоставити тако да прати динамику развоја дигиталне технологије.

Иако метаверзум можда још увек подсећа на научну фантастику, титулари жигом заштићених ознака све се више опредељују за проширење заштите жига за сопствене производе у виртуелној реалности, укључујући и метаверзум. Више нема никакве сумње да је метаверзум будуће тржиште за широк дијапазон виртуелне робе и услуга.

58 М. Јовановић, 122–124.

59 Crowell, In the bag (for now): Hermès survives motion to dismiss in MetaBirkin NFT lawsuit, доступно на адреси: *https://www.crowell.com/NewsEvents/AlertsNewsletters/all/In-the-bag-for-now-Herm-s-survives-motion-to-dismiss-in-MetaBirkin-NFT-lawsuit-1630415*, 12. 8. 2022.

Предмет *Hermès Int'l v. Rotschild* пружа увид у то како судови убудуће могу третирати незаменљиве токене који укључују интелектуалну својину трећих лица.[60]

Коришћена литература

Assmus Richard M., „Uncharted Territory: Balancing First Amendment and Trademark Rights in a Digital World", доступно на адреси: h*ttps://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2022/06/uncharted-territory-balancing-first-amendment-and-trademark-rights-in-a-digital-world*, 12. 8. 2022.

Behzadi Emily, „The Fiction of NFTs and Copyright Infringement", *University of Pennsylvania Law Review*, Online's Vol. 170, 2022, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4025604*, 10. 8. 2022.

Dunn Gibson, „New District Court Decision Provides Useful Guidance on Application of Trademark Law to Virtual Goods", доступно на адреси: *https://www.gibsondunn.com/new-district-court-decision-provides-useful-guidance-on-application-of-trademark-law-to-virtual-goods/*, 12. 8. 2022.

Јовановић Мина, „Право жига и незамењиви токени (НФТ)", *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022. (Jovanović Mina, „Pravo žiga i nezamenjivi tokeni (NFT)", *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022)

Mantel Margaret, „Trademark Infringement in Virtual Reality Spaces: When Your Virtual World Gets Too Real", доступно на адреси: *http://mttlr.org/2019/11/trademark-infringement-in-virtual-reality-spaces-when-your-virtual-world-gets-too-real/*, 12. 8. 2022.

Марковић Слободан С., Поповић Душан В., *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013. (Marković Slobodan S., Popović Dušan V., *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013)

Miller Ice, „Hermès Case Could Determine How Courts Assess Trademark Rights in Connection with NFTs", доступно на адреси: *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e8ecb47–96d8–4078–919b-179104a61fd8*, 12. 8. 2022.

60 Ice Miller, „Hermès Case Could Determine How Courts Assess Trademark Rights in Connection with NFTs", доступно на адреси: *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e8ecb47–96d8–4078–919b-179104a61fd8*, 12. 8. 2022.

Милић Драган, „Могућности примене блокчејн технологије у ауторском праву“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018. (Milić Dragan, „Mogućnosti primene blokčejn tehnologije u autorskom pravu“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018)

Murray Michael D., „Trademarks, NFT's, and the Law of the Metaverse“, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4160233*, 11. 8. 2022.

Mcdowell Magham, „How to trade metaverse“, доступно на адреси, *https://www.voguebusiness.com/technology/how-to-trademark-the-metaverse*, 9. 8. 2022.

Поповић Душан В., *Регистрација назива интернет домена и право жига*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014. (Popović Dušan V., *Registracija naziva internet domena i pravo žiga*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014)

Seferi Nensi, „Protecting trade marks in virtual reality“, *Maastricht University Blog*, 2021, доступно на адреси: *https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2021/12/protecting-trade-marks-virtual-reality*, 11. 8. 2022.

Ћеранић Перишић Јелена, „Правне последице коришћења жигом заштићених ознака у виртуелној реалности“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан В. Поповић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022. (Ćeranić Perišić Jelena, „Pravne posledice korišćenja žigom zaštićenih oznaka u virtuelnoj realnosti“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan V. Popović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022)

Yang James, „Trademark Law in the Virtual Realism Landscape“, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 8, Nr. 2/2019.

Yoder Madison, „An 'OpenSea' of Infringement: The Intellectual Property Implications of NFTs“, *Cincinnati Intellectual Property & Computer Law Journal*, Vol. 6, Nr. 2/2022, доступно на адреси: *https://scholarship.law.uc.edu/ipclj/vol6/iss2/4*, 11. 8. 2022.

***Jelena* ĆERANIĆ PERIŠIĆ, PhD**
Professor, Principal Research Fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

METAVERSE, NON-FUNGIBLE TOKENS, TRADEMARKS – LEGAL ASPECTS

Summary

The metaverse is a concept of cyberspace built on the existing infrastructure of the Internet using emerging technologies of blockchains, cryptocurrency and non-fungible tokens (NFT). In the metaverse, people and various forms of algorithms and artificial intelligence will interact in virtual reality, buy and sell "real world" and "in the metaverse" goods and services and get into legal disputes just like in real life. Trademark law has a decisive role in the development and protection of the brand in virtual reality. The paper first presents the notion of NFT. Then, the protection of trademark in metaverse is analyzed. Special attention is paid to the European Intellectual Property Office Guidelines from July 2022 on its approach to classifying virtual goods and NFTs. Finally, a case from US judicial practice is presented – Hermes Int'l v. Rothschild. This decision provides useful guidance on how courts will treat this issue in the future.

Key words: *Metaverse. – Non-fungible Tokens. – Trademarks. – Virtual Reality. – Intellectual Property.*

Датум пријема рада: 23. 8. 2022.
Датум прихватања рада: 5. 10. 2022.

УДК: 347.775(497.11)
CERIF: S 130, S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22403A

др *Катарина* ЈОВИЧИЋ*
Виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Србија

ЗАШТИТА ПОСЛОВНЕ ТАЈНЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак

У овом раду се анализира правна заштита пословне тајне у правном поретку Републике Србије. Применом правнодогматског метода истраживања анализирају се правила актуелних и релевантних домаћих прописа, а упоредноправни метод се користи ради упоређивања националног система заштите пословне тајне са аналогним правним системом у Европској унији. Полазна хипотеза је да је заштита пословних тајни стратешко питање које захтева пажљиво планирање и организовање, као и константно унапређивање, како би се пословне тајне очувале и што дуже економски искоришћавале. Циљ рада је да се дође до закључака који су практично употребљиви како за законите држаоце пословне тајне, тако и за остала лица која у различитим улогама учествују у поступцима заштите пословне тајне.

* Електронска адреса аутора: *katarinajovicic.rs@gmail.com*.

Кључне речи: *Заштита пословне тајне. – Тужбени захтеви за заштиту пословне тајне. – Тужба за накнаду штете због незаконитог стицања, коришћења и откривања пословне тајне. – Привремене мере у поступку заштите пословне тајне.*

I Увод

Успешност пословања привредних субјеката и њихова вредност на тржишту се мери не само на основу материјалне имовине коју поседују, већ узимањем у обзир и права интелектуалне својине која су регистровали. Поред тога, они остварују приходе и на основу економског искоришћавања одређених информација које немају неопходну дозу иновативности да би се успешно подвргле формалном поступку регистрације као права интелектуалне својине. Реч је о пословним тајнама које имају комерцијалну вредност зато што су тајне.[1] Чињеница да пословне тајне једног привредног субјекта нису јавно доступне може му обезбедити компетитивну предност на тржишту.

Правни системи у упоредном праву препознају важност пословних тајни за њихове законите држаоце као и њихов значај за економску стабилност и развој друштва.[2] Због тога, право штити пословне тајне одговарајућим прописима.

Право на правну заштиту пословне тајне у међународним изворима права је установљено Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине,[3] који је формулисан као Анекс 1Ц Уговора о оснивању Светске трговинске организације.[4] Чл. 39 ТРИПС Споразума прописује да се пословна тајна односи на информације које су тајне, које имају комерцијалну вредност и под условом да лице које их контролише предузима разумне мере да их одржи у тајности. Ова три

1 Тајност пословне тајне је кључни елемент за квалификацију постојања комерцијалне вредности информације која је њен предмет, независно од тога да ли та информација сама по себи има економску вредност.

2 Осим привредних субјеката, пословне тајне могу имати и лица која нису у тој категорији, на пример уметници, аматери иноватори, образовне и научне установе итд.

3 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*), доступно на адреси: *https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf*, 12. 4. 2022.

4 Светска трговинска организација је основана међународним уговором који је закључен у Маракешу 15. априла 1994. године.

критеријума квалификације пословне тајне су постављена кумулативно и до данас се нису мењала. За разлику од тога, правна заштита пословне тајне је област која се константно унапређује.

У праву Европске уније основни извор права заштите послове тајне је Директива о пословним тајнама из 2016. године,[5] са којом су усклађени национални прописи држава чланица. Са поменутом директивом усклађен је и Закон о заштити пословне тајне Републике Србије из 2021. године.[6] У Републици Србији се пословна тајна уређује и Законом о привредним друштвима,[7] Законом о трговини[8] као и Кривичним закоником којим се прописује посебно кривично дело „одавање пословне тајне".[9] Релевантни пропис за правну заштиту пословне тајне је и Закон о облигационим односима[10] као општи пропис о накнади штете.

Организовање и спровођење заштите пословних тајни захтева одређене напоре, па и финансијска улагања. То може да представља оптерећење за привредне субјекте, а додатни проблем с тим у вези је и чињеница да се њен економски потенцијал може реализовати, по правилу, само ако се запослени, односно трећа лица са којима послодавац остварује пословну сарадњу, упознају са њиховим садржајем. Да би

5 Директива 2016/943 о заштити неоткривених знања и искустава те пословних информација (пословне тајне) од незаконитог прибављања, употребе и откривања (*Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*, *OJ* L 157/1, 15. 6. 2016).

6 Закон о заштити пословне тајне, *Службени гласник РС*, бр. 53/2021.

7 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 85/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 72–77.

8 Закон о трговини – ЗТ, *Службени гласник РС*, бр. 52/2019. Чл. 41 ст. 1 тач. 4 изричито прописује да је стицање, коришћење и одавање пословне тајне без сагласности њеног имаоца, а у циљу отежавања његовог положаја на тржишту, радња нелојалне тржишне утакмице. Према чл. 41 ст. 3 ЗТ оштећеном трговцу у овом случају је на располагању тужба којом од суда тражи утврђење радње непоштене тржишне утакмице, забрану њеног даљег вршења, отклањање насталих последица, као и накнаду штете. Према овом закону, оштећени трговац има право не само на накнаду материјалне штете, већ и на накнаду нематеријалне штете (чл. 41 ст. 5 ЗТ) под условом да суд нађе да околности случаја то оправдавају, а нарочито значај, трајање и интензитет повреде, ефекат повреде на пословање тужиоца, значај повређеног добра и циљ коме служи та накнада штете, као и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (чл. 41 ст. 6 ЗТ).

9 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 5/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019. Кривично дело одавање пословне тајне прописано је у чл. 240 КЗ.

10 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – УСЈ, 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993 и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

пословне тајне остале недоступне неовлашћеним лицима морају се предузимати одређене мере заштите да би се она онемогућила да их стекну, користе или да их учине јавно доступним.

Без предузимања одговарајућих мера заштите послодавци не могу рачунати на правну заштиту пословних тајни. Међутим, они као да још увек не сагледавају шта све треба да предузму да би своје пословне тајне ефикасно заштитили. У правној литератури су издвојене три области у којима се с тим у вези прави највише пропуста. То су: 1) идентификација, евидентирање и одговарајуће вредновање пословне тајне, 2) сачињавање протокола интерне контроле заштите пословне тајне и 3) заштита пословне тајне у ситуацијама када запослени прелази на рад код другог послодавца.[11]

У овом раду се анализира правна заштита пословне тајне у правном поретку Републике Србије, која се организује и спроводи на два нивоа: у оквиру привредног субјекта и у судском поступку. Применом правнодогматског метода истраживања анализирају се правила актуелних и релевантних домаћих прописа, а упоредноправни метод се користи ради упоређивања националног система заштите пословне тајне са аналогним правним системом у Европској унији. Циљ рада је да се дође до закључака који су практично употребљиви како за законите држаоце пословне тајне тако и за остала лица која у различитим улогама учествују у поступцима заштите пословне тајне.

II Два нивоа организовања и спровођења заштите пословне тајне

Привредни субјекти слободно одлучују о начину заштите својих пословних тајни. То није њихова законска обавеза, већ потреба коју треба да сагледају као нужни услов успешног пословања. Међутим, мере које привредни субјекти могу да организују и реализују нису увек довољне да би се пословне тајне ефикасно заштитиле. За то је често нужна неопходно применити одговарајуће мере које су у основи принудне, па и казнене, а које може наложити и спровести само суд (односно други за то овлашћени орган).

1. Заштита пословне тајне у оквиру привредног субјекта

На нивоу привредног субјекта заштита пословне тајне се, по правилу, организује на два начина: нормативним актима и на основу

11 Bradford K. Newman, „Protecting Trade Secrets – Dealing with the Brave New World of Employee Mobility“, *Business Law Today*, Vol. 17, Nr. 2/2007, 25–30.

закључених уговора са запосленима и пословним партнерима. Нормативним актима се регулише управљање пословним информацијама, подацима и документима у складу са специфичностима привредне делатности привредног субјекта и уз уважавање карактеристика његове организације рада.[12] Уговорна заштита пословне тајне се остварује на основу закључених уговора између привредног субјекта као власника односно законитог држаоца пословне тајне, с једне стране, и запосленог, с друге. Поред тога, привредни субјект уговара заштиту пословне тајне и са пословним партнерима којима се по његовом овлашћењу омогућава сазнање и коришћење пословне тајне.[13] Уговорна обавеза заштите може бити формулисана као клаузула у оквиру уговора о раду коју међусобно закључују послодавац и запослени, односно, уговора о пословној сарадњи између два привредна субјекта (на пример, уговора о лиценци, франшизингу, финансијском лизингу, кредиту итд.), или може бити предмет регулисања посебног уговора између тих лица.

Санкције због повреде дужности заштите пословне тајне могу се прописати како нормативним актима, тако и уговором. У првом случају послодавац одговарајућим актом предвиђа да такво поступање истовремено представља и повреду радне дисциплине која се санкционише одговарајућим дисциплинским мерама, на пример новчаном казном и/или престанком радног односа. Уговором је, такође, могуће да се стране уговорнице споразумеју да повреда уговорне дужности заштите пословне тајне има за последицу одређене санкције, најчешће накнаду штете[14] и/или престанак уговора о раду, односно уговора о пословној сарадњи. Околност да је уговор пуноважно престао због повреде уговорне обавезе заштите пословне тајне може се одразити на висину накнаде штете у том смислу што штетник, који је то учино намерно или услед крајње непажње, не може да рачуна на ограничење износа накнаде штете на

12 На пример: начин одређивања пословне тајне, процедуре и мере за обезбеђење и заштиту докумената и података пословне тајне (нпр. означавање на документу да је пословна тајна, одређивање лица која могу бити упозната са пословном тајном, вођење евиденције о поступању са документима и подацима који представљају пословну тајну, прописивање начина чувања података и докумената који представљају пословну тајну, итд.), начин коришћења информација које представљају пословну тајну и њихова заштита од неовлашћеног приступа, одговорност лица која су овлашћена да користе пословне тајне за повреду дужности чувања пословне тајне.

13 Овај уговор се у праву означава као уговор о поверљивости. Вид. Јелена Перовић Вујачић, „Клаузула поверљивости у међународним привредним уговорима“, *Constitutio lex superior: сећање на ӣрофесора Павла Николића* (ур. Оливер Николић, Владимир Чоловић), Београд, 2021, 226–230.

14 Законити држалац пословне тајне има, независно од наведених мера заштите, право и на накнаду штете коју је претрпео због незаконитог прибављања, употребе или откривања пословне тајне, што је право које му је гарантовано законом, и као такво се не може уговором искључити.

основу примене правила предвидљивости штете,[15] већ би у том случају био дужан да надокнади целокупну штету.[16]

Имајући у виду да је примарни интерес законитог имаоца пословне тајне да је што дуже држи у тајности, за њега је од суштинске важности да спречи њихово незаконито прибављање, а ако се то већ догодило – онда да спречи неовлашћено лице да пословну тајну економски искоришћава или је учини јавно доступном.[17] Нормативна заштита пословне тајне у оквиру привредног субјекта није довољна да то осигура, већ је за то потребна подршка суда.

Директива о пословним тајнама установљава обавезу држава чланица да уреде право на заштиту пословне тајне у одговарајућем

15 Према правилу чл. 266 ст. 1 ЗОО поверилац има право на накнаду штете „ [...] коју је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могућу последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.“ Међутим, ово ограничење се не примењује у случају намерног неиспуњења уговора или преваре, као и услед неиспуњења уговора због крајње непажње, те ће штетник бити дужан да оштећеном надокнади целокупну штету која је настала због повреде уговора, независно од тога да ли су му биле познате посебне околности због којих је та штета настала (чл. 266 ст. 2 ЗОО).

16 Чл. 266 ст. 2 ЗОО искључује примену ограничења накнаде штете на предвидљиву штету у случају намерног неиспуњења уговора или преваре, као и услед неиспуњења уговора због крајње непажње. У тим ситуацијама је штетник дужан да оштећеном надокнади целокупну штету која је настала због повреде уговора, независно од тога да ли су му биле познате посебне околности због којих је та штета настала.

17 Незаконито прибављање, коришћење и откривање пословне тајне регулише чл. 4 Закона о заштити пословне тајне, који одговара чл. 4 Директиве о пословним тајнама. У складу са чл. 4 ст. 1 Закона сматра се да је прибављање пословне тајне незаконито ако је неко лице 1) неовлашћено приступило, присвојило или умножило документа, предмете, материјале, супстанце или електронске датотеке које су под законитом контролом држаоца пословне тајне, а садрже пословну тајну или се пословна тајна из њих може извести, или 2) другим поступањем за које се, у датим околностима, сматра да је у супротности са добрим пословним обичајима. Законска претпоставка је да лице које је незаконито прибавило пословно тајну (на наведени начин) истовремено чини и повреду у виду незаконите употребе или откривања пословне тајне (чл. 4 ст. 2 тач. 1). Поред тога, незаконита употреба и откривање пословне тајне је и када неко лице прекрши споразум о поверљивости или другу обавезу која се односи на забрану откривања пословне тајне (чл. 4 ст. 2 тач. 2) као и када неко лице прекрши уговорну или другу обавезу којом се ограничава коришћење пословне тајне (чл. 4 ст. 2 тач. 3 Закона). Прибављање, коришћење или откривање пословне тајне се сматра незаконитим и ако је лице које то чини знало или морало да зна да је пословна тајна прибављена од лица које је ту тајну незаконито користило или открило (чл. 4 ст. 3 Закона). То је и производња, нуђење или стављање у промет робе којом је извршена повреда, односно увоз, извоз или складиштење робе којом се врши повреда у сврхе производње, нуђења или стављања робе у промет, под условом да је лице које је обављало наведене активности знало или је морало да зна да је пословна тајна коришћена незаконито (чл. 4 ст. 4 Закона).

грађанском поступку, у оквиру кога ће прописати мере, поступке и правна средства водећи рачуна о томе да она буду поштена и правична, не претерано сложена ни скупа, али која ће бити делотворна и одвраћајућа.[18] Најефикаснији начин да се ови захтеви испуне је путем привремених мера и Директива изричито прописује дужност држава чланица да то право обезбеде у својим националним прописима.[19]

Република Србија, такође, прописује овај вид заштите у грађанском судском поступку, правилима која су разрађена у складу са организацијом и вођењем тих поступака у домаћем правном систему.

2. Остваривање заштите пословне тајне у грађанском судском поступку

а) Тужба

Правила судског поступка у парницама за решавање спорова из грађанско-правних односа, укључујући и парнице за заштиту пословне тајне, уређују се Законом о парничном поступку.[20] Тај поступак се, у складу са начелом диспозиције, покреће искључиво тужбом заинтересованог лица.[21] Начело диспозиције, поред тога, омогућава тужиоцу да одређује предмет спора као и да слободно определи тужбени захтев. Другим речима, тужилац одлучује о покретању парничног поступка, предмету спора и садржини тужбеног захтева.[22] Начело диспозиције, даље, овлашћује суд да одлучује о тужби само у границама постављеног захтева,[23] без права да досуди више од онога што је тужилац тражио и без овлашћења да му досуди нешто друго уместо тога.[24]

---

18 Директива о пословним тајнама, чл. 6.

19 Директива о пословним тајнама, чл. 10.

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

21 ЗПП, чл. 191.

22 Према чл. 192 ст. 1 ЗПП Тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак (чл. 98). Другим речима, тужилац слободно формулише тужбени захтев и то је опште правило парничног поступка, које је одраз начела диспозитивности које влада тим поступком.

Тужба је парнична радња чија се допустивост оцењује према правилима грађанског процесног, а не према правилима грађанског материјалног права. Вид. Весна Дабетић-Трогрлић, Милета Томић, *Правна дијагноза*, Београд, 2020, 120 и даље.

23 ЗПП, чл. 3 ст. 1.

24 Ако би тако урадио, суд би прекорачио тужбени захтев, што је разлог за укидање првостепене пресуде. Суд може тужбени захтев да одбије ако нађе да није основан

ЗПП се као општи пропис примењује и у поступцима у којима се расправљају спорна питања из области заштите пословне тајне. Међутим, у овим предметима се примењују и посебна правила која су прописана Законом о заштити пословне тајне. Конкретно, за тужбу је релевантан чл. 5 Закона који, супротно начелу диспозиције, прецизира садржину тужбених захтева којима се тражи заштита на основу Закона о заштити пословне тајне. Тако, тужилац може да тражи да суд: 1) утврди да је тужени повредио пословну тајну; 2) наложи престанак повреде или, у зависности од случаја, да забрани туженом да користи или да открије пословну тајну; 3) забрани туженом да производи, нуди, ставља у промет или користи робу којом је извршена повреда пословне тајне, односно забрани увоз, извоз или складиштење робе којом је повреда учињена са циљем производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе; 4) одреди одговарајуће мере које се односе на робу којом је извршена повреда, и то: наложи повлачење такве робе с тржишта, или уклањање с робе својстава која је чине робом којом је извршена повреда пословне тајне, или уништење робе којом је извршена повреда, односно, ако је то оправдано, њено повлачење с тржишта, под условом да се повлачењем робе не угрожава заштита пословне тајне на коју се тужба односи; 5) наложи уништење у целини или делимично докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената који садрже пословну тајну или који сами представљају пословну тајну или, ако је примерено, предају тих докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената у целини или делимично тужиоцу.[25] Цитирана правила су примењива када тужилац сматра да је тужени већ повредио пословну тајну. Он тада тражи од суда да утврди да постоји повреда, а поред тога поставља и други/друге захтеве у зависности од околности конкретног случаја.

Међутим, могуће је да још увек није наступила повреда пословне тајне, али да њен законити држалац сматра да је одређено лице (тужени) већ предузело радње које представљају непосредну претњу да ће пословну тајну незаконито прибавити, користити или открити. Закон и тада даје право на тужбу којом се од суда тражи да туженом забрани да даље предузима те радње и/или да му забрани да незаконито прибави, користи или открије пословну тајну.[26]

или да тужиоцу досуди мање од онога што је тужбом тражио. Вид. ЗПП, чл. 393 ст. 1 и 2.

25 Закон о заштити пословне тајне, чл. 5 ст. 1 тач. 1–5.

26 Закон о заштити пословне тајне, чл. 5 ст. 2. Чл. 5 ст. 3 додатно предвиђа да се тужбени захтеви из ст. 1 и 2 могу поднети и против посредника који пружа услуге које треће лице користи у радњама којима незаконито прибавља, користи или открива пословну тајну, односно чије предузимање представља непосредну претњу

Право на судску заштиту временски је ограничено и мора се реализовати у року од годину дана од дана када је тужилац сазнао како за повреду, тако и за идентитет лица за које сумња да је ту повреду извршило. Независно од тога, право на судску заштиту се губи након протека пет година од кад је наступила повреда пословне тајне или, у случају да се повреда врши континуирано током одређеног периода, од дана последње учињене повреде. Ова ограничења имају за циљ да мотивишу тужиоца да своја права врши без одуговлачења, што је потребно ради заштите интереса туженог коме је, са протеком времена, све теже да обезбеди, односно да сачува доказе за одбрану од тужбеног захтева због чега би могао бити изложен ризику да плати већи износ одштете него да је спор изгубио у поступку који је вођен благовремено.

Приликом одлучивања о тужбеном захтеву суд је дужан да се руководи начелом пропорционалности, те мора водити рачуна о томе да мере које досуди буду у сразмери са природом и интензитетом повреде као и осталим околностима случаја.[27] Начело пропорционалности је значајно у поступцима у којима се правним и физичким лицима намећу одређене обавезе или ограничавају њихова права. Када је реч о парничном поступку за заштиту пословне тајне, захтев пропорционалности се одражава и у давању суду изузетног овлашћења да одступи од начела диспозиције и да, у ситуацији када утврди да је тужба основана, уместо мере коју је тужилац тражио тужбеним захтевом досуди да тужени плати накнаду у новцу. Ово изузетно овлашћење суда Закон ограничава на два начина: прво, лимитирањем максималног износа тако одређене новчане накнаде, и друго, ограничавањем његове примене. Тако, тужени може по овом основу бити обавезан да плати тужиоцу највише онолико колико би требало да се плати да је пословна тајна законито коришћена

за незаконито прибављање, коришћење или откривање пословне тајне. Чл. 5 ст. 6 прописује да осим држаоца пословне тајне тужбу из ст. 1 и 2 овог члана може поднети и стицалац лиценце, ако је за то овлашћен на основу уговора или закона.

27 Тачка 21 преамбуле Директиве о пословним тајнама предвиђа да мере, поступци и правна средства предвиђена у Директиви имају за циљ да осигурају да надлежна судска тела узимају у обзир чиниоце попут вредности пословне тајне, тежине понашања које доводи до незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне и последице таквог поступања. Овај захтев нормиран је у чл. 7 ст. 1 тач. 1–7 Закона о заштити пословне тајне, у оквиру кога се, примера ради, наводе следеће околности које би требало размотрити: вредност и друге карактеристичне одлике пословне тајне; мере предузете ради заштите пословне тајне; понашање лица које је повредило пословну тајну приликом прибављања, коришћења или откривања пословне тајне; последице незаконитог коришћења или откривања пословне тајне, оправдане интересе странака и последице које би усвајање или одбијање тужбеног захтева могло да има на њих; оправдане интересе трећих лица; јавни интерес; заштиту основних права.

током периода у коме је тужени то чинио на незаконит начин.[28] Даље, суд има ову могућност само ако утврди да тужени није знао нити је морао да зна да је пословна тајна прибављена од другог лица које ју је незаконито користило или открило и под условом да би се усвајањем тужбеног захтева нанела несразмерна штета лицу које је повредило пословну тајну.[29] Према Директиви, износ накнаде штете у овом случају не би требало да премаши износ који би запослени требало да плати да је затражио одобрење за коришћење те пословне тајне.[30]

Поступак по тужби за заштиту пословне тајне је хитан.[31] То је одраз потребе организовања делотворне заштите пословне тајне јер свако одлагање решавања питања (не)постојања повреде пословне тајне доводи до обесмишљавања њене заштите.

б) Привремена мера

Основни циљ привремене мере је да омогући да пословна тајна остане пословна тајна што дуже, што значи да се спречи њено незаконито прибављање, коришћење и откривање. Привремена мера као инструмент правне заштите је оправдана само ако се њеном применом може постићи наведени циљ. Услов за усвајање предлога за привремену меру је да предлагач учини вероватним да пословна тајна постоји, да је он њен законити држалац, а да ју је противник предлагача већ незаконито прибавио и користи је, или да ће доћи до њеног незаконитог прибављања, коришћења или откривања.[32]

Листа привремених мера које се траже позивањем на Закон о заштити пословне тајне је унапред одређена Законом, те је диспозиција странака и у односу на ово питање искључена.[33] Оне су преузете из Директиве о пословним тајнама, и то су: престанак или забрана коришћења

28 Закон о заштити пословне тајне, чл. 7 ст. 4.

29 Закон о заштити пословне тајне, чл. 7 ст. 4 тач. 1 и 2. Ако се установи да је у том поступању запослени био савестан, односно да није знао да лице од кога је сазнало информације које представљају пословну тајну није имало овлашћење да му је пренесе, онда је могуће да суд одреди новчану накнаду ако процени да би мера која је тражена тужбом могла да му нанесе несразмерну штету.

30 Наведена ограничења важе за судски поступак који је иницирао због повреде правила Закона о заштити пословне тајне. Она не утичу на право оштећеног да од суда захтева заштиту у грађанском судском поступку на основу других прописа који, такође, садрже правне норме о заштити пословне тајне.

31 Закон о заштити пословне тајне, чл. 6 ст. 1 и 2.

32 Закон о заштити пословне тајне, чл. 10 ст. 1.

33 То се односи само на поступке у којима се тужбени захтев као и захтев за привремену меру заснива на правилима Закона о заштити пословне тајне.

или откривања пословне тајне; забрана производње, стављања у понуду или стављања на тржиште или употреба робе којом је почињена повреда, односно увоз, извоз или складиштење робе којом је почињена повреда у те сврхе; заплена или предаја робе за коју се сумња да је њом почињена повреда, укључујући увезену робу, како би се спречило њено стављање у промет на тржишту или њен промет на тржишту.[34]

Упоређујући садржину наведених привремених мера са садржином тужбених захтева из чл. 5 ст. 1 тач. 2–4 Закона о заштити пословне тајне, јасно се уочава да између њих готово да нема разлике. То није у складу са ставом домаће судске праксе по коме суд не може да одреди привремену меру чија се садржина подудара са тужбеним захтевом зато што би то имало смисао усвајања тужбеног захтева и коначног извршења пресуде.[35] Упркос томе, ово подударање постоји у Закону и оно је оправдано не само због потребе усаглашавања домаћег права са законодавством ЕУ, већ зато што нема алтернативног начина да правни систем ефикасно заштити пословну тајну. Наиме, садржина тужбеног захтева у судском поступку заштите пословне тајне је унапред одређена тако да је прилагођена специфичностима пословне тајне као правно заштићеног добра, то јест потреби да се њена тајност очува што је дуже могуће.[36] Међутим, доказивање постојања повреде пословне тајне захтева одређено време и ако би тужилац морао да чека правоснажност пресуде да би спречио њену злоупотребу, онда судска заштита за њега не би имала смисла јер би у међувремену настала (ненадокнадива) штета. Да се то не би догодило, неопходна је привремена мера, чији је циљ исти – спречавање злоупотребе пословне тајне. С обзиром на то да је њихов циљ исти, логично је да је и њихова садржина идентична јер се злоупотреба пословне тајне спречава одређеним радњама, које је Закон

34 Директива о пословним тајнама, чл. 10 ст. 1; Закон о заштити пословне тајне, чл. 10 ст. 1.

35 Лепосава Карамарковић, „Привремене мере у парничном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1–2/2000, 6.

36 Подсећања ради, то су тужбени захтеви којима тужилац од суда тражи да: наложи престанак повреде или, у зависности од случаја, да забрани туженом да користи или да открије пословну тајну; забрани туженом да производи, нуди, ставља у промет или користи робу којом је извршена повреда пословне тајне, односно забрани увоз, извоз или складиштење робе којом је повреда учињена са циљем производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе; одреди одговарајуће мере које се односе на робу којом је извршена повреда, и то: наложи повлачење такве робе с тржишта, или уклањање с робе својстава која је чине робом којом је извршена повреда пословне тајне, или уништење робе којом је извршена повреда, односно, ако је то оправдано, њено повлачење с тржишта, под условом да се повлачењем робе не угрожава заштита пословне тајне на коју се тужба односи (чл. 5 ст. 1 тач. 2–4 Закона о заштити пословне тајне).

препознао и предвидео како као садржину тужбеног захтева, тако и као садржину привремене мере.

Привремена мера штити предлагача као хитна мера коју суд доноси под претпоставком испуњености прописаних услова. Она је привременог карактера и њеним престанком противник предлагача би могао да настави са радњама злоупотребе пословне тајне. Због тога, привремена мера није подобна да самостално заштити оправдане интересе предлагача, већ је за то потребна трајна заштита, коју може да обезбеди само судска пресуда.[37] Осим што се међусобно разликују по трајању, између привремене мере и пресуде је евидентна и разлика у условима за њихово усвајање. Тако је за усвајање тужбеног захтева нужно да тужилац докаже да је тужени већ повредио пословну тајну (чл. 5 ст. 1 тач. 2–4), односно да је већ предузео радње које представљају непосредну претњу да ће је незаконито прибавити, користити или открити (чл. 5 ст. 2), док су услови за одређење привремене мере да предлагач учини вероватним да пословна тајна постоји, да је он законити држалац пословне тајне, а да је противник предлагача већ незаконито прибавио пословну тајну и користи је, или да ће доћи до њеног незаконитог прибављања, коришћења или откривања.[38]

Осим привремених мера које по садржини одговарају садржини Законом одређених тужбених захтева, суд може у истом поступку, и истовремено са тим привременим мерама, одредити и две додатне привремене мере, а то су: 1) заплена покретних и непокретних ствари лица против кога се предлаже одређивање привремене мере и 2) забрана исплате новчаних средстава са рачуна лица против кога се предлаже

37 Ипак, у предметима заштите пословне тајне пресуде не морају увек бити трајног карактера, што је, такође, одраз специфичности пословне тајне као предмета правне заштите. Конкретно, реч је о тужбеним захтевима из чл. 5 ст. 1 тач. 2 и 3 Закона о заштити пословне тајне, којима се туженом: налаже престанак повреде или му се, у зависности од случаја, забрањује да користи или да открије пословну тајну; забрањује производња, нуђење и стављање у промет или коришћене робе којом је извршена повреда пословне тајне, односно забрањује увоз, извоз или складиштење робе којом је повреда учињена са циљем производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе. Правило о трајности пресуде трпи одређена одступања. У ова два случаја је могуће да самом пресудом буде ограничено трајање забране (чл. 7 ст. 2 Закона), или на захтев лица које је повредило пословну тајну ако информације на које се тужбени захтев односи више не испуњавају законом прописане услове да се квалификују као пословна тајна, а што је наступило из разлога за које то лице није непосредно нити посредно одговорно (чл. 7 ст. 3 Закона о заштити пословне тајне).

38 Закон о заштити пословне тајне, чл. 10 ст. 1. Све привремене мере прописане Законом суд одређује у складу са начелом пропорционалности тако да она буде пропорционална природи и интензитету повреде, што се процењује с обзиром на околности конкретног случаја (чл. 7 Закона, а у вези са чл. 10 ст. 3).

одређивање привремене мере. За одређивање ових мера неопходно је да њихов предлагач учини вероватним да је треће лице већ незаконито прибавило, користило или открило пословну тајну у оквиру обављања своје делатности са циљем да прибави привредну или економску корист,[39] као и да му због тога прети ненадокнадива штета.[40]

Противник предлагача може отклонити опасност од доношења привремене мере ако положи јемство као обезбеђење тужиочевог потраживања накнаде штете. У том случају он до окончања судског поступка по тужби наставља да користи пословну тајну чија је заштита предмет спора.[41]

в) Тужба за накнаду штете

Свако лице, укључујући и законитог држаоца пословне тајне, има право на накнаду штете на основу општег прописа који уређује облигационе односе.[42] Законити држалац пословне тајне, поред тога, има могућност да одштетни захтев формулише и на основу специјалног правног режима за накнаду штете због повреде пословне тајне који је прописан Законом о заштити пословне тајне.[43] Овај посебни правни режим формулисан је у чл. 8 Закона и усклађен је са Директивом о пословним тајнама.[44]

Накнада материјалне штете остварује се у складу са начелом пуне компензације, па оштећени има право на накнаду стварне ште-

39 Према чл. 10 ст. 4 Закона о заштити пословне тајне привремену меру престанка или забране коришћења може да одреди и против посредника чије услуге користе трећа лица да би незаконито прибавила, користила или открила пословну тајну.

40 Закон о заштити пословне тајне, чл. 10 ст. 5.

41 Чл. 10 ст. 2 Директиве о пословним тајнама, који у готово идентичном тексту преузима чл. 10 ст. 2 Закона о заштити пословне тајне.

42 Проузроковање штете и њену надокнаду уређују бројне одредбе ЗОО које се по темама могу поделити на следећи начин: одговорност за штету (чл. 154–184); накнада вануговорне штете (чл. 185–205); накнада уговорне штете (чл. 262–269).

43 Поред тога, законити држалац послове тајне може, под предвиђеним условима, одштетни захтев остварити на основу на основу чл. 41 ЗТ, којим је злоупотреба пословне тајне прописана као једна од радњи која се квалификује као непоштена тржишна утакмица (чл. 41 ст. 1 тач. 4). Тако, трговац чију је пословну тајну незаконито стекао, користи или је открио тужени (лице које има својство трговца и конкурента) има право на накнаду како материјалне, тако и нематеријалне штете (чл. 41 ст. 3–6 ЗТ). Прописано је да се тужба у овом случају може поднети у року од шест месеци од дана сазнања за штету и штетника, односно у року од годину дана од окончања штетне радње (чл. 41 ст. 7 ЗТ). Право на накнаду штете због повреде пословне тајне гарантовано је и Законом о привредним друштвима (чл. 74 ст. 1 ЗПД).

44 Чл. 14 Директиве о пословним тајнама регулише питање накнаде штете.

те и измакле користи.[45] Поред тога, он има право и на накнаду нематеријалне штете под условом да докаже да је услед незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне претрпео такву, нематеријалну штету.[46] Правило о накнади нематеријалне штете представља специфичност правне заштите пословне тајне јер ЗОО, као општи пропис који уређује накнаду штете, не признаје изричито то право правним лицима. Ову околност домаћи судови тумаче, по правилу, на тај начин да правна лица не могу претрпети нематеријалну штету и да немају право на њену накнаду.[47]

Специфичност правног режима накнаде штете по основу Закона о заштити пословне тајне огледа се и у правилу које суду даје могућност да одреди накнаду штете у паушалном износу ако, у конкретном случају, не може да утврди износ накнаде штете, што је могуће због нематеријалне природе пословне тајне.[48] Критеријум на основу кога се опредељује паушални износ обештећења је објективан и узима у обзир висину накнаде коју би лице које је повредило пословну тајну платило да ју је користило на основу овлашћења њеног законитог држаоца.[49] Овако одређен износ обештећења нема, нити сме да има карактер казне, већ се мора одмерити тако да буде сразмеран претрпљеној штети.[50]

ī) Објављивање ӣресуде

Објављивање пресуде којом је тужилац успео у спору је посебни вид заштите пословне тајне на коју обавезује Директива о пословним тајнама.[51] Када суд одлучује да усвоји захтев тужиоца да се пресуда

45 Директива о пословним тајнама, чл. 14 ст. 1. Иако Закон о заштити пословне тајне не преузима ову одредбу, право на накнаду штете у складу са начелом пуне компензације се не доводи у питање у нашем праву, с обзиром на то да је прописано као опште правило у оквиру чл. 189 ЗОО.

46 Закон о заштити пословне тајне, чл. 8 ст. 3.

47 Тако, Апелациони суд у Београду у образложењу одлуке Гж. бр. 5514/12 од 7. 9. 2012. наводи да повреда доброг пословног угледа тужиоца, као повреда иначе правно заштићеног нематеријалног добра, сама по себи не може довести до новчане накнаде нематеријалне штете, јер се последице те повреде не манифестују у неком од правно признатих видова нематеријалне штете које прописује ЗОО. Наведено према: Драган Милић, „Правна лица и нематеријална штета“, доступно на адреси: *https://www.milic.rs/blog/16-pravna-lica-i-nematerijalna-steta/*, 12. 6. 2022.

48 Ово правило почива на чл. 14 ст. 2 Директиве о пословним тајнама, који изричито предвиђа могућност да се националним прописима установи то право суда у наведеној ситуацији.

49 Закон о заштити пословне тајне, чл. 8 ст. 4.

50 Директива о пословним тајнама, преамбула тач. 30.

51 Чл. 15 Директиве о пословним тајнама. Ова мера нормирана је у оквиру чл. 9 Закона о заштити пословне тајне. Чл. 9 ст. 1 Закона предвиђа да држалац пословне

објави у средствима јавног информисања, о трошку туженог, он мора пажљиво да формулише своју одлуку како се објављивањем пресуде не би угрозила тајност пословне тајне, јер када се она једном открије – повраћај у пређашње стање више није могућ. Овом мером се чини јавно доступном информација да је учињена повреда пословне тајне тужиоца, чиме се остварује неколико значајних циљева. Пре свега, њена је улога превентивна јер може допринети одвраћању потенцијалних извршилаца злоупотребе пословне тајне у будућности. Поред тога, на овај начин се подиже свест јавности о значају и потреби заштите пословних тајни.[52]

За тужиоца који је оштећен због тога што је тужени незаконито стекао, користио или открио пословну тајну, објављивање пресуде представља сатисфакцију. Имајући то у виду ова се заштитна мера у односу на тужиоца може посматрати и као неновчана накнада нематеријалне штете,[53] што се може аргументовати и позивањем на чл. 199 ЗОО, који уређује нематеријалну штету због повреде права личности.[54] Као права личности најчешће се наводе право на живот, телесни интегритет, духовни интегритет, слобода, част, углед итд.[55] Очигледно је да су побројана права иманентна физичким лицима, али је могуће и да нека од њих буду својствена и правним лицима, на пример право на фирму и право на пословни углед.[56] Ако је то тако, онда повреда тих права може проузроковати нематеријалну штету правном лицу.[57]

тајне може тужбом захтевати да правоснажна пресуда, којом су у целини или делимично прихваћени тужбени захтеви из чл. 5 и 8 тог закона, буде објављена у целини или делимично у средствима јавног информисања о трошку туженог. За тужбене захтеве из чл. 5 вид. излагање о тужби (поднаслов 2.2.1. у овом раду), а за захтеве из чл. 8 Закона вид. излагање о привременим мерама (поднаслов 2.2.2. у овом раду).

52 Директива о пословним тајнама, преамбула тач. 31.

53 Право законитог држаоца пословне тајне на нематеријалну штету је изричито признато чл. 8 ст. 3 Закона о заштити пословне тајне.

54 Чл. 199 ЗОО гласи: „У случају повреде права личности суд може наредити, на трошак штетника, објављивање пресуде, односно исправке, или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом."

55 Ивана Симоновић, Мирослав Лазић, „Грађанскоправна заштита права личности", *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 68/2014, 270. Вид. Драгољуб Стојановић, „Члан 199", *Коментар Закона о облигационим односима* (главни ред. Слободан Перовић), Београд, 1995, 466.

56 Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978, 911.

57 Подсећања ради, понављамо да је Законом о заштити пословне тајне изричито признато право законитог имаоца пословне тајне, који је по правилу правно лице, на накнаду нематеријалне штете (чл. 8 ст. 3 Закона о заштити пословне тајне).

Објављивање пресуде којом се потврђује повреда права личности према чл. 199 ЗОО представља за тужиоца одређени вид сатисфакције, која се огледа у томе што се он на тај начин доводи у ону друштвену и личну ситуацију, односно стање у коме би се налазио да му таква повреда није нанета.[58] Аналогно томе, објављивање пресуде у којој је тужилац успео у спору за заштиту пословне тајне представља неновчани вид накнаде нематеријалне штете. Ово зато што је основни циљ накнаде штете успостављање стања које је било пре него што је штета настала (чл. 185 ст. 1 ЗОО), па би се у овом случају ова неновчана накнада могла одредити и као натурална реституција.[59]

3. Остваривање заштите пословне тајне у кривичном поступку

Одавање пословне тајне је нормирано као кривично дело у чл. 240 Кривичног законика Републике Србије.[60] Радња извршења основног облика овог кривичног дела је одређена као неовлашћено саопштавање, предаја или на други начин чињење доступним података који представљају пословну тајну, или прибављање таквих података у намери да се предају непозваном лицу. Тежи облик дела је квалификаторно одређен с обзиром на околности његовог извршења и односи се на ситуацију када починилац то чини из користољубља.[61] Поред тога, за квалификацију тежег облика неопходно је и да подаци или документи који представљају

58 Објашњавајући ову тврдњу, Визнер објашњава да се код успостављања претходног стања када је у питању материјална штета због уништења или оштећења туђе ствари, што регулише чл. 185 ЗОО, ради о објективном поправљању штете путем натуралне реституције, док се овде ради о субјективној „задовољштини" којом се исправља, брише љага нанета оштећеном и код њега се успоставља оно стање које је постојало пре учињене повреде неког његовог права личности, а што се не постиже неком фактичком натуралном реституцијом већ успостављањем оног стања у коме се оштећеник налазио пре повреде, с обзиром на свој друштвени положај. B. Vizner, 911–912.

59 *Ibid.*

60 Чл. 240 КЗ гласи: „(1) Ко неовлашћено другом саопшти, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну тајну или ко прибавља такве податке у намери да их преда непозваном лицу, казниће се затвором од шест месеци до пет година. (2) Ако је ово дело учињено из користољубља у погледу нарочито поверљивих података, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година, и новчаном казном, а ако је учинио из нехата, казниће се затвором до три године. (3) Ко дело из става 1 овог члана учини из нехата казниће се затвором до три године. (4) Пословном тајном сматрају се подаци и документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном на основу закона проглашени пословном тајном чије би одавање проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице за субјект привредног пословања."

61 Вид. Предраг Мирковић, Марија Јоксовић, „Правне последице дужности чувања пословне тајне", *Култура полиса*, посебно издање, 2017, 152–153, 149–154.

пословну тајну имају нарочито поверљив карактер. Кривично дело се сматра довршеним самим прибављањем поверљивих података са намером да се предају непозваном (неовлашћеном) лицу.[62]

Законити држалац пословне тајне би требало да размишља рационално и целисходно те да кривичноправну заштиту користи када за то постоје озбиљни разлози и оправдана потреба, јер се може претпоставити да надлежни органи своје ресурсе приоритетно користе за расветљавање тежих кривичних дела. Поред тога, за откривање и доказивање овог кривичног дела често је потребна примена одређених, високо специјализованих знања да би се препознало да ли одређени подаци или документација представљају пословну тајну,[63] да ли ти подаци или документација имају нарочито поверљив карактер, да ли је кривично дело уопште извршено ако је заштита пословне тајне организована уз примену напредних технологија и/или је радња извршења почињена уз коришћење напредних технологија итд.

III Закључак

Систем правне заштите пословне тајне у Републици Србији је уређен на начин да обезбеђује ефикасну заштиту информација, докумената, знања и искуства и других садржаја који, ако су тајни, обезбеђују компетитивну предност њиховог законитог држаоца на тржишту. Ризик за злоупотребу пословних тајни је реалан и увећава се сразмерно са ширењем употребе компјутера за њихово складиштење, те коришћења интернета, електронске поште и осталих савремених средстава комуникација за размену информација, укључујући и пословне тајне. Због тога је од кључног значаја да привредни субјекти континуирано предузимају одговарајуће мере да своје пословне тајне прво идентификују, а потом и да их заштите. Први ниво заштите пословних тајни је у рукама њихових законитих држалаца, и уколико је они боље организују и спроведу – утолико се смањују ризици за њихову злоупотребу. Ако се то ипак догоди, онда законитом имаоцу пословне тајне стоји на располагању могућност коришћења различитих мера и поступака за њихову заштиту.

У овом раду се анализира систем правне заштите пословне тајне који је у правном систему Србије формулисан тако да буде ефикасан ако

62 Ненад Тешић, „Пословна тајна на српски начин (*de lege lata*)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011, 534.

63 Према чл. 240 ст. 4 КЗ „Пословном тајном сматрају се подаци и документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном на основу закона проглашени пословном тајном чије би одавање проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице за субјект привредног пословања“.

се правилно примењује. Циљ рада је да применом догматскоправног метода представи тај правни режим, а потом и да се он анализира као целовит систем, те да се идентификују његове специфичности и да се оне адекватно вреднују. Полазна хипотеза је да је заштита пословних тајни стратешко питање које захтева пажљиво планирање и организовање, као и константно унапређивање, што све има за циљ да се очувају пословне тајне и да се оне што дуже економски искоришћавају.

Ако законити држалац пословне тајне сматра да су оне већ злоупотребљене (незаконито стечене или неовлашћено коришћене или су откривене), или да је треће лице већ предузело радње које представљају непосредну претњу да ће пословна тајна бити злоупотребљена, он може своје интересе заштити пред судом, при чему му стоје на располагању различите мере заштите. Да би донео за себе најбољу одлуку о томе које мере, или коју комбинацију могућих мера ће тражити од суда да усвоји он треба стратешки да размотри све релевантне правне и пословне чиниоце у конкретном случају. Циљ рада је испуњен ако заинтересована лица у њему пронађу неке од одговора на питања која се постављају у конкретним ситуацијама злоупотреба пословних тајни.

Коришћена литература

Vizner Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978.

Дабетић-Трогрлић Весна, Томић Милета, *Правна дијагноза*, Београд, 2020. (Dabetić-Trogrlić Vesna, Tomić Mileta, *Pravna dijagnoza*, Beograd, 2020)

Карамарковић Лепосава, „Привремене мере у парничном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1–2/2000. (Karamarković Leposava, „Privremene mere u parničnom postupku“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1–2/2000)

Мирковић Предраг, Јоксовић Марија, „Правне последице дужности чувања пословне тајне“, *Култура полиса*, посебно издање, 2017. (Mirković Predrag, Joksović Marija, „Pravne posledice dužnosti čuvanja poslovne tajne“, *Kultura polisa*, posebno izdanje, 2017)

Newman K. Bradford, „Protecting Trade Secrets – Dealing with the Brave New World of Employee Mobility“, *Business Law Today*, Vol. 17, Nr. 2/2007.

Перовић Вујачић Јелена „Клаузула поверљивости у међународним привредним уговорима“, *Constitutio lex superior: сећање на професора Павла Николића* (ур. Оливер Николић, Владимир Чоловић),

Београд, 2021. (Perović Vujačić Jelena „Klauzula poverljivosti u međunarodnim privrednim ugovorima“, *Constitutio lex superior: sećanje na profesora Pavla Nikolića* (ur. Oliver Nikolić, Vladimir Čolović), Beograd, 2021)

Симоновић Ивана, Лазић Мирослав, „Грађанскоправна заштита права личности“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 68/2014. (Simonović Ivana, Lazić Miroslav, „Građanskopravna zaštita prava ličnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu*, br. 68/2014)

Стојановић Драгољуб, „Члан 199“, *Коментар Закона о облигационим односима* (главни ред. Слободан Перовић), Београд 1995. (Stojanović Dragoljub, „Član 199“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (glavni red. Slobodan Perović), Beograd, 1995)

Тешић Ненад, „Пословна тајна на српски начин (*de lege lata*)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011. (Tešić Nenad, „Poslovna tajna na srpski način (*de lege lata*)“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU (2011)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2011)

***Katarina* JOVIČIĆ, PhD**
Senior Research Fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

TRADE SECRET PROTECTION IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The subject of this paper is analysis of trade secret protection in Serbian law, which is organized and implemented at two levels: within the business company and the proceedings before the court. By applying the dogmatic method of research, the rules of current and relevant domestic sources of law are analysed, while the comparative method is used for comparing the Serbian system of trade secret legal protection with the analogous legal system in the European Union. The starting hypothesis is that the protection of trade secrets is a strategic issue that requires thoughtful planning and organization as well as constant improvement to preserve trade secrets and use their commercial potential for as long as possible. The aim of this work is to reach the conclusions that are practically usable both for trade secrets holders and for everyone else who participates in various roles in judicial procedures for trade secret protection.

***Key words**: Trade Secret Protection. – Lawsuit Claims for Trade Secret Protection. – Claim for Damages Due to Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of Trade Secret. – Provisional Measures for the Protection of Trade Secret.*

Датум пријема рада: 10. 8. 2022.
Датум прихватања рада: 10. 10. 2022.

УДК: 005.21:334.724(497.11) ; 005.336.1
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22404A

др *Јелена* ЛЕПЕТИЋ[*]
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ЈАВНА ПРЕДУЗЕЋА – СТАРИ И НОВИ ИЗАЗОВИ[**]

Сажетак

У овом раду, аутор анализира правила којима су регулисана јавна предузећа. Након излагања о терминолошким проблемима, дата је дефиниција јавних предузећа. Указано је на непотребност постојања јавних предузећа као посебне врсте привредних субјеката, као и на то да је потребно сачинити усаглашену стратегију у погледу будућности свих јавних предузећа, а не само оних чији је оснивач држава. Такође, истакнута је и потреба усаглашавања закона, као и неопходност прилагођавања правила о органима јавних предузећа потребама више оснивача. Даље су приказане разлике између правила о управљању јавним предузећима и привредним друштвима. Аутор закључује да је неопходно начелно применити општа правила и на јавна предузећа, при чему се поједина специјална правила могу предвидети општим или посебним законом. На крају, обрађено је и питање уравнотежене заступљености полова у органима управљања и надзора јавних предузећа.

---

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

[**] Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2022. годину.

Кључне речи: *Јавна предузећа. – Привредни субјекти под контролом државе. – Корпоративно управљање. – Уравнотежена заступљеност полова у органима управљања и надзора.*

I Увод***

Закон о јавним предузећима предвиђа застарео и неуобичајен систем регулисања јавних предузећа као посебне врсте привредних субјеката.[1] Такав модел регулисања је готово јединствен на светском нивоу. Од система који се тренутно примењује у Републици Србији одустала је и већина држава региона које су га некада познавале. Дакле, основно питање на које треба дати одговор је да ли јавна предузећа треба да буду посебна врста привредних субјеката или их треба укинути. У раду ће посебно бити речи и о потреби усаглашавања планирања на државном и локалном нивоу у погледу будућности јавних предузећа. Наиме, важно је имати јединствену стратегију која се односи на сва јавна предузећа, иако временска динамика може да варира у зависности од тога ко је оснивач јавног предузећа.

Значајан проблем у вези са јавним предузећима у српском праву представља и неусаглашеност закона. У том смислу, истиче се неусаглашеност Закона о јавним предузећима и Закона о локалној самоуправи.[2] Поред наведеног примера неусаглашености закона, постоје и други прописи који нису усаглашени са Законом о јавним предузећима. На пример, одредбе Закона о комуналним делатностима такође нису са њим усаглашене.[3]

Иако се то не може закључити на основу назива Закона, специјални правни режим који предвиђа Закон о јавним предузећима примењује се не само на јавна предузећа, већ и на привредна друштва која обављају

*** Инспирацију за поједине идеје које су изложене у овом раду ауторка је добила радећи на пројекту Сталне конференције градова и општина – СКГО, чији је циљ израда „Смерница за оснивање међуопштинских јавних предузећа и међуопштинских друштава са ограниченом одговорношћу и пратећих модела међуопштинских споразума". Ауторка је захвална свим члановима пројектног тима на корисним сугестијама у вези са њеним размишљањима о међуопштинским привредним субјектима, који су свакако утицали и на квалитет овог рада. Ауторка је једина одговорна за ставове који су у раду изнети.

1 Закон о јавним предузећима – ЗЈП, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016 и 88/2019.

2 Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон.

3 Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 104/2016 и 95/2018.

делатност од општег интереса уколико су испуњени одређени услови. Због тога, ни сама промена правне форме јавних предузећа у друштва капитала не решава проблеме који се везују за регулативу управљања јавним предузећима. Правила о организацији, односно управљању привредних друштава која предвиђа Закон о привредним друштвима, значајно се разликују од оних која предвиђа Закон о јавним предузећима.[4] С обзиром на то да постоји општи закон који се примењује на привредна друштва, дуплирање правила је често неоправдано, што не значи да потребу постојања посебних правила треба у потпуности негирати. У сваком случају, питање потребе постојање јавних предузећа као посебне врсте привредних субјеката треба одвојити од потребе предвиђања посебних правила у погледу управљања субјектима које контролише држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе због њихове специфичности.

Поред наведених изазова у вези са укидањем јавних предузећа као посебних привредних субјеката, проблема неусаглашености закона и неадекватног система управљања јавним предузећима, а за које се може рећи да нису нови изазови са којима се Србија сусрела, у раду ће бити анализиран и један релативно нов изазов у вези са родном равноправношћу. Управо су привредни субјекти чији су оснивачи држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, у које спадају и јавна предузећа, ти који би требало да буду покретачи и пионири у погледу промовисања родне равноправности у области пословног права.

Структура рада је следећа: након представљања терминолошких проблема и одређивања појма јавних предузећа, пажња се усмерава на укидање јавних предузећа и промену правне форме. Након тога, обрађен је проблем управљања јавним предузећима, да би на крају било речи о уравнотеженој заступљености полова у органима управљања и надзора јавних предузећа.

II Терминолошки проблеми

Појам предузеће (енгл. *enterprise/undertaking*, фр. *enterprise*, нем. *Unternehmen*) се уобичајено схвата као објект, а не као субјект права.[5] Ипак, у српском праву предузеће се појављује као носилац делатности, односно субјект права кроз постојање јавних предузећа (енгл. *public*

4 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

5 Вид. Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2020, 51–52.

enterprise), као посебне врсте привредног субјекта. Поред необичности признавања правног субјективитета предузећу, додатну терминолошку специфичност производи и коришћење термина „јавно". Наиме, реч „јавно" се у пословном праву обично односи на јавна привредна друштва. Реч је о издаваоцима који су успешно извршили јавну понуду хартија од вредности или чије су хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно мултилатералној трговачкој платформи – МТП у Србији.[6] За разлику од његовог уобичајеног значења, термин „јавно" из Закона о јавним предузећима треба да укаже на то да је реч о субјекту који оснива држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Притом, јавна предузећа нису једини привредни субјекти које могу да оснују држава, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе. Наиме, јавна предузећа су само једна од врста државних привредних субјектима (енгл. *state-owned enterprises* / *state-controlled enterprises*).

У „Смерницама о корпоративном управљању привредним субјектима у власништву државе" Европске организације за безбедност и сарадњу (ОЕБС) из 2015. године, привредни субјекти у власништву државе су дефинисани као субјекти који су основани у било којој форми, а које контролише држава.[7] „Власништво" подразумева контролу која се врши на основу већинског капитал учешћа или на други начин (на пример, фактичка контрола је могућа на основу примене одредби уговора чланова).[8] Такође, држава може да контролише и субјекте у којима нема капитал, преко зависних друштава. Будући да економско схватање појма власништва, као власништва над привредним субјектима, не одговара правном појму власништва које подразумева власника удела, односно имаоца акција, исправно је говорити о привредним субјектима које држава контролише или привредним субјектима чији је држава члан.

Уколико нема контроле, начелно нема ни оправдања за примену посебних правила. Због тога се, на пример, „Смернице о корпоративном управљању привредним субјектима у власништву државе" не односе на субјекте над којима држава нема контролу а у којима има мање од 10% учешћа у капиталу, нити има дугорочни интерес да буде њихов

6 Вид. Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015, 108/2016, 9/20205 и 153/2020. Закон о тржишту капитала из 2021. године, који почиње да се примењује 5. 1. 2023. године, додаје и друштва чије су хартије од вредности укључене у трговање на ОТП тржишту. Упор. тренутно важећи Закон о тржишту капитала, чл. 2 тач. 43 и Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021, чл. 2 тач. 100.

7 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, 2015, 14.

8 *Ibid*.

члан.[9] Дакле, питање висине капитал учешћа може бити значајно приликом дефинисања субјеката на које треба применити посебна правила. Поред тога, значајна је и сврха стицања капитала. Наиме, уколико је реч о краткорочним потребама или интересима због којих се стиче контрола, примена посебних правила мора бити ограничена. На пример, уколико се већински удео или контрола стичу само привремено у случајевима стечаја, не сматра се да је реч о субјекту који контролише држава у смислу Смерница које је сачинио ОЕБС.[10]

III Појам

Јавна предузећа као посебан привредни субјект уведена су у српско право 1990. године. Први Закон о јавним предузећима престао је да важи 2000. године, усвајањем Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса.[11] Трећи Закон о јавним предузећима, са изворним називом, донет је 2012. године, да би новим био замењен већ 2016. године.[12] Важећи Закон о јавним предузећима из 2016. године мењан је за сада само једном.

Значајно је истаћи да се законска дефиниција јавних предузећа из 1990. године до данас суштински није мењала. Наиме, јавна предузећа су субјекти који обављају делатност од општег интереса, при чему је Закон из 1990. говорио о делатностима од јавног интереса у истом контексту.[13] Пример делатности од општег интереса су делатности у области рударства и енергетике, саобраћаја, као и комуналне делатности. Актуелна законска дефиниција јавних предузећа додаје и да оснивачи јавних предузећа могу бити држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Према Закону о главном граду, оснивачи јавних комуналних предузећа могу бити и одређене градске општине, што представља изузетак од правила која предвиђа Закон о јавним предузећима.[14]

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

11 Закон о јавним предузећима, *Службени гласник РС*, бр. 6/1990; Закон о јавним предузећима, *Службени гласник РС*, бр. 25/2000, 25/2002, 107/2005 – исправка и 108/2005 – др. закон.

12 Закон о јавним предузећима, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012, 116/2013 – аутентично тумачење и 44/2014 – др. закон.

13 Упор. Закон о јавним предузећима из 1990. године, чл. 1 ст. 1 и важећи ЗЈП, чл. 1.

14 Вид. Закон о главном граду, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 37/2019, и 111/2021 – др. закон, чл. 6 ст. 5. Реч је о градским општинама Барајево, Гроцка, Лазаревац, Младеновац, Обреновац, Сопот и Сурчин које могу да оснују јавно комунално предузеће уз претходну сагласност Скупштине града Београда.

У сваком случају, приликом оснивања и касније пословања јавних предузећа не долази до удруживања јавног и приватног капитала. Као што је раније речено, важећи Закон о јавним предузећима се не примењује само на јавна предузећа, већ и на друге облике организовања које обављају делатност од општег интереса.[15] Оно што јавна предузећа чини специфичним јесте да је реч о посебној врсти привредног субјекта за обављање делатности од општег интереса који има правни субјективитет, а чији су оснивачи искључиво субјекти јавног права. Управо то би била и њихова дефиниција. Дакле, дефиницију јавних предузећа чине три елемента: први се односи на правни субјективитет, односно посебну правну форму, други на оснивача, а трећи на делатност.

Елемент дефиниције који се односи на оснивача заслужује посебну пажњу. Конкретно, спорно је да ли више лица може основати јавно предузеће и да ли се након оснивања јавног предузећа оснивачу могу придружити и други чланови. Као што је већ напоменуто, према Закону о јавним предузећима, јавно предузеће могу да оснују држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Поред језичке конструкције норме и коришћења везника „или", на закључак да само једно од тих лица може да буде оснивач јавног предузећа, односно да јавно предузеће може да има само једног члана, упућују норме Закона о јавним предузећима којима су регулисани органи јавног предузећа. Наиме, на основу тих одредби, произлази да су оне писане за једночлане субјекте. Једночланост је карактеристика не само јавних предузећа, већ и друштава капитала која могу да обављају делатност од општег интереса у складу са Законом о јавним предузећима. Свакако да се то правило не односи на случајеве поверавања обављања делатности које се врши у складу са законом који регулише јавно-приватна партнерства и концесије.[16]

Ипак, могућност постојања више оснивача, предвиђена је другим законима. Тако је у изворној верзији Закона о локалној самоуправи из 2007. године, у чл. 88 поменута могућност образовања заједничких предузећа и других организација.[17] Та могућност је детаљније разрађена 2018. године када су унети нови чланови 88а–88д којима је регулисана сарадња и удруживање јединица локалне самоуправе. Употреба појма предузећа јасно указује на то да је могуће основати заједничко јавно предузеће, иако се не користи реч јавно у чл. 88, 88а и 88в Закона о локалној самоуправи. Исто тако, реч организација има довољно широко

15 Вид. ЗЈП, чл. 3 ст. 2.

16 Вид. ЗЈП, чл. 3 ст. 3 и чл. 9.

17 Вид. Закон о локалној самоуправи, чл. 88.

значење да може да обухвати и друге облике удруживања, укључујући и заједничка друштва капитала. Поред Закона о локалној самоуправи, могућност оснивања заједничких привредних субјеката за обављање делатности од општег интереса постоји и према другим законима. На пример, према Закону о водама, јединице локалне самоуправе могу да оснују заједничко јавно предузеће.[18]

Имајући у виду да се поменути примери односе само на удруживање јединица локалне самоуправе, питање (не)дозвољености оснивања јавних предузећа и друштава капитала за обављање делатности од општег интереса од стране државе, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе као више оснивача једног субјекта није решено. Тумачењем одредби Закона о јавним предузећима, а посебно оних које се односе на оснивање и органе јавних предузећа, може се закључити да оснивање тих субјеката од стране државе, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе комбиновано није дозвољено. С друге стране, питање више оснивача се не поставља када је реч о поверавању обављања делатности од општег интереса. Имајући у виду описане неусаглашености између закона и проблеме у вези са тумачењем, Закон о јавним предузећима треба изменити и јасно предвидети могућност оснивања јавних предузећа и друштава капитала која обављају делатност од општег интереса од стране више оснивача. Притом, потребно је томе прилагодити и одредбе о органима тих привредних субјеката.

IV Укидање јавних предузећа и потреба промене правне форме

Свест о превазиђености концепта јавних предузећа постоји и на државном нивоу. О томе говори чињеница да је још 2018. године усвојена „Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године", у којој је као основни проблем препознато управљање тим привредним субјектима на начин на који је то предвиђено Законом о јавним предузећима.[19] Због тога је исказана потреба промене форме јавних предузеће у једну од две форме друштава капитала – тзв. корпоративизација јавних предузећа.[20] Ипак, од тако схваћене

18 Вид. Закон о водама, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, 93/2012, 101/2016, 95/2018 и 95/2018 – др. закон, чл. 146, ст. 2.

19 Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, *Службени гласник РС*, бр. 30/18.

20 *Ibid*., 10.

„корпоративизације“ не треба много очекивати. Наиме, сама промена правне форме не подразумева да се правила о органима која су предвиђена Законом о јавним предузећима неће примењивати. У сваком случају, основна идеја „корпоративизације“ генерално би требало да подразумева корпоративно реструктурирање у погледу управљања, односно његово поједностављивање.[21] У Стратегији је такође наведено да поред проблема нејединственог правног оквира, односно паралелне примене Закона о јавним предузећима и Закона о привредним друштвима, постоји и проблем децентрализованог приступа управљања уделима и акцијама, као и непостојање јединственог надзора над свим привредним субјектима у којима држава има статус члана.[22]

Нажалост, слична стратегија није предвиђена за јавна предузећа чији су оснивачи аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или градска општина. Наиме, спровођење Стратегије која је већ усвојена неће елиминисати јавна предузећа као посебне привредне субјекте из правног система Србије. То фактички значи да ће доћи до промена Закона о јавним предузећима који ће морати да буде прилагођен преосталим јавним предузећима, односно онима чији оснивач није држава. Усвајање новог правног оквира који ће се примењивати на привредне субјекте чији је члан Република Србија планирано је за последњи квартал 2022. године, према Акционом плану за спровођење Стратегије државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, у периоду од 2021. до 2023. године.[23]

Промена правне форме јавних предузећа у неку од форми друштава капитала је и сада могућа, али није обавезна. Притом, она није посебно регулисана Законом о јавним предузећима. Промена правне форме једне врсте привредног друштва у другу регулисана је Законом о привредним друштвима.[24] Одредбе Закона о привредним друштвима којима је уређен правни положај друштава са ограниченом одговорношћу сходно се примењују на јавна предузећа у случајевима када та питања нису уређена Законом о јавним предузећима.[25] Дакле, промена правне форме јавног предузећа у неку од форми друштава

21 Вид. Нада Тодоровић, Јасмина Лабудовић Станковић, „Нови корпоративни оквир за јавна предузећа у Србији“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2016, 92.

22 *Ibid*., 10-11.

23 Вид. Акциони план за спровођење Стратегије државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, у периоду од 2021. до 2023. године, *Службени гласник РС*, бр. 30/2018, 7.

24 Вид. ЗПД, чл. 478-482.

25 Вид. ЗЈП, чл. 76 ст. 1.

капитала спровешће се сходном применом одредаба Закона о привредним друштвима. Промена правне форме јавних предузећа у друштво са ограниченом одговорношћу или акционарско друштво не би требало да буде посебно захтевна када се узме у обзир број јавних предузећа чији је оснивач Република Србија. Наиме, највећи број привредних субјеката чији је члан Република Србији је организован у једној од те две форме друштава капитала. Конкретно, 58% тих субјеката су друштва са ограниченом одговорношћу, 30% је акционарских друштава, док је јавних предузећа само 10% (у категорију остало улази 2% субјеката).[26]

У сваком случају, актуелна ситуација у вези са формама привредних субјеката чији је држава члан је превише компликована, па је треба упростити. Управо то је и препорука „Смерница о корпоративном управљању привредним субјектима у власништву државе" које се сачинио ОЕБС, а којима је прецизирано да њихова форма треба да следи класичне корпоративне форме.[27]

V Проблем управљања јавним предузећима

Проблем децентрализованог управљања привредним субјектима у којима уделе, односно акције има држава треба разликовати од проблема управљања јавним предузећима уопште. Даље ће бити речи о проблему управљања јавним предузећима генерално, који се своди на питање организације, односно на органе јавног предузећа и њихову надлежност. Први агенцијски проблем који постоји између већинског члана и управе је посебно изражен када је тај члан држава, будући да циљ пословања тих субјеката не подразумева само остваривање добити, већ се мора водити рачуна и о социјалним и политичким циљевима.[28] Исто се може рећи и за случајеве када је тај члан аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Наведеној ситуацији у вези са првим агенцијским проблемом посебно доприносе отежавајуће околности које

26 Реч је о прелиминарним подацима. Вид. Стратегију државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, 8.

27 Вид. ОЕБС, *Смернице о корпоративном управљању привредних субјеката које контролише држава*, смерница II. А.

28 Ernest WK Lim, „Concentrated Ownership, State-Owned Enterprises and Corporate Governance", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, Nr. 3/2021, 4–5.

Генерално о агенцијским проблемима вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – Правни аспекти*, Београд, 2007, 19–23; Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање", *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Београд, 2008, 235 *et seq*.

се не јављају код субјеката са чисто приватним капиталом – накнада директора не мора да буде подстицајна, ризик од преузимања не постоји, док је ризик од стечаја значајно мањи, због чега је реално очекивати да ће директори уложити мањи труд него што би то био случај да је реч о субјектима чији већински члан није држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.[29]

У контексту домаћег права, значајно је истаћи да се правила о преузимању не примењују на јавна предузећа. Према Закону о стечају, стечајни поступак се не може спровести над правним лицем чији је оснивач држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе ако се та лица искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из буџета државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.[30] У тим случајевима за обавезе правног лица одговарају оснивачи солидарно. Дакле, над јавним предузећима која се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из буџета оснивача не може се спровести стечајни поступак. На крају, посебну отежавајућу околност у погледу првог агенцијског проблема представљају и решења о разрешењу директора, која нису прилагођена потреби ефикасности пословања. У сваком случају, може се закључити да је први агенцијски проблем свакако посебно изражен у контексту јавних предузећа.

Према Закону о јавним предузећима, органи јавног предузећа су надзорни одбор и директор. Прва и кључна разлика у односу на привредна друштва огледа се у непостојању скупштине. Непредвиђање скупштине као посебног органа је резултат концепције Закона о јавним предузећима која се заснива на идеји једночланости, односно једног оснивача. Управо због тога не чуди ни изостанак могућности именовања више директора. Такође, у јавним предузећима дозвољен је само један систем управљања, док код привредних друштава постоји могућност избора оснивача између једнодомног или дводомног система управљања. Другачије речено, за разлику од јавних предузећа која обавезно имају надзорни одбор, привредно друштво не мора да га има.

У зависности од тога ко је оснивач, надзорни одбор јавног предузећа може да има три или пет чланова. Ако је оснивач држава, чланова је пет, од којих је један председник надзорног одбора, док је чланова три ако је оснивач аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Чланови надзорног одбора се бирају на четири године. У сваком случају, један од чланова надзорног одбора мора бити из

29 E. WK Lim, 5.

30 Вид. Закон о стечају, *Службени ɪласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 14 ст. 1.

реда запослених. Када је оснивач држава, надзорни одбор мора имати и независног члана. Чланове надзорног одбора именује Влада, надлежни орган аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. У сваком случају, јасно је да оснивачи бирају чланове надзорног одбора, као што је то случај и код друштава капитала са дводомним системом управљања. С друге стране, обавеза именовања пет чланова надзорног одбора је захтевнија у односу на правила која су предвиђена Законом о привредним друштвима, према којем је минималан број чланова надзорног одбора три.

Суштински разлози за именовање већег броја чланова надзорног одбора не постоје, јер квалитет надзора није гарантован именовањем већег броја чланова. Један од услова за именовање члана надзорног одбора је и познавање области корпоративног управљања или финансија.[31] Такав услов не постоји у Закону о привредним друштвима, који генерално предвиђа мањи број услова за именовање члана надзорног одбора у односу на Закон о јавним предузећима.[32] Дакле, услови за именовање члана надзорног одбора јавног предузећа су строжи од оних који предвиђа Закон о привредним друштвима. Поред тога, појам независног члана надзорног одбора из Закона о јавним предузећима се разликује од истог појма из Закона о привредним друштвима – услови које лице мора да испуни да би могао да буде независни члан нису исти.[33] Значајно је истаћи и да обавеза именовања независног члана надзорног одбора постоји само за јавна акционарска друштва према Закону о привредним друштвима. Иако је начелно обавеза именовања независног члана надзорног одбора у јавним предузећима чији је оснивач држава вредно хвале, оправдано је поставити и питање да ли независних чланова треба да буде више. На пример, у Великој Британији, у тзв. приватним друштвима, односно друштвима која контролишу субјекти приватног права, као и у тзв. јавним друштвима која контролише држава, независни директори морају да буду већина у одбору директора.[34] У том смислу, може се размишљати и о повећању обавезног броја независних чланова надзорног одбора и, уколико правила буду измењена, о повећању броја независних директора у привредним субјектима које контролише држава.

Још једна значајна разлика у односу на решења Закона о привредним друштвима, односи се на разрешење чланова надзорног одбора

31 Вид. ЗЈП, чл. 18 ст. 1 тач. 5.

32 Упор. ЗЈП, чл. 18 и ЗПД, чл. 228, 382, 391, 432 и 433.

33 Упор. ЗЈП, чл. 19 и ЗПД, чл. 392 и 437.

34 Вид. OECD, *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises – A Compendium of National Practices 2021*, Paris, 2021, 63.

јавног предузећа. Наиме, Закон о привредним друштвима дозвољава разрешење без навођења оправданог разлога, док Закон о јавним предузећима предвиђа разрешење из тачно одређених разлога.[35] На крају, надзорни одбор у јавним предузећима не именује директора, већ само врши надзор над његовим радом, док према Закону о привредним друштвима надзорни одбор именује директора, односно директоре.[36]

Директора јавног предузећа именује Влада, односно орган одређен статутом аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе на период од четири године. Услови за именовање директора јавног предузећа су бројнији у поређењу са условима из Закона о привредним друштвима, при чему за именовање директора друштва са ограниченом одговорношћу Закон не предвиђа посебне услове.[37] Такође, ни мандат директора друштва са ограниченом одговорношћу није ограничен, док је то максимално четири године у акционарским друштвима, уз могућност поновног именовања.[38]

Директор јавног предузећа именује извршне директоре, којих може бити највише седам.[39] Надлежности извршних директора нису предвиђене Законом о јавним предузећима. Њихова улога је да помогну директору у раду, па се могу сматрати помоћним органом. За разлику од решења Закона о јавним предузећима, извршни директори имају другачију улогу према Закону о привредним друштвима. Директори акционарског друштва генерално могу бити извршни и неизвршни, при чему јавно акционарско друштво са једнодомним системом управљања мора имати већину неизвршних директора.[40] Акционарско друштво са дводомним системом управљања, поред надзорног одбора, има једног или више извршних директора, односно извршни одбор. Друштво са ограниченом одговорношћу има једног или више директора. За разлику од Закона о јавним предузећима, који предвиђа обавезно формирање комисије за ревизију само у случајевима када је оснивач Република Србија, Закон о привредним друштвима предвиђа обавезно образовање комисије за ревизију у јавним акционарским друштвима, при чему одбор директора, односно надзорни одбор могу образовати комисију за именовање, комисију за накнаде, као и друге комисије у складу са потребама друштва.[41]

35 Упор. ЗЈП, чл. 21 и ЗПД, чл. 231, 395 и 439.

36 Упор. ЗЈП, чл. 22 ст. 1 тач. 6 и ЗПД, чл. 232 ст. 1 тач. 2 и 420 ст. 1.

37 Упор. ЗЈП, чл. 25 и ЗПД, чл. 219, 382 и 418.

38 Вид. ЗПД, чл. 385.

39 Вид. ЗЈП, чл. 26 ст. 1 тач. 9 и чл. 27 ст. 3.

40 Вид. ЗПД, чл. 387.

41 Упор. ЗЈП, чл. 55 и ЗПД, чл. 409 и 446.

Кључна разлика између Закона о јавним предузећима и Закона о привредним друштвима у погледу именовања директора огледа се у томе што се директори јавног предузећа именују у посебном поступку, односно након јавног конкурса који спроводи Комисија за спровођење конкурса за избор директора. Састав Комисије се разликује према томе ко је оснивач јавног предузећа. Такав поступак није предвиђен за привредна друштва, изузев за она која обављају делатност од општег интереса када се на њих примењују одредбе Закона о јавним предузећима.

Када је реч о разрешењу директора, Закон о јавним предузећима прихвата систем разрешења из оправданих разлога, за разлику од Закона о привредним друштвима према којем се директор може разрешити без навођења разлога.[42] Притом, Закон о јавним предузећима предвиђа разлоге када је разрешење обавезно и када је разрешење само могуће. Такође, Закон о јавним предузећима регулише институт суспензије директора.[43] С друге стране, Закон о привредним друштвима познаје институт дисквалификације директора.[44] На крају, специфичност Закона о јавним предузећима представља и институт вршиоца дужности који се може именовати до именовања директора.[45] Иако вршилац дужности мора испуњавати услове за директора и обављати ту функцију највише једну годину, без могућности поновног именовања, идеја обавезног спровођења конкурса за именовање директора у пракси се често обесмишљава управо именовањем вршиоца дужности. С друге стране, Закон о привредним друштвима познаје институт привременог заступника кога на захтев члана друштва или заинтересованог лица именује суд у ванпарничном поступку ако друштво остане без директора а нови не буде регистрован у даљем року од 30 дана.[46] Такође, Закон о привредним друштвима уређује и институт кооптације којим се у случајевима када се број директора смањи испод броја који је одређен статутом омогућава преосталим директорима акционарског друштва да именују највише два лица која ће вршити дужност недостајућих директора до именовања нових.[47] Дакле, може се закључити да закони полазе од других идеја и када је реч о именовању, броју и престанку мандата директора, а посебно у погледу решавања проблема који настају у случајевима када нема директора, односно довољног броја директора. Такође, број обавезних органа у јавним предузећима је мањи него што је то случај у

42 Упор. ЗЈП, чл. 48-50 и ЗПД, чл. 220, 395, 425 ст. 3.

43 Вид. ЗЈП, чл. 51.

44 Вид. ЗЈП, чл. 67 ст. 2 и чл. 78 ст. 2.

45 Вид. ЗЈП, чл. 52.

46 Вид. ЗПД, чл. 221 ст. 4, чл. 397, чл. 426 ст. 5.

47 Исто се примењује и за надзорни одбор. Вид. ЗПД, чл. 386 и 436.

привредним друштвима, при чему се и решења у вези са помоћним органима значајно разликују. Разлози за толико различите концепције не постоји, због чега је потребно начелно уједначити правни оквир.

VI Уравнотежена заступљеност полова у органима управљања и надзора

Уједначавање правног оквира за привредне субјекте чији је члан Република Србија је одлична прилика за промовисање и унапређење родне равноправности, односно уравнотежене заступљености послова у органима управљања и надзора тих субјеката. То је препознато и у „Стратегији државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године", будући да се у њој наводи да ће Министарство привреде „поставити смернице о циљевима родне равноправности које треба применити у матрицама профила за кандидате за одбор."[48]

Родна равноправност је дефинисана Законом о родној равноправности који је усвојен 2021. године.[49] Ступањем на снагу Закона из 2021. године престао је да важи Закон о равноправности полова из 2009. године.[50] Законска дефиниција родне равноправности, између осталог, подразумева и равномерно учешће и уравнотежену заступљеност жена и мушкараца у економској области и другим сферама друштвеног живота, укључујући доношење и спровођење одлука, у које свакако спадају и пословне одлуке.[51] Дакле, на терену корпоративног управљања, родна равноправност подразумева уравнотежену заступљеност жена у органима управљања и надзора привредних субјеката.

Када је заступљеност једног од полова између 40% и 50% у односу на други пол, заступљеност полова је уравнотежена, док је у случајевима када је заступљеност једног од полова у односу на други нижа од 40%, заступљеност полова је осетно неуравнотежена, осим ако је другачије предвиђено посебним законима.[52] Да би се родна равноправност остварила и унапредила, могу се применити опште и посебне мере. Опште мере су мере које су прописане законом а којима се забрањује дискриминација на основу пола, односно рода или налаже одређено

48 Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, 27.

49 Закон о родној равноправности – ЗРР, *Службени гласник РС*, бр. 52/2021.

50 Закон о равноправности полова, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

51 Вид. ЗРР, чл. 3 и чл. 6 ст. 1 тач. 4.

52 Вид. ЗРР, чл. 6 ст. 1 тач. 9.

поступање у одређеној области, као и мере које су предвиђене другим актима чији је циљ остваривање родне равноправности. Посебне мере су активности, мере, критеријуми и праксе за обезбеђивање равноправног учешћа жена и мушкараца у свим сферама друштвеног живота и једнаке могућности за остваривање права и слобода које спроводи орган јавне власти и послодавац. Приликом њиховог одређивања, мора се, између осталог, обезбедити уравнотежена заступљеност у управним и надзорним телима.[53] Посебне мере спроводе органи јавне власти и послодавци. Оне се одређују и спроводе у оквиру годишњих планова или програма рада, односно пословања органа јавне власти и послодаваца.

У органе јавне власти спадају јавна предузећа, као и друга правна лица која оснива или финансира, било у целини или претежно, Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.[54] Дакле, у њих спадају привредни субјекти чији је оснивач/члан држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе. Ти субјекти су уједно и послодавци. Органи јавне власти и послодавци који имају више од 50 запослених и радно ангажованих лица дужни су да спроводе посебне мере.

Уколико је заступљеност полова у органима управљања и надзора јавних предузећа осетно неуравнотежена, орган који је надлежан за именовање, односно уз чију се сагласност именује члан органа управљања или надзора мора да предузме посебне мере. Само изузетно, односно уколико постоје објективни разлози у складу са законом и када је сачињено образложење у којем су наведене и образложене специфичности које зависе од природе посла, службе или делатности, места и услова рада, посебне мере се доносе уважавајући те специфичности.[55] Непоступање органа јавне власти у складу са обавезом планирања, доношења, спровођења и објављивања резултата посебних мера, представља радњу прекршаја из Закона о родној равноправности.[56] Иако је наратив норми такав да упућује на закључак да је реч обавезним квотама, Закон не предвиђа конкретну санкцију за случај недостизања квоте од 40% без оправданог образложења.[57] Због тога, може се закључити да у нашем праву квота од 40% у вези са заступљеношћу жена у

53 Вид. ЗРР, чл. 10 ст. 3 тач. 4.

54 Вид. ЗРР, чл. 6 ст. 1 тач. 18.

55 Вид. ЗРР, чл. 26. Таква обавеза постоји и у вези са структуром органа управљања и надзора код послодаваца. Вид. ЗРР, чл. 30.

56 Вид. ЗРР, чл. 68.

57 У чл. 68 ЗРР о прекршајима органа јавне власти не помиње се чл. 26 ЗРР који се односи на структуру органа управљања и органа надзора у органима јавне власти (нити се у чл. 67 којим су предвиђени прекршаји послодавца помиње чл. 30 који се односи на структуру органа управљања и надзора код послодавца).

органима управљања и надзора није класична обавезна квота. Квоте се генерално деле на обавезне и добровољне у зависности од тога да ли недостизање квоте са собом повлачи санкције или не.[58]

Специфичност српског решења огледа се у томе што је норма сачињена тако да упућује на закључак да је реч о обавезној квоти за обезбеђивање уравнотежене заступљености полова иако то није случај, па се те квоте могу назвати и обавезне квоте без адекватне санкције. У ширем смислу оне свакако јесу добровољне, због непостојања санкције у случају недостизања квоте. Систем препоручених квота, односно квота чије недостизање не повлачи санкције постоји и у другим државама. На пример, у Шпанији су препоручене квоте од најмање 40% заступљености у одборима за оба пола.[59]

У упоредним правним системима, квоте се обично везују за листирана друштва и/или за друштва која контролише држава. Тако је Словенија усвојила систем квота за успостављање уравнотежене заступљености жена у управним и надзорним одборима у привредним субјектима чији је члан држава, при чему иста правила нису предвиђена за листирана друштва.[60] У том контексту, значајно је истаћи да је и Норвешка, која је систем квота у свој правни систем увела још 2003. године, предвидела квоту од 40% да би се повећао број жена у управним и надзорним одборима листираних друштава, као и друштава чији је члан држава, као и јединица локалне самоуправе.[61] Притом, временска динамика за увођење система квота разликовала се према томе о којем субјекту је реч и ко је његов члан. Квоте су прво почеле да се примењују у друштвима чији је члан држава или јединица локалне самоуправе – већ 2004. године, затим у новооснованим јавним друштвима од 2006. године, након чега је примена проширена на сва јавна друштва 2008. године, док су последње обухваћене задруге на које је правило почело да се примењује 2009. године.[62] Значајан је и податак да је од 49 држава које су учествовале у истраживању које је објавио ОЕБС, чак 29% усвојило систем обавезних квота да би се обезбедила уравнотежена

58 О подели квота вид. Mareike Fröhlich, Tatjana Jevremović Petrović, Jelena Lepetić, „Gender, Business and the Law", *Gender-Competent Legal Education* (eds. Dragica Vujadinovic *et al.*), Springer (у процесу објављивања), одељак 3.2.2.

59 Европска комисија, „Извештај о родној равноправности у ЕУ за 2022. годину", 2022 (European Commission, „2022 Report on gender equality in EU", SWD(2022) 54 final, Brussels, 8. 3. 2022), 36.

60 Извештај о родној равноправности у ЕУ за 2022. годину, 36.

61 Linda Senden, Mirrela Visser, „Balancing a Tightrope: The EU Directive on Improving the Gender Balance among Non-Executive Directors of Boards of Listed Companies", *European Gender Equality Law Journal*, Nr. 1/2013, 23.

62 *Ibid*.

заступљеност жена у органима управљања привредних субјеката које контролише држава, док је 16% предвидело добровољне квоте или циљеве.[63]

На крају, важно је истаћи да је и у Предлогу директиве о унапређењу родне равнотеже међу неизвршним директорима листираних привредних друштава и повезаним мерама из 2012. године, који до данас није усвојен, посебан акценат стављен на „јавна предузећа" (енгл. *public undertakings*).[64] Она су дефинисана као учесници на тржишту над којима јавне власти могу директно или индиректно вршити доминантни утицај на основу власништва, финансијског учешћа или предвиђених правила, при чему се постојање доминантног утицаја претпоставља када јавна власт, директно или индиректно, има већинско учешће у уписаном капиталу, када контролише већину гласова које дају акције у том друштву и када има право да именује већину чланова управног или надзорног одбора.[65] Обавеза постизања уравнотежене заступљености пола који је мање заступљен у односу на други односи се на неизвршне директоре, при чему заступљеност тог пола треба да достигне 40%. Једина разлика која је предвиђена за „јавна предузећа" у односу на друге субјекте на које се Предлог односи састоји се у томе што квоту од 40% ти субјекти треба да достигну две године раније у односу на остала листирана друштва.[66] Дакле, унапређење родне равноправности обично почиње од субјеката које контролише држава. Уколико се домаћи законодавац определи да уведе обавезне квоте, оне би прво требало да почну да се примењују на субјекте које контролише држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.

VII Закључак

Проблеми у вези са законском регулативом јавних предузећа су бројни. Поједини су суштински, док има и оних који су само терминолошки. Уопштено говорећи, јавна предузећа представљају превазиђену врсту привредних субјеката. Правила која их регулишу нису конципирана

63 OECD (2021), 63.

64 Предлог директиве о унапређењу родне равнотеже међу неизвршним директорима листираних привредних друштава и повезаним мерама (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, COM/2012/0614 final – 2012/0299 (COD)*; даље у фуснотама: Предлог директиве из 2012. године).

65 Вид. Предлог директиве из 2012. године, чл. 2 (9).

66 Вид. Предлог директиве из 2012. године, чл. 4 (1).

у складу са потребама времена и праксе, при чему постоји и неусаглашеност Закона о јавним предузећима са другим законима, а посебно Законом о локалној самоуправи. Правила су генерално уподобљена јавним предузећима са једним оснивачем, при чему је предвиђен и комплексан систем управљања који значајно одступа од општих правила којима је регулисано управљање привредним друштвима. Иако потреба за посебним решењима свакако постоји у одређеним ситуацијама, оправдање за примену потпуно засебног режима који се притом примењује и на привредна друштва која обављају делатност од општег интереса је неоправдан. У сваком случају, правила о организацији јавних предузећа треба прилагодити потребама више оснивача.

Такође, укидање јавних предузећа треба да буде планирано за сва јавна предузећа, а не само за она које је основала држава. Притом, временска динамика може да буде различита у односу на то ко је оснивач. У сваком случају, промена правне форме јавних предузећа у друштва капитала сама по себи не решава проблеме управљања тим привредним субјектима, будући да ће посебна правила Закона о јавним предузећима која се односе на органе наставити да се примењују.

Промена регулативе привредних субјеката чији су оснивачи држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, посебно у делу организације, односно управљања може се искористити за промовисање родне равноправности, односно постизања уравнотежене заступљености полова у органима управљања и надзора јавних предузећа, чиме би био дат позитиван пример и осталим привредним субјектима. Наиме, идеја увођења обавезних квота са адекватном санкцијом за субјекте које контролише држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе огледа се, између осталог, и у подстицању других да исте мере примене на добровољној основи. У сваком случају, пред домаћим законодавцем стоје изазови креирања опште стратегије за будућност свих јавних предузећа, модернизовања правног оквира у погледу управљања и усаглашавања решења различитих закона.

Коришћена литература

Васиљевић Мирко, Јевремовић Петровић Татјана, Лепетић Јелена, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2020. (Vasiljević Mirko, Jevremović Petrović Tatjana, Lepetić Jelena, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Beograd, 2020)

Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – Правни аспекти*, Београд, 2007. (Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje – Pravni aspekti*, Beograd, 2007)

Lim Ernest WK, „Concentrated Ownership, State-Owned Enterprises and Corporate Governance", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, Nr. 3/2021.

Радовић Вук, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање", *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Београд, 2008. (Radović Vuk, „Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje", *Korporativno upravljanje – zbornik radova* (ur. Mirko Vasiljević, Vuk Radović), Beograd, 2008)

Senden Linda, Visser Mirrela, „Balancing a Tightrope: The EU Directive on Improving the Gender Balance among Non-Executive Directors of Boards of Listed Companies", *European Gender Equality Law Journal*, Nr. 1/2013.

Тодоровић Нада, Лабудовић Станковић Јасмина, „Нови корпоративни оквир за јавна предузећа у Србији", *Право и привреда*, бр. 4-6/2016. (Todorović Nada, Labudović Stanković Jasmina, „Novi korporativni okvir za javna preduzeća u Srbiji", *Pravo i privreda*, br. 4-6/2016)

Fröhlich Mareike, Jevremović Petrović Tatjana, Lepetić Jelena, „Gender, Business and the Law", *Gender-Competent Legal Education* (eds. Dragica Vujadinovic *et al.*), Springer (у процесу објављивања).

Jelena **LEPETIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

PUBLIC ENTERPRISES – OLD AND NEW CHALLENGES

Summary

In this paper, the author analyses rules which regulate public enterprises. The definition of public enterprises is provided after presenting the terminological issues. The paper points out that the existence of public enterprises as a special type of business entities is unnecessary, as well as that coordinated strategy regarding the future of all public enterprises, not only those founded by the state, should be drawn up. Also, the need to harmonize laws is highlighted as well as the necessity of adjusting the rules regarding the organization of public enterprises to the needs of multiple founders. Furthermore, the differences between the rules on the management of public enterprises and commercial companies are described. The author concludes that, in principle, it is necessary to apply general rules to public enterprises as well, whereby any special rules may be stipulated by general or special law. Finally, the issue of gender balance on management and supervisory boards of public enterprises is also examined.

Key words: *Public Enterprises. – State-owned Enterprises. – Corporate Governance. – Gender Balance on Management and Supervisory Boards.*

Датум пријема рада: 28. 10. 2022.
Датум прихватања рада: 15. 12. 2022.

УДК: 347.74 ; 334.752 ; 332.1(497.11)
CERIF: S 130, S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22405A

***Дејан* МИЛЕНКОВИЋ**[*]
ванредни професор Универзитета у Београду – Факултета политичких наука, Србија

***Владимир* ЂУРИЋ**[**]
виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду, Србија

УГОВОРИ И ПРОЈЕКТИ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ЛОКАЛНИ ЕКОНОМСКИ РАЗВОЈ У СРБИЈИ

Сажетак

Јавно-приватно партнерство (ЈПП) је један релативно нов институт и модел финансирања у правном систему Републике Србије који је настао ток доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама 2011. године. Основни елементи ЈПП су уговори и пројекти. Када је реч о уговорима, правна природа јавног уговора о ЈПП још увек није довољно разјашњена. Иако овај уговор има елементе управног уговора, то још увек не произлази из позитивно правних прописа у Србији. Зато у будућности треба посветити посебну пажњу усаглашавању режима овог уговора са режимом управних уговора утврђеном у Закону о

[*] Електронска адреса аутора: *dejan.milenkovic@fpn.bg.ac.rs*.

[**] Електронска адреса аутора: *v.djuric@iup.rs*.

општем управном поступку. С друге стране, пројекти ЈПП у Србији после десет година постају све значајнији инструмент локалног економског развоја. До данас, Комисија за ЈПП Владе Републике Србије дала је позитивно мишљење за 227 пројеката јавно-приватних партнерстава. Зашто треба осветлити правну природу јавног уговора о ЈПП и како пројекти ЈПП подстичу локални економски развој у Републици Србији – представићемо у овом раду.

Кључне речи: *Јавно-приватно партнерство. – Управни уговор. – Јавни уговор. – Пројекти јавно приватног партнерства. – Локални економски развој.*

I Увод

Настанак јавно-приватног партнерства (ЈПП), на глобалном плану, повезан је са реформским процесима у јавној управи које започињу од средине 1970-тих година 20. века. Глобална економска криза захтевала је темељну реформу у то време етатистичке државе и гломазне јавне управе у земљама запада, које су излаз из економске кризе покушале да пронађу кроз процесе демонополизације до тада неприкосновених државних привредних делатности, приватизацији и тражењу хибридних облика организовања и одлучивања у коме приватни сектор у јавној управи кроз јавно ангажовање добија све значајнију улогу.[1]

Пројекти, уговарање споља (*contracting out* и *outsoursing*) и друге сличне појаве, доводе до увођења „тржишног" односно „компетитивног" модела у јавним управама земаља запада. Нови модел јавног управљања, односно нове јавне управе довео је до бројних финансијских уштеда, те државе постепено излазе из економске кризе. Позитивне перформансе нове јавне управе све више су утицале на подстицање економског развоја и привреде у овим земљама. Нова јавна управа довела је у то време и до настанка нових правних института, а један од њих било је и јавно-приватно партнерство. Након пада Берлинског зида и бројне посткомунистичке земље су у процесу реформе државе, прихватиле западни модел нове јавне управе, а са њим и нове правне институте, па и ЈПП. Распад социјалистичке Југославије, као и ратна дешавања током 1990-тих година су у значајној мери одложили реформу јавне управе у Републици Србији, те је реформа започела тек након 2000.-те године. Узрочно-последично, и Република Србија, улазећи у процес реформе,

1 Дејан Миленковић, *Савремене теорије и модерна управа*, Београд, 2019, 69–105.

уводи као нови институт и ЈПП Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године.

Основни елементи јавно-приватног партнерства су уговори и пројекти. Када је реч о уговорима, правна природа јавног уговора који је предмет ЈПП је специфична, јер се у њему у извесној мери одступа од основног правила уговорног права о једнакости уговорних страна (*pactum sunt servanda*). У европској, а посебно у француској литератури, такви уговори су од давнина „препознати" као тзв. управни уговори. Управни уговори, иако су латентно постојали у Републици Србији и у прошлости, по први пут су као правни институт одређени Законом о општем управном поступку који је ступио на снагу у јуну 2017. године.[2] Међутим, како Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама уговор о ЈПП посматра као јавноправни уговор, још увек постоји значајна дилема у правној природи овог уговора, па и евентуалним последицама које таква дилема може да произведе по јавни интерес у пракси.[3]

Закључењу уговора о ЈПП претходи припрема пројеката ЈПП. У Србији, након добијања позитивног мишљења за припремљени пројекат ЈПП-а и након закључења уговора, долази и до реализације оваквих пројеката од стране приватног партнера. Реализацијом пројеката ЈПП постижу се бројне уштеде за државу и јединице локалне самоуправе. Пројекти ЈПП значајно утичу и на подстицање укупног, а посебно локалног економског развоја, што доводи и до промена у привредном амбијенту у земљи, као и на локалном нивоу.

Грађани кроз реализацију инфраструктуралних пројеката или пројеката који се односе на пружање јавних услуга, почињу да добијају објективну „вредност" за уложен „новац" који држава, покрајина или град за њих издваја. Комисија за јавно-приватно партнерство Владе Републике Србије је до јула месеца 2022. године дала позитивно мишљење за 227 пројеката.

У овом раду, настојаћемо да детаљно разјаснимо дилему о правној природи јавног уговора о ЈПП, а затим и да објаснимо на који начин се кроз уговоре и пројекте ЈПП обезбеђује и подстиче привредни амбијент и економски развој у Републици Србији, посебно у јединицама локалне самоуправе.

2 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

3 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама – ЗоЈППиК, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016.

II Јавно-приватно партнерство и локални економски развој

1. Јавно-приватно партнерство (ЈПП)

Појам ЈПП у свету је постао широко препознат тек почетком 1990-тих година 20. века, када је у процесу реформе јавне управе британски премијер Џон Мејџор покренуо иницијативу о подстицању заједничке сарадње између јавне управе и приватног сектора, познатију као приватна финансијска иницијатива (*PFI – Private Finacial Initiative*). У Британији потреба за јавно-приватним партнерством постепено се развијала од почетка осамдесетих година 20. века, када су се појавиле озбиљне критике на рачун неефикасности пружалаца јавних услуга и њихове неспособности да адекватно реагују на уочене потребе.[4] Како истиче Малком Сојер (*Malcom Saywer*): „основна карактеристика ПФИ је да пројекте капиталних инвестиција (за јавни сектор) финансирају и граде приватне компаније које се након претходно унапред одређеног временског периода враћају јавном сектору (на пример после 25–30 година), а за то време приватна компанија обезбеђује и низ других јавних услуга повезаних са реализацијом таквих капиталних пројеката.“[5] Од тог времена, појам ЈПП постаје заједничка вредност и у позитивном праву бројних држава света. У последње време, постоје и значајне критике концепта јавно-приватног партнерства, тачније појединих његових појавних облика и врста. Међутим, у свету још увек постоји велики оптимизам и веровање да се у овом, релативно новом институту и даље крије велики потенцијал.[6]

„Јавно-приватно партнерство као најсложенији облик финансирања економског развоја представља дугорочан уговорни аранжман између јавног и приватног сектора ради изградње, модернизације или санације јавне инфраструткуре или пружања услуга од јавног значаја. Као финансијски модел, концепт јавно-приватног партнерства се заснива на укључивању приватних компанија у финасирање пројеката чији је циљ да се обезбеди остваривање и заштита јавног интереса и управљање тим пројектима. Другим речима, циљеви јавно-приватног партнерства јесу подстицање економије, бржи развој инфраструктуре и јавних услуга које пружа јавни сектор ради задовољавања јавних

4 *Ibid.*, 103, 113.

5 Malcolm, Sawyer, „The private finance initiative: the UK experience“, *Research in Transportation Economics,* Vol. 15, Nr. 1/2005, 231–245.

6 Габор Петери, „Партнерство јавног и приватног сектора – добре и лоше стране“, *Партнерство јавног и приватног сектора – добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији* (ур. Душан Дамјановић, Татјана Павловић-Крижанић, Габор Петери), Београд, 2010, 10.

потреба, кроз сарадњу јавног и приватног сектора.“[7] Европска унија је феномен ЈПП детаљно објаснила у посебном документу из 2004. године под називом „Зелена књига о јавно-приватном партнерству и законима Заједнице о јавним уговорима и концесијама.“ У њему је ЈПП дефинисано као „партнерство које се односи на облике сарадње између јавног и приватног сектора са циљем да се осигура финансирање, изградња, обнова, управљање и одржавање неке инфраструктуре или пружање јавних услуга.“[8]

2. Локални економски развој (*LED*)

ЈПП се посебно доводи у везу са локалним економским развојем (у даљем тексту: ЛЕР), јер велики број пројеката ЈПП широм света реализују јединице локалне самоуправе. Вероватно најшире одређење овог појма дао је Коулсон, за кога овај појам обухвата сваку интервенцију која за циљ има јачање локалне и регионалне привреде.[9] За Чапкову је ЛЕР широка стратегија путем које локални актери и институције настоје да на најбољи начин искористе локалне ресурсе у сврху очувања постојећих и отварања нових радних места, као и да повећају обим привредних активности.[10] Према Бартику, ЛЕР се дефинише као способност локалне економије да створи богатство за своје грађане.[11]

Локални економски развој данас подразумева повећање обима инвестиција и раст у локалној заједници, повећање запошљавања, веће плате запослених, али и све друге чиниоце који обезбеђују развој локалне заједнице у дужем временском периоду који подстиче равномерност, обезбеђује заштиту окружења и животне средине, подстиче економски раст као и одрживи развој локалне заједнице који је заснован учешћем свих локалних актера: јавних тела, привредних субјеката, удружења грађана, и наравно самих грађана у локалној заједници.

---

7 Андријана Јовановић, Југослава Војновић, Дејвид Јанг, Весела Влашковић, Сава Николин, *Изазови у припреми и спровођењу пројекта јавно-приватног партнерства у јединицама локалне самоуправе и примери добре праксе*, Београд, 2022, 7.

8 Зелена књига о јавно-приватном партнерству и законима Заједнице о јавним уговорима и концесијама (*Green paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions*), доступно на адреси: *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN*, 27. 10. 2022.

9 Andrew Coulson, *Local Economic Development: A Guide to Practice*, Birmingham, 1997, 6.

10 Sona Čapková, *Local Government and Economic Development*, Budapest, 2005, 3.

11 Timothy J. Bartik, *Local economic development policies*, Upjohn Institute, Michigan, Staff Working Paper No. 03–91, 2003, 1.

Окосница овог приступа, наводе Бредшоу и Блејкли, је у настојању да се подршка ЛЕД-у остварује не деловањем органа власти, већ посредством активности приватног сектора. Ове политике се темеље на екстензивном стратешком планирању, ЈПП-у, умрежавању приватног сектора и мобилисању средстава приватног сектора за јавне пројекте.[12] Према томе, једна од окосница локалног економског развоја је ЈПП, односно ослањање локалних власти на партнерства са приватним сектором кроз разноврсне аранжмане и пројекте којима се обезбеђује остваривање јавног интереса.[13]

III Управни уговор у правној теорији

ЈПП се појављује у два основна облика: као уговорно и као институционално. Као чешћи, појављује се уговорно ЈПП. Суштинско питање које разматрамо у овом раду је да ли такав уговор у српском позитивном праву има карактеристике класичног грађанско-правног уговора или они представљају специфичну категорију уговора који се у правној теорији, али све чешће и у позитивном праву, сматрају посебном врстом тзв. „управних" уговора. Ово истраживање је значајно јер треба да нам да одговор на питање да ли је јавни интерес у довољној мери заштићен у уговорима које склапа јавно тело са приватним партнером, а у вези са реализацијом пројеката ЈПП. Зато ћемо се најпре осврнути на теоријска схватања управних уговора као специфичној врсти уговора.

„Под управним уговорима подразумевају се двострани правни акти које закључује држава, односно друго јавно-правно тело, са појединцем или правним лицем а у циљу обезбеђивања функционисања јавне службе или вршења снабдевања органа, односно организације потребним предметима."[14] У том смислу, управни уговор је двострани правни акт који закључује држава поводом јавне службе и ради заштите јавног интереса који је под посебним правним режимом различитим од општих правила приватног права, односно уговор који се склапа између јавне управе и појединца ради ваљаног функционисања јавне службе, при чему је за управни уговор од одлучног значаја управо појам јавне службе.[15] Према томе, „...управни уговор јесте уговор, али уговор посебне врсте – јавноправни (управни) уговор.[16]

12 Red K. Bradshaw, Edward J. Blakely, „What are 'Third-Wave' State Economic Development Efforts?" *Economic Development Quarterly*, Vol. 13, Nr. 3/1999, 229.

13 Снежана Ђорђевић, *Приручник за модерно управљање локалним економским развојем*, Београд, 2009, 88.

14 Славољуб Поповић, *Управно право – студије и чланци*, Београд, 1973, 131.

15 Драгољуб Кавран, „Управни уговори, обележја, врсте и развој", *Правни живот*, бр. 11–12/1993, 2015; Ivo Krbek, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Zagreb, 1957, 382.

Према неким мишљењима, постоје три основна критеријума за одређивање и препознавање управног уговора када он законом изричито није уређен као такав: (1) критеријум странке; (2) критеријум циља и (3) критеријум посебних овлашћења. Први критеријум, критеријум странке (*les parties au contract*) је критеријум без кога нема управног уговора, јер једна од уговорних страна (*les parties au contract*), мора да буде јавноправно тело (*une personne morale de droit public*). Али, то није довољно да један уговор сматрамо „управним". Друга два критеријума су алтернативно постављена, односно да би један уговор био „управни", неопходно је да буде испуњен још и критеријум циља или критеријум посебних овлашћења. Критеријум циља, као први алтернативно постављени критеријум, значи да је објекат управног уговора везан за јавне службе, односно да уговорна страна (*контрахент*) на основу таквог уговора добија право и дужност непосредног обављања јавне службе. Други алтернативно постављени критеријум јесте критеријум дерогативне клаузуле (*clauses exorbitantes*), према коме се јавно-правном телу дају посебна, већа овлашћења (нпр. да једнострано мења уговорне одредбе или једнострано раскине уговор), ради остваривања ширег друштвеног интереса, али у том случају и друга уговорна страна има одређена права према јавно-правном телу, или та права може остварити пред судом.[17]

Дерогативна клаузула (*clauses exorbitantes*) у овом „сценарију" посматра се као овлашћење јавне управе које је неопходна за обезбеђивање јавног интереса. Дерогативна клаузула јесте суштински основ који се користи за разликовање управних уговора од грађанско-првних уговора. Зато управни уговори напуштају орбиту приватног права, јер дерогативна клаузула чини уговорне стране асиметричим, за разлику од уговора грађанског права.[18] Дерогативна клаузула би била непостојећа у грађанскоправним уговорима, јер не би била обезбеђена једнакост уговорних страна (*pacta sunt servanda*), што је темељ уговорног права.

Из ових ставова до којих је дошла правна теорија али и пракса (нпр. пракса француског Државног савета) произлази да управни уговор не мора нужно да буде само уговор којим се обезбеђује вршење јавне службе, већ и сваки други уговор закључен између јавноправног и приватноправног ентитета у коме, услед ширег јавног интереса, јавноправно тело као уговорна страна има посебна овлашћења, односно

16 Предраг Димитријевић, „Извршење управних уговора", *Правни живот*, бр. 11–12/1993, 2252.

17 Boris Ljubanović, „Upravni ugovori i upravno sudovanje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2010, 43–44.

18 Jacintho Arruda Câmara, Ana Paula Peresi de Souza, „Are there exorbitant clauses in administrative contracts? / Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos?", *Administrative Law Review*, Vol. 279, Nr. 2/2020, 187.

иступа са „јачом вољом“ у односу на другу уговорну страну, без обзира на то да ли се на овај начин обезбеђује вршење јавне службе или обезбеђује неки други јавни интерес.

IV Управни и јавноправни уговори у законодавству Србије

1. Управни уговор у Закону о општем управном поступку

Иако су управни уговори латентно постојали на просторима некадашње социјалистичке Југославије, до њиховог појмовног и законског одређења на подручју Западног Балкана дошло је тек у првој деценији 21. века.[19] На пример, у Северној Македонији је он први пут законски дефинисан 2005. године,[20] у Републици Хрватској 2009. године,[21] а у Црној Гори 2014. године.[22]

Доношењем новог Закона о општем управном поступку у Републици Србији 2016. године, као један од начина на који јавна управа обезбеђује остваривање управне делатности препознат је и управни уговор.[23] Према ЗУП-у „управни уговор је двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка којима се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари. Садржина управног уговора не сме бити противна јавном интересу нити правном интересу трећих лица.“[24] У ЗУП-у су затим и таксативно наведени разлози услед којих орган (јавно тело) може једнострано раскинути управни уговор (дерогативна клаузула) решењем у коме изричито мора бити наведен законски разлог за раскид. У таквом решењу, разлог једностраног раскида мора бити и детаљно образложен. И друга уговорна страна има одређена права, али не може једнострано раскинути управни уговор. Њено право је да уложи приговор ако орган не испуњава своје уговорне обавезе.[25]

Из ових законских одредби можемо уочити да је „дерогативна клаузула“ битан услов управног уговора, јер једна страна орган (одно-

19 Дејан Миленковић, *Управни уговори – теорија, законодавство, пракса*, Београд, 2014, 91–104.

20 Закон за установите, *Службени весник на РМ*, бр. 32/05 и 105/05, чл. 2 тач. 24.

21 Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine RH*, br. 47/09, чл. 2 ст. 2, чл. 150–154.

22 Закон о општем управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014 и 40/2016, чл. 9.

23 ЗУП, чл. 22–26.

24 ЗУП, чл. 22–23.

25 ЗУП, чл. 24–26.

сно јавно тело) може једнострано раскинути уговор под условима који су предвиђени ЗУП-ом, али да друга страна то право нема, већ само има могућност да уложи приговор услед неизвршења обавезе јавног тела.

Међутим, посебно треба скренути пажњу, као увод у наредни одељак, да ЗУП предвиђа да се управним уговором сматра само онај уговор који је као такав изричито означен у посебном закону.[26] Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (ЗоЈППиК) говори о јавном, а не о управном уговору те ћемо у следећем одељку преиспитати да ли, без обзира на то што ЗоЈППиК не препознаје јавно-правни уговор као управни уговор, он ипак има та обележја, те ако има, онда и навести разлоге зашто би овај уговор требало да буде подвргнут режиму управних уговора који је утврђен у ЗУП-у.

2. Јавни уговор у Закону о јавно-приватном паретнерству и концесијама

Закон о јавно-приватном прартнерству и концесијама (у даљем тексту: ЗоЈППиК), дефинише појам јавног уговора. „Јавни уговор је уговор о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије, закључен у писаном облику између јавног и приватног партнера, којим се у циљу реализације пројекта јавно-приватног партнерства, уређују међусобна права и обавезе уговорних страна.“[27] Из ове дефиниције, још увек није јасно да ли је јавни уговор заправо управни уговор.

Ако пођемо од претходно наведених теоријских ставова, први елемент уговора, да је једна уговорна страна јавно-правно тело, јесте испуњен и код јавног уговора о ЈПП. Јавни партнер је увек, на основу одредби овог закона јавно тело, а појам јавног тела детаљно је дефинисан ЗоЈППиК.[28] Значи, критеријум странке је испуњен.

Друго питање јесте да ли је алтернативно испуњен критеријум циља, или критеријум да јавно-правно тело иступа са „јачом вољом“, односно дерогативном клаузулом (*clauses exorbitantes*). У том смислу, морамо преиспитати и друге одредбе ЗоЈППиК.

Ако анализирамо критеријум циља, а то је да је објекат управног уговора везан за извршење јавне службе, односно обезбеђивања јавног значаја, јавне услуге или у вези са извршењем јавне услуге, могли бисмо да дамо потврдан одговор и на ово питање. Из појма јавно-приватног партнерства утврђеног овим законом призлази да се ЈПП успоставља као дугорочна сарадња јавног и приватног партнера ради обезбеђивања

26 ЗУП, чл. 22 ст. 1.

27 ЗоЈППиК, чл. 4 ст. 1 тач. 4.

28 ЗоЈППиК, чл. 4 ст. 1 тач. 7.

финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружањем услуга од јавног значаја, као и кроз преиспитивање других законских одредби произлази да је и овај услов испуњен, јер је посредно предмет уговорног ЈПП увек у вези са вршењем или обезбеђењем вршења јавних услуга, а јавне услуге традиционално јесу предмет јавних служби у функционалном смислу. Значи, и без другог алтернативно одређеног критеријума, тачније „дерогативне клаузуле" јавни уговор из ЗоЈППиК јесте по својој правној природи управни уговор.

Међутим, посебно ћемо у наставку преиспитати и други алтернативно постављени услов, а то је *clauses exorbitantes* – дерогативна клаузула, која је посебно повезана са раскидом уговора, а која се огледа у праву јавног тела да једнострано раскине уговор. Када је реч о ЗоЈППиК, најпре можемо да констатујемо да је у погледу овог услова овај Закон контрадикторан. У одредби која се односи на начела ЈПП-а утврђена су, између осталог, *начело заштите јавног интереса*, *аутономије воље уговорних страна* и *начело равноправности уговорних страна*. *Начело заштите јавног интереса* обухвата обавезу јавног тела да при остварењу права приватних лица води рачуна да остварење тих права није у супротности са законом дефинисаним јавним интересом. *Начело аутономије воље* обухвата слободу уговорних страна да у складу са овим законом, законом којим се уређују облигациони односи и другим прописима и добрим пословним обичајима, међусобна права и обавезе уреде по својој вољи. *Начело равноправности уговорних страна* подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља.[29]

Из начела заштите јавног интереса произлази да се он мора обезбедити и при извршењу јавних уговора, односно у случају када, на пример, услед промењених околности, више силе или неиспуњавања уговорних обавеза које штете јавном интересу, јавно тело иступа са „јачом вољом", у смислу права на једнострани раскида уговора ради заштите јавног интереса.

Међутим, наредна два начела имплицирају да такве „јаче воље" односно дерогативне клаузуле у јавном уговору нема. Када је реч о начелу равноправности уговорних страна, према једном мишљењу које се односи на јавни уговор ЈПП-а „...уговорни односи су увек односи приватно-правне природе, те су субјекти тих односа једнаки и равноправни. То значи да ниједна од страна нема положај надређености или подређености."[30] Ова констатација међутим, сматрамо, није тачна.

29 ЗоЈППиК, чл. 6 ст. 1, 9 и 10.

30 Предраг Цветковић, Слађана Средојевић, *Јавно-приватно партнерство, Приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Београд, 2013, 100–101.

Најпре, јер се овај уговор по закону и назива јавни уговор, па самим тим он се и не може тумачити као уговорни однос који је искључиво приватно-правне природе. Одмах затим ову констатацију потврђују и поменути аутори, кроз став да је јавном субјекту ипак омогућено да једнострано раскине уговор уколико постоји опасност у погледу обезбеђивања остваривања јавног интереса. Значи, потпуна равноправност (једнакост) уговорних страна ипак не постоји, а то је једна од кључних карактеристика управних уговора. Слично је и када је реч о начелу аутономије воље. Тачно је да аутономија воље уговорних страна постоји, али је она ипак у извесној мери ограничена законским правом да јавни партнер у уговору једнострано предвиди одредбе, услове и клаузуле које сматра корисним за испуњење задатка приватног партнера, као и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији ЈПП. Према томе, услове уговора диктира јавни партнер, па је овај уговор по својој форми атхезиони, односно уговор по приступу, па бисмо и овде могли да кажемо да јавни партнер иступа са „јачом вољом" при закључењу уговора, али искључиво у функцији заштите јавног интереса.

Услед поменутих нејасноћа која проистичу из начела, анализираћемо и друге одредбе ЗоЈППиК које се односе на овај уговор. Закон у наставку предвиђа више разлога услед којих јавни партнер може да једнострано раскине уговор о ЈПП. Могли бисмо закључити да је овде реч о класичном случају дерогативне клаузуле, што додатно поткрепљује аргумент да је јавни уговор заправо управни уговор.[31] Већина разлога који се наводе као разлози услед којих јавни партнер може једнострано раскинути уговор лежи управо у чињеници заштите јавног интереса, што и јесте „функција" управе. Међутим, оно што у извесној мери ипак поставља однос једнакости између уговорних страна код овог уговора јесте и законска могућност приватног партнера да једнострано раскине уговор у складу са законом, јавним уговором и општим правилима уговорног права из разлога који се дефинишу јавним уговором, а услед пропуста јавног партнера који су наведени у ЗоЈППиК.[32] Тако су законом таксативно набројани и разлози услед којих се одступа од режима управних уговора који је предвиђен у ЗУП-у према коме приватно тело код управног уговора нема могућност једностраног раскида.

Зато се чини да из ЗоЈППиК ипак произлази да јавни уговор није и управни, нити је као такав означен овим законом, те да не подлеже општем режиму утврђеном ЗУП. Ово доводи у питање заштиту јавног интереса, јер примера ради, уговор може да „фаворизује" приватног

31 ЗоЈППиК, чл. 54.

32 ЗоЈППиК, чл. 55.

партнера при реализацији пројекта ЈПП, уз право да и приватни партнер може једнострано да раскине закључени уговор из разлога који су таксативно набројани.

3. Уговор о поверавању комуналних делатности према Закону о комуналним делатностима

На крају, поменућемо и Закон о комуналним делатностима (ЗКП). Овај Закон предвиђа поверавање обављања комуналних делатности и дефинише овај појам на следећи начин: „под поверавањем обављања комуналне делатности подразумева се временски орочено уговорно уређивање односа у вези са обављањем комуналне делатности или појединих послова из оквира комуналне делатности између једне или више јединица локалне самоуправе и вршиоца комуналне делатности, које за циљ има пружање комуналних услуга на територији једне или више јединица локалне самоуправе или на делу територије јединице локалне самоуправе. На поступак поверавања обављања комуналне делатности чије се финансирање обезбеђује из буџета јединице локалне самоуправе, односно чије се финансирање обезбеђује у целости или делимично наплатом накнаде од корисника комуналних услуга, примењују се одредбе закона којима се уређује јавно-приватно партнерство и концесије.“[33] Према томе, уговор о поверавању комуналних делатности јесте јавни уговор из ЗоЈППиК.

ЗКП таксативно набраја комуналне делатности које врше јединице локалне самоуправе.[34] Међутим, треба напоменути да јединице локалне самоуправе обављају и бројне друге послове, сходно одредбама посебних закона, које могу да буду предмет ЈПП (на пример, у области примарне здравствене заштите, образовања у смислу основних школа чији су оснивачи, апотека и сл.).

Услед важности комуналних делатности, али и других послова које обезбеђују јединице локалне самоуправе за све своје грађане а које могу бити предмет ЈПП, чини се да је важно да се они морају третирати као функција управе коју обезбеђује дерогативна клаузула из општег режима управних уговора предвиђеним у ЗУП. Зато би кроз могуће будуће измене ЗоЈППиК, јавни уговор о ЈПП требало именовати као управи а затим га и прилагодити режиму управних уговора утврђеном у ЗУП.

---

33 Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 104/2016 и 95/2018, чл. 9 ст. 1 и 7.

34 Закон о комуналним делатностима, чл. 2.

V Пројекти јавно-приватног партнерства у Републици Србији у функцији ЛЕР-а

Јавни уговори и пројекти ЈПП доприносе свеукупном економском амбијенту и привреди у Републици Србији. Значајну улогу у процесу успостављања ЈПП према ЗоЈППиК има Комисија за јавно-приватно партнерство Владе Републике Србије која је од 2011. године до краја јуна 2022. године дала 227 позитивних мишљења на пројекте јавно-приватног партнества, након чега су општине и градови и закључили јавне уговоре са приватним партнерима. Према доступним подацима, четири пројекта можемо подвести под републичке (концесија за аутопут Е-763 Београд – Пожега, Аеродром Београд, затвор у Сремској Митровици), а један АП Војводина (Воде Војводине). На локалном нивоу, пројекти утичу на промену привредног амбијента у истим, те као такви значајно доприносе локалном економском развоју и одрживости локалне заједнице. Зато у овом делу рада, кроз кратко истраживање, настојимо да покажемо тренутно стање у погледу значаја реализације ових пројеката у општинама и градовима у Републици Србији и њиховом утицају на ЛЕР.

Од успостављања института ЈПП у Републици Србији, скоро сваке године бележимо раст пројеката ЈПП-а, од његовог настанка 2011. године до данас, осим у години пандемије корона вируса, тачније 2020. години.

Графикон 1:
Број пројеката ЈПП по годинама од 2012 до јуна 2022. године на које је сагласност дала Комисија за ЈПП Владе Србије [35]

35 Напомена: графикон је плод самосталног истраживачког рада аутора текста. Подаци су добијени применом Закона о приступу информацијама од јавног значаја од Комисије за ЈПП, 30. 7. 2022. године.

Највећи број пројеката добио је позитивно мишљење од стране Комисије 2019. године (43), а нешто мало мање их је одобрено 2018. и 2021. године (42). У 2022. години, до 30. јуна, позитивно мишљење је дато на 17 пројеката ЈПП.

Посматрајући пројекте ЈПП према територијалном распореду, односно по окрузима и Граду Београду као административном центру, о чему говори наредни графикон, приметно је да је јавно-приватно партнерство најмање у овом тренутку заступљено у Моравичком, Рашком, Јабланичком, Топличком и Пчињском округу (испод 5 пројеката на које је до сада дала сагласност Комисија за јавно-приватно партнерство). С друге стране, у Београду, Јужнобачком округу и Сремском округу, број пројеката је значајан, јер се у њима припрема или већ реализује више од 15 пројеката ЈПП-а. Подаци говоре да у овом тренутку сви управни окрузи, осим управних округа на територији Косова и Метохије имају и реализују пројекте ЈПП.

Графикон 2:
Пројекти ЈПП у Београду и у управним окрузима Републике Србије[36]

Мапа управних округа у Града Београда као Управног центра у Републици Србији

Извор: Комисија за јавно-приватно партнерство Владе Републике Србије

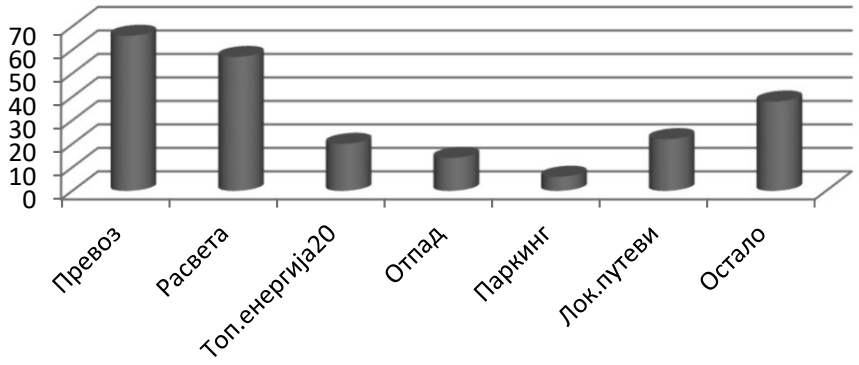
1.	Борски округ	12	14.	Пиротски округ	9
2.	Браничевски округ	8	15.	Подунавски округ	5
3.	Београд	17	16.	Поморавски округ	8
4.	Зајечарски округ	8	17.	Пчињски округ	4
5.	Западнобачки округ	8	18.	Расински округ	14
6.	Златиборски округ	6	19.	Рашки округ	3
7.	Јабланички округ	3	20.	Севернобанат. округ	7
8.	Јужнобанатски округ	13	21.	Севернобачки округ	4
9.	Јужнобачки округ	23	22.	Средњобанатски ок.	10
10.	Колубарски округ	5	23.	Сремски округ	17
11.	Мачвански округ	15	24.	Топлички округ	4
12.	Моравички округ	1	25.	Шумадијски округ	13
13.	Нишавски округ	7	26.		

Претходно смо већ напоменули да комуналне делатности ЈЛС у Републици Србији могу бити предмет ЈПП-а. Наредни графикон одсликава које су комуналне делатности најчешће предмет ЈПП у општинама и градовима Републике Србије. Од 223 пројекта који се реализују или тек треба да буду реализовани на локалном нивоу од 2012. године до данас, 185 пројеката односи се на следеће комуналне делатности: 1) градски и приградски превоз; 2) јавну расвету; 3) производњу и дистрибуцију

36 Исто као и напомена у фусноти 33.

топлотне енергије; 4) саскупљање комуналног отпада; 5) гараже/јавна паркиралишта и 6) реконструкцију локалних путева.

Графикон 3:
Укупан број ЈПП пројеката у ЈЛС у Републици Србији по врстама делатности[37]



Посматрано у процентима, нешто мало више од 28% од укупног броја пројеката чине пројекти који се односе на градски и приградски превоз (66), 24,5% односе се на јавну расвету (57); на производњу и дистрибуцију топлотне енергије односи се 8,5% пројеката (20); сакупљање и прераду комуналног отпада 6% (14), паркиралишта 2,5%, (6) а на реконструкцију локалних путева 9.5% (22). Сви други пројекти заступљени су од проценту од нешто мало вишем од 16% (38).

Значајан део ових пројеката реализују мала и средња предузећа посебно на локалном нивоу. То мења привредни амбијент у општинама и градовима, додатно подстиче запошљавање у приватном сектору, смањује број запослених у јавном сектору на локалном нивоу и, што је најважније, обезбеђује задовољење потреба грађана у одређеним областима. Тако локална заједница постаје „одржива", услужно оријентисана, али истовремено кроз заштиту јавног интереса контролише спровођење пројеката, извршење уговора, као и ниво и квалитет извршених јавних услуга.

37 Исто као и напомена у фусноти 33.

VI Закључак

Реформа јавне управе, започета још 1970-тих година 20. века, довела је до бројних промена, а једна од њих била је и настанак нових правних института као и финансијских модела и аранжмана који су до тада били мало познати у пракси деловања јавне управе. Један од таквих института и модела било је и ЈПП. Република Србија је у процесу реформе јавне управе од 2000. године учинила и значајне заокрете које су 2011. године довеле и до доношења ЗоППиК, којим је и код нас уведен овај институт и финансијски модел.

Значајна карактеристика ЈПП свакако је „уговарање" (уговорно ЈПП), односно јавни уговор који јавно тело закључује са приватним партнером у сврху изградње и управљања инфраструктуром или вршења комуналних и других услуга грађанима. Иако овај уговор у нашем позитивном праву има карактер јавног, он се са становишта истог још увек не сматра управним уговором, показало је претходно истраживање. Како бројни теоријски ставови, па чак и поједине законске формулације потврђују да овај уговор има сва обележја управног, томе се мора посветити више пажње при будућем развоју и реформи законодавства у Републици Србији. Једноставно, изменама ЗоЈППиК требало би ускладити режим јавног уговора утврђеним овим Законом са режимом управних уговора утврђеним ЗУП-ом, посебно у вези са дерогативном клаузулом, а искључиво у функцији заштите јавног интереса.

Република Србија у односу на земље за сада има највећи број пројеката ЈПП који се реализују или ће бити реализовани у блиској будућности (227). У складу са нашим законодавством, ЈПП посебан значај има када је реч о поверавању комуналних услуга које врше јединице локалне самоуправе, те се највећи број пројеката данас реализује у јединицама локалне самоуправе (223). Представљено кратко истраживање у овом раду показало је да број пројеката ЈПП из године у годину расте, да данас у свим управним окрузима у Републици Србији (без управних округа са подручја АП Косово и Метохија) постоји бар један пројекат ЈПП, те да ови пројекти значајно доприносе унапређењу вршења јавних услуга за грађане. На овај начин, кроз формулу вредност за новац, не само да се постиже одговарајући стандард квалитета вршења јавних услуга, већ се ангажовањем приватног сектора и домаће привреде у вршењу истих, обезбеђује и локални економски развој у градовима и општинама у Републици Србији.

Коришћена литература

Bartik Timothy J., *Local economic development policies*, Upjohn Institute, Michigan, Staff Working Paper No. 03–91, 2003.

Bradshaw Red K., Blakely Edward J., „What are 'Third-Wave' State Economic Development Efforts?" *Economic Development Quarterly*, Vol. 13, Nr. 3/1999.

Димитријевић Предраг, „Извршење управних уговора", *Правни живот*, бр. 11–12/1993. (Dimitrijević Predrag, „Izvršenje upravnih ugovora", *Pravni život*, br. 11–12/1993)

Ђорђевић Снежана, *Приручник за модерно управљање локалним економским развојем*, Београд, 2009. (Snežana Đorđević, *Priručnik za moderno upravljanje lokalnim ekonomskim razvojem*, Beograd, 2009)

Јовановић Андријана, Војновић Југослава, Јанг Дејвид, Влашковић Весела, Николин Сава, *Изазови у припреми и спровођењу пројекта јавно-приватног партнерства у јединицама локалне самоуправе и примери добре праксе*, Београд, 2022. (Jovanović Andrijana, Vojnović Jugoslava, Jang Dejvid, Vlašković Vesela, Nikolin Sava, *Izazovi u pripremi i sporovođenju projekta javno-privatnog partnerstva u jedinicama lokalne samouprave i primeri dobre prakse*, Beograd, 2022)

Кавран Драгољуб, „Управни уговори, обележја, врсте и развој", *Правни живот*, бр. 11–12/1993. (Kavran Dragoljub, „Upravni ugovori, obeležja, vrste i razvoj", *Pravni život*, br. 11–12/1993)

Krbek Ivo, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Zagreb, 1957.

Ljubanović Boris, „Upravni ugovori i upravno sudovanje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2010.

Миленковић Дејан, *Савремене теорије и модерна управа*, Београд, 2019. (Milenković Dejan, *Savremene teorije i moderna uprava*, Beograd, 2019)

Миленковић Дејан, *Управни уговори – теорија, законодавство, пракса*, Београд, 2014. (Milenković Dejan, *Upravni ugovori – teorija, zakonodavstvo, praksa*, Beograd, 2014)

Петери Габор, „Партнерство јавног и приватног сектора – добре и лоше стране", *Партнерство јавног и приватног сектора – добра и лоша искуства у одабраним земљама у транзицији* (ур. Душан Дамјановић, Татјана Павловић-Крижанић, Габор Петери), Београд, 2010. (Peteri Gabor, „Partnerstvo javnog i privatnog sektora – dobre i loše strane", *Partnerstvo javnog i privatnog sektora – dobra i loša iskustva u odabranim zemljama u tranziciji* (ur. Dušan Damjanović, Tatjana Pavlović-Križanić, Gabor Peteri), Beograd, 2010)

Поповић Славољуб, *Управно право – студије и чланци*, Београд, 1973. (Popović Slavoljub, *Upravno pravo – studije i članci*, Beograd, 1973)

Sawyer Malcolm, „The private finance initiative: the UK experience", *Research in Transportation Economics,* Vol. 15, Nr. 1/2005.

Coulson Andrew, *Local Economic Development: A Guide to Practice*, Birmingham, 1997.

Čapková Sona, *Local Government and Economic Development*, Budapest, 2005.

***Dejan* MILENKOVIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Belgrade – Faculty of Political Sciences, Serbia

***Vladimir* ĐURIĆ, PhD**
Senior Research Fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS AND PROJECTS AND THEIR INFLUENCE ON THE LOCAL ECONOMY DEVELOPMENT IN SERBIA

Summary

Public-private partnership (PPP) is a relatively new legal institute and financing model in the legal system of Serbia, which was created only after the adoption of the Law on PPP and Concessions in 2011. The essential elements of PPP are contracts and projects. Regarding contracts, the legal nature of the public contract on PPP is still not sufficiently clarified. Although this contract has elements of an administrative contract, it still does not follow legislation in Serbia. On the other hand, after ten years, PPP projects in Serbia are becoming an increasingly important instrument of local economic development. Until July 2022, the Commission for PPP of the Government of the Republic of Serbia gave a positive opinion for 227 PPP projects. We will present why the legal nature of the public contract on PPP and how PPP projects encourage local economic development in the Republic of Serbia.

Key words: *Public-private Partnership. – Administrative Contract. – Public Contract. – Public-private Partnership Projects. – Local Economic Development.*

Датум пријема рада: 5. 8. 2022.
Датум исправке рада: 29. 10. 2022.
Датум прихватања рада: 15. 12. 2022.

УДК: 004.738.5:339 ; 346.544.2
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22406A

др *Јован* ВУЈИЧИЋ*
доцент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

ЈЕДНООБРАЗНА ПРАВИЛА ЗА ДИГИТАЛНЕ ТРГОВИНСКЕ ТРАНСАКЦИЈЕ: НОВОТАРИЈА ИЛИ НЕОПХОДНОСТ

Сажетак

Једнообразна правила за дигиталне трговинске трансакције не нуде решења за сва питања у овој области, али настојањем да се постигне униформност, пружањем колективног разумевања појмова и дефиниција, као и промовисањем и подстицањем употребе електронских записа, доприносе лакшем, бржем, јефтинијем и еколошки одрживом пословању. Иако је њихово усаглашавање и објављивање важан корак ка дигиталној будућности, прихватање и делотворна примена представљају још већи изазов. Претпоставке за то су темељно разумевање, али и решавање низа техничких питања, која могу бити веома сложена. У том циљу, у раду се, након утврђивања области примене, разматрају улоге учесника у дигиталној трговинској трансакцији, као и питања која су кључна за њено одвијање, обавеза плаћања, приступање тој обавези од стране пружаоца финансијских услуга и употреба електронских записа.

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

Кључне речи: *Једнообразна правила за дигиталне трговинске трансакције. – Међународна трговинска комора. – Електронски запис.*

I Увод

Околности у последње две године убрзале су прелазак са папира на дигитално.[1] У средишту глобалних напора за бољи опоравак од пандемије,[2] дигитална технологија пружа огромне могућности. Међутим, због недостатка заједничких стандарда и правила у овој области, међународна трговина и даље трпи. Да би се искористиле све предности нових технологија, пре свега смањење укупних оперативних трошкова и унапређење опште поузданости, неопходно је наставити са отклањањем правне несигурности усклађивањем и прилагођавањем националних прописа савременим потребама и навикама.[3] Неколико организација и иницијатива посвећено је томе, нудећи решења којима се, с једне стране, омогућава предузећима већа контрола и видљивост у ланцу снабдевања, док се, с друге стране, привлаче пружаоци финансијских услуга који су у сталној потрази за оптимизацијом управљања капиталом.[4] Једна од њих, у оквиру Међународне трговинске

1 Вид. International Chamber of Commerce (ICC), Trade Financing and COVID-19: Priming the Market to Drive a Rapid Economic Recovery, 2020, 1 и даље; ICC, Recent Trends in Trade and Trade Finance: Impact of the Covid-19 Crisis and Challenges Ahead, 2022, 16, 20; UK Government, G7 Trade Ministers' Digital Trade Principles, 22 October 2021, доступно на адреси: *https://www.gov.uk/government/news/g7-trade-ministers-digital-trade-principles*, 16. 6. 2022.

2 Вид. Ministerial Declaration: G7 Digital and Technology Ministers' meeting 28 April 2021, доступно на адреси: *https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/981567/G7_Digital_and_Technology_Ministerial_Declaration.pdf*, 16. 6. 2022.

3 Вид. Драго Љ. Дивљак, „Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018, 910 и даље.

4 Вид. нпр. World Trade Organization (WTO), „Joint Initiative/Statement on Electronic Commerce", доступно на адреси: *https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/joint_statement_e.htm*, 5. 7. 2022; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), „Digital Trade Inventory", доступно на адреси: *https://www.oecd.org/trade/topics/digital-trade/*, 5. 7. 2022; United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), „Working Group IV: Electronic Commerce", доступно на адреси: *https://uncitral.un.org/en/working_groups/4/electronic_commerce*, 10. 7. 2022; ICC, „Working Group on Digitalisation in Trade Finance", доступно на адреси: *https://iccwbo.uk/products/digital-trade-roadmap*, 5. 7. 2022; ICC, „Digital Standards Initiative (DSI)", доступно на адреси: *https://www.dsi.iccwbo.org/*, 5. 6. 2022; ICC United Kingdom, „Centre for Digital Trade and Innovation (C4DTI)", доступно на адреси: *https://iccwbo.*

коморе, довела је до усвајања Једнообразних правила за дигиталне трговинске трансакције (даље у тексту: URDTT).[5] Иако је усаглашавање и објављивање URDTT важан корак ка дигиталној будућности, њихово прихватање и делотворна примена представљају још већи изазов.[6] Претпоставке за то су темељно разумевање, али и решавање низа техничких питања, која могу бити веома сложена. У том циљу, у раду се, након утврђивања области примене URDTT, разматрају улоге учесника у дигиталној трговинској трансакцији, као и питања која су кључна за њено одвијање, обавеза плаћања, приступање тој обавези од стране пружаоца финансијских услуга и употреба електронских записа.

II Област примене Једнообразних правила за дигиталне трговинске трансакције

URDTT пружају правни оквир који се примењује на све учеснике у дигиталној трговинској трансакцији.[7] Дигитална трговинска трансакција (*digital trade transaction*) је процес, уговорен између главних страна, у коме се електронским записима доказује основни правни посао и настанак обавезе плаћања.[8] Није, дакле, дигитализована трговина, већ праћење и спровођење трговинских трансакција. Практично, могу се користити два скупа електронских записа. Они којима се доказују одредбе и услови правног посла поводом ког је процес уговорен и они којима се доказује њихово испуњење. Иако је дигитална трговинска трансакција, заправо, приказ основног правног посла и са њим повезана заједничком економском сврхом, од њега се разликује. Сходно томе, реализација дигиталне трговинске трансакције и реализација основног правног посла нису синоними. У првом случају, неопходно је поднети електронске записе који су у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције, док је у другом случају неопходно извршити уговорне обавезе.

---

uk/pages/centre-for-digital-trade-innovation, 10. 7. 2022; International Trade and Forfaiting Association (ITFA), „Digital Negotiable Instrument Initiative (DNI)", доступно на адреси: *https://itfa.org/itfa-digital-negotiable-instruments-dni-initiative/*, 5. 7. 2022.

5 Једнообразна правила Међународне трговинске коморе за дигиталне трговинске трансакције из 2021. године, верзија 1.0 (*Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDTT) Version 1.0*, ICC Publication No. KS102E; даље у фуснотама: URDTT).

6 Да би се правилно оценила њихова вредност, неопходно је размишљати даље од традиционалних инструмената, традиционалног доношења правила и постојећих начина пословања. Вид. URDTT, увод.

7 URDTT, чл. 1 ст. а).

8 URDTT, чл. 1 ст. б).

Намењена су потпуно дигиталном окружењу. Сви подаци који се односе на дигиталну трговинску трансакцију морају се поднети у облику електронског записа.[9] Иако узимају у обзир недавни развој, не само технологије дистрибуиране базе података (*distributed ledger technology*), већ и вештачке интелигенције (*artificial intelligence*), обраде природног језика (*natural language processing*), машинског учења (*machine learning*), аналитике података (*data analytics*), паметних уговора (*smart contracts*), паметних предмета (*smart objects*) и интернета ствари (*internet of things*),[10] што ће све значајно утицати на начин пословања у будућности,[11] URDTT су неутрална у погледу технологије и стандарда за размену порука.[12] Стране су слободне да изаберу оне за које сматрају да највише одговарају њиховој конкретној трансакцији.

С обзиром на то да представљају тзв. добровољна правила (*voluntary rules*),[13] примењују се само ако и у мери у којој су уговорена. Поједина правила могу се искључити или изменити, под условом да је то учињено изричито.[14] Другим речима, неће се сматрати да су URDTT измењена или искључена било којом одредбом дигиталне трговинске трансакције, осим ако је то јасно и недвосмислено наведено. URDTT само допуњују право које су изабрале главне стране,[15] у мери у којој

9 URDTT, Претходна разматрања и чл. 7 ст. б). За разлику од еПравила Међународне трговинске коморе из 2019. године, eUCP и eURC, која су објављена као допуна за електронску презентацију Једнообразних обичаја и праксе за документарне акредитиве (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) Supplement for Electronic Presentations Version 2.0*), односно Једнообразних правила за наплату (инкасо) (*Uniform Rules for Collections (URC 522) Supplement for Electronic Presentation Version 1.0*) и којима се омогућава презентација електронских записа, самих или у комбинацији с папирним документима. Вид. eUCP, чл. e1 ст. а) и eURC, чл. e1 ст. а).

10 URDTT, увод.

11 Више о томе Предраг Цветковић, „Блокчејн као правни феномен: уводна разматрања", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 87/2020, 127–144.

12 URDTT, претходна разматрања. Овим се избегава везивање правног оквира за одређено стање технологије и омогућава њен даљи развој. Вид. Драго Љ. Дивљак, „Примена принципа технолошке неутралности у праву електронске трговине на националном и међународном плану", *Изазови у међународном пословном праву и праву Европске уније: Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (ур. Allan F. Tatham, Витомир Г. Поповић, Јелена Вукадиновић Марковић), Бања Лука – Крагујевац, 2020, 130.

13 Вид. ICC, „Who we are", доступно на адреси: *https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/*, 16. 6. 2022.

14 URDTT, чл. 1 ст. ц).

15 Меродавно право је оно које је наведено у одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције. URDTT, чл. 17 ст. а).

то није забрањено и није у супротности са њим или било којим другим применљивим правилима.[16]

URDTT су објављена као верзија 1.0. Ово сугерише да неће бити статична, већ да ће се прилагођавати променама у пословној пракси како би се сачувала њихова применљивост. Такође, бројчаним означавањем олакшава се имплементација евентуалне ревизије. Као ствар добре праксе, у одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције треба назначити која верзија је меродавна. Ако то није учињено, примениће се најновија верзија која је била на снази када је дигитална трговинска трансакција уговорена.[17]

III Учесници у дигиталној трговинској трансакцији

Главне стране (*principal parties*) у дигиталној трговинској трансакцији су продавац и купац.[18] Продавац (*seller*) је страна која продаје робу или[19] пружа услуге.[20] Улога продавца укључује: испоруку робе, односно пружање услуга у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције, обезбеђивање информација које су потребне да би се омогућило преузимање испоруке робе, односно пријем услуга, као и свих додатних информација које се захтевају (нпр. о инспекцији и осигурању).[21] Страна која прибавља робу или услуге назива се купац (*buyer*).[22] Улога купца нарочито обухвата преузимање испоруке робе, односно пријем услуга које су у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције и, када продавац испуни одредбе и услове дигиталне трговинске трансакције, стицање безусловне обавезе плаћања и извршење плаћања у складу са том обавезом.[23]

16 Није установљен ниједан сукоб између URDTT и правила о електронској трговини. Ово је свакако случај са моделима закона које је израдила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL), о електронској трговини из 1996. године (*Model Law on Electronic Commerce* – MLEC), електронским потписима из 2001. године (*Model Law on Electronic Signatures* – MLES) и електронским преносивим записима из 2017. године (*Model Law on Electronic Transferable Records* – MLETR). Вид. URDTT, претходна разматрања.

17 URDTT, чл. 1 ст. д).

18 URDTT, чл. 2 алинеја 15.

19 Основни правни посао може бити и мешовите правне природе. Вид. URDTT, чл. 3 ст. б).

20 URDTT, чл. 2 алинеја 17.

21 URDTT, чл. 4 ст. а). Набрајање није исцрпно. Исто важи за одређивање улоге осталих страна у дигиталној трговинској трансакцији. Вид. URDTT, чл. 4 ст. б) и чл. 5 ст. а) у вези са чл. 3 ст. ц).

22 URDTT, чл. 2 алинеја 4.

23 URDTT, чл. 4 ст. б).

Страна (*party*) у дигиталној трговинској трансакцији може бити и пружалац финансијских услуга.[24] За потребе URDTT, пружалац финансијских услуга (*financial services provider – fsp*) означава финансијску институцију или неко друго лице,[25] осим продавца и купца.[26] То, дакле, не мора бити банка. Као пружалац финансијских услуга у дигиталној трговинској трансакцији може учествовати и финтек (*fintech – financial technology*)[27] компанија. Улога пружаоца финансијских услуга подразумева најмање један од следећа три елемента: финансирање или смањење ризика кориснику[28] или купцу или другом пружаоцу финансијских услуга, вршење исплате кориснику или, ако то затражи главна страна или било који други корисник, и такав захтев буде прихваћен, приступање обавези плаћања и извршење плаћања, по том основу, по виђењу или на одређени или одредиви будући датум у складу са одредбама и условима тог обавезивања.[29] Пружалац финансијских услуга не бави се робом или услугама на које се може односити електронски запис поднет у оквиру дигиталне трговинске трансакције.[30] Он не иде даље од електронског записа да би утврдио да ли је у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције. Испитује само примљене податке, а не и стварност коју они представљају.[31] Овим се учвршћује разлика између усклађености са дигиталном трговинском

24 Осим пружаоца финансијских услуга, странама се сматрају и продавац и купац, као главне стране. URDTT, чл. 2 алинеја 12.

25 У већини правних система, појам лице се користи за означавање субјеката права и обавеза и треба га тумачити тако да обухвата и физичка и правна лица и друге правне ентитете. (UNCITRAL, *Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998*, New York, 1999, 27) У складу са овим приступом, под лицем (*person*), у смислу URDTT, се подразумева било која врста лица или ентитета, било физичко, корпоративно или друго правно лице или ентитет. URDTT, чл. 2 алинеја 14.

26 URDTT, чл. 2 алинеја 9.

27 Финтек обједињује две најмоћније индустрије: технологију и финансије, као потенцијалне конкуренте и сараднике. Реч је о релативно новој категорији компанија чији су пословни модели засновани на дигиталним производима, за разлику од традиционалних банака. Rory Van Loo, „Making Innovation More Competitive: The Case of Fintech", *U.C.L.A. Law Review*, Vol. 65, Nr. 232/2018, 238–240.

28 Корисник (*beneficiary*) је продавац или било која друга страна или лице које је стекло права и користи из обавезе плаћања, у потпуности или делимично, као пријемник. URDTT, чл. 2 алинеја 2.

29 URDTT, чл. 5 ст. а). Одредба није свеобухватна. Наведени су само главни задаци које пружалац финансијских услуга може имати у дигиталној трговинској трансакцији.

30 URDTT, чл. 5 ст. б).

31 Начело пословања документима, а не робом обавезује и купца, иако је он, по правилу, више заинтересован за саобразност робе, него примљених докумената.

трансакцијом и усклађености са основним правним послом. Пружалац финансијских услуга не преузима било какву одговорност за облик, потпуност, тачност, аутентичност, фалсификовање или правно дејство било ког електронског записа поднетог од друге стране или лица, нити за опште или посебне услове наведене у њему. То не чини ни за опис, количину, тежину, квалитет, стање, паковање, испоруку, вредност или постојање робе, услуга или другог извршења које је наведено, нити за добру веру или радње или пропусте, солвентност, извршење или статус пошиљаоца, превозника, шпедитера, примаоца или осигуравача робе или било ког другог лица.[32] Али, ако шаље или чини доступним електронски запис који му је претходно поднет, одговара за њега и све додатне информације које му је затим приложио.[33] Ово је у складу са општим правилом да прималац[34] не сноси одговорност за тачност и потпуност примљеног електронског записа, осим ако касније поступа као подносилац[35] тог електронског записа.[36]

У дигиталној трговинској трансакцији могу учествовати и друга лица. Она могу бити подносиоци електронских записа (нпр. превозиоци који подносе транспортне документе), али и примаоци (ако се нпр. за испитивање електронских записа користи екстерни систем за обраду података) или корисници (у случају стицања права и користи из обавезе плаћања).

IV Обавеза плаћања и приступање тој обавези од стране пружаоца финансијских услуга

Обавеза плаћања (*payment obligation*) је неопозива обавеза купца[37] да плати кориснику по виђењу или на одређени или одредиви будући

32 URDTT, чл. 5 ст. ц) тач. (i).

33 URDTT, чл. 5 ст. ц) тач. (ii).

34 Прималац (*addressee*) је страна или лице које прима или му је одобрен приступ електронском запису од стране подносиоца. URDTT, чл. 2 алинеја 1.

35 Подносилац (*submitter*) је страна или лице које шаље или ставља на располагање електронски запис примаоцу. URDTT, чл. 2 алинеја 18.

36 URDTT, чл. 6 ст. б).

37 За разлику од обавезе плаћања банке (*bank payment obligation* – *bpo*). Реч је о инструменту који су банке развиле са Друштвом за светску међубанкарску финансијску телекомуникацију (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* – SWIFT) у циљу финансирања ланца снабдевања на начин којим се смањују ризици иманентни трговинским трансакцијама заснованим на отвореном рачуну и додатно омогућава продавцу и купцу консолидацију процеса и информација с краја на крај ланца снабдевања. Обавеза плаћања банке је неопозива обавеза банке дужника да плати одређени износ банци примаоцу по презентацији усклађених

датум.[38] С обзиром на то да представља дефинитивну обавезу, настаје тек када продавац испуни одредбе и услове дигиталне трговинске трансакције.[39] Од тог тренутка, када је наведено да је условна, обавеза плаћања се аутоматски мења и постаје безусловна и независна.[40] Безусловна обавеза плаћања је независна и од дигиталне трговинске трансакције и од основног посла, док је условна обавеза плаћања независна од основног посла, али је правно повезана са дигиталном трговинском трансакцијом.

Обавеза плаћања мора да садржи: јединствену референцу којом се повезује са дигиталном трговинском трансакцијом;[41] назив и адресу главних страна и било ког другог корисника; валуту и износ; ако се, поред главнице, дугује и камата, то се мора навести заједно са основицом и начином обрачуна; датум када је настала; последњи датум за подношење електронских записа; доспелост – по виђењу или на одређени или одредиви будући датум; да ли је условна или безусловна и, ако је условна, њени услови морају бити као што је наведено у дигиталној трговинској трансакцији; и меродавно право.[42] У одредбама и условима обавезе плаћања може се навести да је преносива.[43] Обавезу плаћања може изменити или укинути само главна страна уз сагласност друге главне стране, било ког пружаоца финансијских услуга који јој је приступио и било ког другог корисника.[44]

Приступање обавези плаћања од стране пружаоца финансијских услуга (*fsp payment undertaking*) представља неопозиво обавезивање пружаоца финансијских услуга да изврши плаћање кориснику обавезе плаћања, по виђењу или на одређени или одредиви датум у будућности.[45] У почетним нацртима URDTT коришћен је израз потврђивање (*confirmation*). Међутим, због упућивања на документарни

докумената кроз централни механизам за упаривање података (*Trade Services Utility* – TSU). Светлана Магделинић, „Нови модели финансирања међународне трговине – Банкарска платна облигација (BPO) и SWIFT-ов Trade Services Utility (TSU)“, *Банкарство*, бр. 1/2012, 124.

38 URDTT, чл. 2 алинеја 13.

39 URDTT, чл. 12 ст. а).

40 URDTT, чл. 12 ст. б). Захваљујући томе што је инструмент извршив на самосталној основи, његовим преносом или залагањем могу се обезбедити финансијска средства под повољнијим условима.

41 Навођење референтног броја захтева се у циљу идентификације и лакше обраде релевантних електронских записа.

42 URDTT, чл. 12 ст. ц).

43 URDTT, чл. 12 ст. д).

44 URDTT, чл. 12 ст. е).

45 URDTT, чл. 2 алинеја 10.

акредитиви папирне документе, прихваћен је нови термин.[46] Пружалац финансијских услуга може, у било ком тренутку,[47] приступити обавези плаћања, у целини или делимично, ако то захтева главна страна или било који други корисник.[48]

Када пружалац финансијских услуга приступи безусловној обавези плаћања, његова обавеза је правно одвојена и независна од дигиталне трговинске трансакције и ако на било који начин упућује на њу.[49] Купац се не ослобађа обавезе плаћања, осим ако су главне стране и било који други корисник другачије одредили.[50] Купац одговара поред пружаоца финансијских услуга и солидарно с њим. У односу на традиционалне трговинске инструменте, приступање пружаоца финансијских услуга условној обавези плаћања концептуално је слично издавању или потврђивању документарног акредитива, док се приступање безусловној обавези плаћања може упоредити са меничним јемством (авалом) или акцептирањем менице по основу документарног акредитива.

Ако пружалац финансијских услуга није спреман да приступи обавези плаћања,[51] мора без одлагања обавестити подносиоца захтева.[52] Израз без одлагања (*without delay*) није дефинисан, јер његово прецизно значење зависи од околности конкретног случаја.

Обавези плаћања може приступити и више пружалаца финансијских услуга.[53] У том случају, сваки од њих одговара посебно, али само у обиму у коме се обавезао (за пун или делимичан износ обавезе плаћања).[54]

Када пружалац финансијских услуга приступи обавези плаћања, лице које је то захтевало мора, у том тренутку, обавестити другу главну страну, односно главне стране и било ког другог корисника о називу и адреси пружаоца финансијских услуга, заједно са детаљима о било ком ограничењу одговорности пружаоца финансијских услуга и износу

46 David Meynell (ed.), Implementing URDTT: Uniform Rules for Digital Trade Transactions Version 1.0, Paris, 2022, 34, 51.

47 И док је обавеза плаћања још увек условна.

48 URDTT, чл. 13 ст. а).

49 URDTT, чл. 13 ст. д), прва реченица.

50 URDTT, чл. 13 ст. д), друга реченица.

51 Пружалац финансијских услуга није у обавези да то учини. Његова одлука зависиће од процене ризика.

52 URDTT, чл. 13 ст. ц).

53 За разлику од вишеструког приступања обавези плаћања (*multiple fsp payment undertaking*), правилима није обухваћено тзв. дупло приступање (*double fsp payment undertaking*), приступање постојећем обавезивању пружаоца финансијских услуга.

54 URDTT, чл. 13 ст. е).

његове обавезе. Када је обавеза плаћања преносива, мора се навести и да ли се обавеза пружаоца финансијских услуга може пренети и под којим условима.[55] Дакле, иако постоји могућност „нечујног потврђивања" (*silent confirmation*),[56] у смислу да захтев може потицати и од продавца или било ког другог корисника, елемент тајности је искључен.

Обавеза пружаоца финансијских услуга може се изменити или укинути само уз сагласност главних страна и било ког другог корисника. Када се сва наведена лица сагласе, сматраће се да је приступање обавези плаћања од стране пружаоца финансијских услуга измењено или укинуто.[57]

Пружаоца финансијских услуга који је приступио обавези плаћања обавезује иста верзија URDTT која се примењује на главне стране. То укључује и било коју измену или искључење које је предвиђено у одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције.[58]

Када је обавеза плаћања и, ако јој је додата, обавеза пружаоца финансијских услуга преносива, продавац или било који други корисник, као преносилац, може извршити пренос у складу са том, односно тим обавезама и, у оба случаја, меродавним правом.[59] Пренос (*transfer*), у смислу URDTT, по правилу не значи преузимање дуга,[60] већ уступање одговарајућих потраживања (у целини или делимично).[61] Након таквог преноса, прималац постаје корисник у погледу одговарајућег инструмента, задржавајући право регреса према преносиоцу, осим ако га се изричито одрекао у тренутку преноса.[62] Преносилац мора, у време извршења преноса, обавестити купца, односно пружаоца финансијских услуга о називу и адреси (сваког) примаоца, заједно са детаљима о износу који је пренет и да ли се прималац одрекао права на регрес према преносиоцу

55 URDTT, чл. 13 ст. ф).

56 Означава „потврђивање" документарног акредитива на основу уговора с корисником, а не на захтев или по овлашћењу банке издаваоца (акредитивне банке). Вид. Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право: општи и посебни део*, Београд, 2021, 738, 739. Назив „нечујно" изведен је из уобичајене уговорне одредбе да се такав аранжман неће никоме открити, осим у случају законске обавезе да се то учини. D. Meynell, 25, 53.

57 URDTT, чл. 13 ст. х).

58 URDTT, чл. 5 ст. д).

59 URDTT, чл. 15 ст. а), прва реченица.

60 Осим када се користи обрнути факторинг. Више о томе вид. Маја Б. Матић, „Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству", *Право и привреда*, бр. 1–3/2014, 268–285.

61 Вид. URDTT, чл. 2 алинеја 19.

62 URDTT, чл. 15 ст. а), друга реченица.

или било ком претходном примаоцу.[63] Када пружалац финансијских услуга приступи обавези плаћања која је преносива, мора навести да ли је за било који пренос потребна његова претходна сагласност.[64] Једном додата обавези плаћања, обавеза пружаоца финансијских услуга постаје неодвојива од ње и може се пренети само заједно с њом. Сваки пренос укључује права и користи из приступања тој обавези плаћања од стране пружаоца финансијских услуга, осим ако је он то искључио. С друге стране, ако је пружалац финансијских услуга искључио могућност преноса, не могу се пренети ни права ни користи из обавезе плаћања, осим ако се одговарајуће одредбе и услови обавезивања пружаоца финансијских услуга измене или се његова обавеза укине.[65]

V Употреба електронских записа

1. Општа правила

Под електронским записом (*electronic record*)[66] подразумевају се подаци који су креирани, генерисани, послати, саопштени, примљени или сачувани електронским путем, укључујући, по потреби, све информације које су логички придружене или на други начин повезане како би постале део записа, било да су генерисане истовремено или не.[67] Појмом су обухваћени како електронски записи који су изворно настали у електронском облику, тако и електронски записи који су настали дигитализацијом изворног документа чија форма није електронска. То значи да електронски запис није нужно електронски еквивалент постојећег папирног документа. Али, у мери у којој садржи информације, служи истој сврси, а то је њихово чување и размена између учесника у трансакцији.

Дефиниција електронског записа садржи две важне квалификације. Електронски запис мора бити такав да се може потврдити његова аутентичност у погледу очигледног идентитета подносиоца и очигледног извора података садржаних у њему и да је остао потпун и непромењен и да се може испитати да ли је у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције.

63 URDTT, чл. 15 ст. б) тач. (i).

64 URDTT, чл. 15 ст. б) тач. (ii).

65 URDTT, чл. 15 ст. ц).

66 За потребе URDTT, електронски запис и електронски документ имају исто значење. Вид. D. Meynell, 42. Израз електронски запис прихваћен је и у MLETR, eUCP и eURC. Изабран је за URDTT како би се обезбедила доследност.

67 URDTT, чл. 2 алинеја 7.

Аутентификација није обавезна и за њу одговара подносилац.[68] У сваком случају, све док су подаци проверљиви, сматраће се електронским записом за потребе URDTT. Овим захтевом обезбеђује се виши ниво заштите од преваре, него што је то могуће постићи када се користе папирни документи. Посебни захтеви за проверу аутентичности електронског записа могу бити одређени у дигиталној трговинској трансакцији, односно наметнути меродавним правом.

Подобност електронског записа да буде испитан суштински је повезана са захтевом из дефиниције појма примљено (*received*). Када електронски запис уђе у систем за обраду података[69] примаоца, мора бити у формату[70] који тај систем за обраду података може прихватити и који тај прималац може испитати у погледу усклађености са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције.[71]

У дигиталној трговинској трансакцији морају се навести одредбе и услови по којима ће се утврдити усклађеност електронског записа.[72] Без тога, цео процес би био обесмишљен. Уважавајући чињеницу да разликовање између оригинала и копије конвенционалног електронског записа нема практични значај и да се такви електронски записи могу несметано умножавати, предвиђено је да, ако се захтева достављање једног или више оригинала или копија електронског записа, довољно је доставити један електронски запис.[73] Међутим, ово правило је

68 Подносилац је дужан да обезбеди не само аутентичност електронског записа, већ и његову тачност и потпуност у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције. URDTT, чл. 6 ст. а).

69 Израз систем за обраду података (*data processing system*) означава компјутеризовано или електронско или било које друго аутоматизовано средство које се користи за обраду и манипулацију подацима, покретање радње или одговор на поруке са подацима у целини или делимично. URDTT, чл. 2 алинеја 6.

70 Од суштинског је значаја да сви примљени подаци буду читљиви од стране релевантног система за обраду података. А читљиви су само ако је систем за обраду података у стању да препозна њихов формат. С обзиром на то да не постоји јединствени или стандардни систем по коме су подаци организовани, нити постоји заједнички протокол по коме се подаци могу идентификовати, изричито се препоручује да формат електронских записа буде наведен у одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције и договорен са другим учесницима. Притом, не мора се захтевати исти формат за све електронске записе које је потребно поднети. Формати се обично издају у верзијама. Ако није наведена одређена верзија, било која верзија тог формата је прихватљива. Претпоставља се да назнака верзије формата укључује претходне, али не и касније верзије тог формата. Ако претходна верзија није прихватљива, то треба навести, како би се избегла различита тумачења. Ако формат није одређен, електронски запис се може поднети у било ком формату који прималац може прихватити и испитати. D. Meynell, 21, 34, 35.

71 URDTT, чл. 2 алинеја 16.

72 URDTT, чл. 7 ст. а).

73 URDTT, чл. 7 ст. ц). Вид., такође, eUCP, чл. e9.

квалификовано одредбом која се односи на употребу електронских записа који представљају оригиналне дигиталне документе. У том смислу, када се меродавним правом захтева или дозвољава предаја, пренос или државина електронског записа, тај захтев или дозвола се испуњава преносом искључиве контроле над тим електронским записом на примаоца.[74] У циљу избегавања непотребне кореспонденције,[75] предвиђено је да електронски запис који је поднет, али није захтеван одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције, прималац може занемарити и одбацити на било који начин који сматра одговарајућим, без икакве одговорности.[76] То не мора да значи уништити или избрисати. Уместо тога, примљени електронски запис може бити архивиран. Одлука о начину располагања може зависити и од података и околности случаја.[77] Захтев да информације треба да буду у писаној форми је испуњен када је електронски запис који их садржи и који није захваћен оштећењем података доступан примаоцу.[78] Ово важи само ако се меродавним правом не налаже другачије. У појединим јурисдикцијама папирни документ може бити законски услов. Међутим, како све више земаља настоји да омогући или олакша дигиталну трговину и обезбеди једнак положај корисника папирне и електронске документације, очекује се да ће овакве ситуације бити све ређе. Делимична презентација није регулисана и зависиће од одредби и услова дигиталне трговинске трансакције.

Када се користи, електронски потпис мора да буде у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције који се на њега односе.[79] Електронски потпис (*electronic signature*) је обрада података приложена или логички придружена електронском запису коју је извршио или усвојио потписник да би потврдио свој идентитет и

74 URDTT, чл. 7 ст. ф). Пренос искључиве контроле над електронским записом је функционални еквивалент предаје, тј. преноса државине на папирним преносивим документима. Вид. Explanatory Note to the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records, у: *UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records*, New York, 2018, 45.

75 Што је у складу са другим правилима Међународне трговинске коморе која се примењују на трансакције у којима се користе папирни документи.

76 URDTT, чл. 7 ст. д). Ово се примењује и на електронски запис који је поднет пружаоцу финансијских услуга, а који се не захтева одредбама и условима ни обавезе плаћања, нити приступања тој обавези од стране пружаоца финансијских услуга. URDTT, чл. 13 ст. г).

77 D. Meynell, 41, 52, 53.

78 URDTT, чл. 7 ст. е).

79 URDTT, чл. 10. Укључујући поузданост и сигурност, с обзиром на то да се у зависности од њих најчешће одређује правно дејство електронског потписа. Вид. Драго Љ. Дивљак, „Правно дејство електронских потписа у међународној регулативи и праву Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2019, 347–362.

аутентичност (потписаног) електронског записа.[80] Упућивање на прилагање или придруживање података електронском запису да би се потврдио идентитет потписника и аутентичност електронског записа односи се само на повезаност која се може подразумевати на основу спољног изгледа електронског записа,[81] а не на стварну намеру потписника.[82]

2. Поступак у случају неусклађености електронских записа

Ако електронски запис није у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције, прималац мора да обавести подносиоца[83] једним обавештењем, наводећи све разлоге за неусклађеност електронског записа.[84] Обавештење се мора послати[85] најкасније до 23:59:59 UTC[86] другог[87] радног дана[88] након датума пријема електронског

80 URDTT, чл. 2 алинеја 8. Идентификација потписника и сагласност са садржајем потписаног документа су примарне функције својеручног потписа које се, у складу са принципом функционалне еквиваленције, захтевају и од електронског потписа. Вид. Д. Љ. Дивљак (2019), 350.

81 Електронски запис садржи и унутрашњу форму приказа која се састоји од техничко-програмске форме записивања његове садржине.

82 D. Meynell, 33.

83 Појашњено је да било каква потврда пријема електронског записа коју генерише систем за обраду података не значи да је прималац прегледао, испитао или утврдио да је електронски запис (не)усклађен. URDTT, чл. 11.

84 Овај поступак подједнако се примењује у случају неусклађености електронског записа са одредбом чл. 7 ст. б), да сви подаци који се односе на дигиталну трговинску трансакцију морају бити повезани и достављени од подносиоца примаоцу, у облику електронског записа. URDTT, чл. 8 ст. а), прва реченица.

85 Иако претходна одредба указује на прихватање теорије пријема, релевантан је тренутак када је обавештење послато. (Упор. URDTT, чл. 8 ст. ц)) То је у складу са општим правилом да подносилац (а ни прималац) неће сносити било какву одговорност за последице које настану због недоступности система за обраду података, осим ако је такав систем његов. Вид. URDTT, чл. 6 ст. ц).

86 Координисано универзално време (*Universal Time Co-ordinated* – UTC) је међународна временска скала коју дефинише Међународна унија за телекомуникације (*International Telecommunications Union* – ITU) и коју користи опрема за електронско рачунарство и управљање подацима. Технички је еквивалент Гриничког средњег времена (*Greenwich Mean Time* – GMT). (URDTT, чл. 2 алинеја 20) Првобитно се помиње у Једнообразним правилима Међународне трговинске коморе за обавезе плаћања банке (*ICC Uniform Rules for Bank Payment Obligations* – URBPO), како би се одредио крајњи тренутак за достављање електронских записа. Иако је узето у обзир и приликом усвајања eUCP и eURC, препоручено је да концепт UTC, у тој фази, не буде укључен у eПравила, али да се размотри за будуће верзије. Подршка је, међутим, пружена када су у питању URDTT, јер се таква временска скала сматра одговарајућом. URDTT су намењена потпуно дигиталном окружењу, због чега је важно да временски оквир буде у складу са глобалним стандардом. Употребом

записа.[89] Начин преноса обавештења није одређен, због чега је потребно да буде прецизиран у одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције. У сваком случају, треба да одговара датим околностима, у смислу брзине и поузданости.

У овом случају, и ако није другачије одређено у дигиталној трговинској трансакцији, она не може бити завршена пре него што се оствари било која од три предвиђене могућности. Првом опцијом омогућава се подносиоцу да замени неусклађени електронски запис усклађеним електронским записом најкасније до 23:59:59 UTC последњег датума за подношење електронског записа који је наведен у дигиталној трговинској трансакцији.[90] Рок се, дакле, не продужава. Алтернативно, главне стране могу изменити одредбе и услове дигиталне трговинске трансакције тако да се електронски запис сматра усклађеним. Међутим, ако постоје и други дужници осим купца и/или други корисници осим продавца, и они се морају сагласити,[91] јер би се амандманима утицало и на њихова права и обавезе. Коначно, купац и продавац и било који други дужник и корисник могу прихватити електронски запис, без обзира на његову неусклађеност, или се сагласити да се из одредби и услова дигиталне трговинске трансакције уклони захтев за подношење тог електронског захтева.[92]

Ако прималац не обавести подносиоца благовремено, наступиће преклузија. Прималац ће изгубити право да одбије електронски запис због неусклађености и сматраће се да га је прихватио.[93]

UTC, уместо ослањања на различита локална времена, заправо, се олакшава контрола обраде електронских записа. Вид. D. Meynell, 36.

87 У почетним нацртима URDTT, рок за обавештавање о неусклађености био је један радни дан. Сматрало се, међутим, да је то престрого са оперативне тачке гледишта. Рок од два радна дана заснован је на консензусу националних комитета. С обзиром на то да ће се провера усклађености обично вршити дигитално и обавити у року од неколико секунди од пријема електронског записа, могуће је да ће се, с развојем праксе, поново размотрити и дужина овог временског периода. Вид. *Ibid.*, 43.

88 Будући да пружалац финансијских услуга не мора бити банка, не користи се израз банкарски дан. Радни или пословни дан (*business day*) означава дан када је страна или лице редовно отворено у месту у коме та страна или лице треба да изврши радњу на коју се примењују URDTT. URDTT, чл. 2 алинеја 3.

89 URDTT, чл. 8 ст. а), друга реченица.

90 URDTT, чл. 8 ст. б) тач. (i).

91 URDTT, чл. 8 ст. б) тач. (ii). Сагласност свих наведених лица је неопходна и да би се измениле и/или допуниле и остале одредбе и услови дигиталне трговинске трансакције. Вид. URDTT, чл. 14.

92 URDTT, чл. 8 ст. б) тач. (iii).

93 URDTT, чл. 8 ст. ц).

3. Оштећење података

Од неусклађености електронског записа (*non-compliance of an electronic record*) потребно је разликовати оштећење података, иако су поступци у оба случаја заправо слични. Под оштећењем података (*data corruption*) подразумева се свако изобличење или губитак података због којих је електронски запис, какав је поднет,[94] нечитљив[95] у целини или делимично.[96]

Када се покаже да су подаци у електронском запису оштећени, прималац може обавестити подносиоца и захтевати да се тај електронски запис поново достави.[97] Ако прималац не обавести подносиоца до 23:59:59 UTC другог радног дана након датума пријема електронског записа, сматраће се да је тај електронски запис у складу са одредбама и условима дигиталне трговинске трансакције.[98] Ако након пријема обавештења подносилац не достави поново електронски запис до 23:59:59 UTC последњег датума за подношење електронског записа који је наведен у дигиталној трговинској трансакцији, прималац може поступати као да електронски запис није поднет и може њиме располагати на било који начин који сматра одговарајућим, без икакве одговорности.[99]

VI Закључак

За разлику од већине других правила Међународне трговинске коморе, URDTT се не односе на конкретан банкарски производ. Њихова област примене је шира и протеже се и на корпоративни простор, укључујући трговинске трансакције и растућу заједницу небанкарских пружалаца финансијских услуга. Садрже одредбе којима се регулишу улоге и других лица која могу бити укључена. На овај начин, обухваћен је целокупан процес и сви учесници у савременим трговинским трансакцијама, што за последицу има виши степен правне сигурности. URDTT су намењена потпуно дигиталном окружењу. Сви подаци који се односе на дигиталну трговинску трансакцију морају се поднети у облику електронског записа. Не постоји могућност мешовите презентације. Захваљујући неутралности у погледу технологије

94 Релевантно је стање у ком је електронски запис поднет. За ове потребе, не узима се у обзир оштећење података које може настати касније.

95 Од овога је потребно разликовати нечитљивост електронског записа због некомпатибилности система за обраду података.

96 URDTT, чл. 2 алинеја 5. Иста дефиниција се користи и у eUCP (чл. e3 ст. б) тач. (i) и eURC (чл. e4 ст. б) тач. (i)).

97 URDTT, чл. 9 ст. а).

98 URDTT, чл. 9 ст. б).

99 URDTT, чл. 9 ст. ц).

и стандарда за размену порука, стране су слободне да изаберу оне за које сматрају да највише одговарају њиховој конкретној трансакцији. Иако не нуде решења за сва питања у овој области, настојањем да се постигне униформност, пружањем колективног разумевања појмова и дефиниција, као и промовисањем и подстицањем употребе електронских записа, доприносе лакшем, бржем, јефтинијем и еколошки одрживом пословању.

Коришћена литература

Van Loo Rory, „Making Innovation More Competitive: The Case of Fintech", *U.C.L.A. Law Review*, Vol. 65, Nr. 232/2018.

Вукадиновић Радован Д., *Међународно пословно право: општи и посебни део*, Београд, 2021. (Vukadinović Radovan D., *Međunarodno poslovno pravo: opšti i posebni deo*, Beograd, 2021)

Дивљак Драго Љ., „Правно дејство електронских потписа у међународној регулативи и праву Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2019. (Divljak Drago Lj., „Pravno dejstvo elektronskih potpisa u međunarodnoj regulativi i pravu Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2019)

Дивљак Драго Љ., „Примена принципа технолошке неутралности у праву електронске трговине на националном и међународном плану", *Изазови у међународном пословном праву и праву Европске уније: Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (ур. Allan F. Tatham, Витомир Г. Поповић, Јелена Вукадиновић Марковић), Бања Лука – Крагујевац, 2020. (Divljak Drago Lj., „Primena principa tehnološke neutralnosti u pravu elektronske trgovine na nacionalnom i međunarodnom planu", *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije: Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (ur. Allan F. Tatham, Vitomir G. Popović, Jelena Vukadinović Marković), Banja Luka – Kragujevac, 2020)

Дивљак Драго Љ., „Хармонизација правила о електронској трговини и право Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018. (Divljak Drago Lj., „Harmonizacija pravila o elektronskoj trgovini i pravo Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2018)

Магделинић Светлана, „Нови модели финансирања међународне трговине – Банкарска платна облигација (BPO) и SWIFT-ов Trade Services Utility (TSU)", *Банкарство*, бр. 1/2012. (Magdelinić Svetlana, „Novi modeli finansiranja međunarodne trgovine – Bankarska platna obligacija (BPO) i SWIFT-ov Trade Services Utility (TSU)", *Bankarstvo*, br. 1/2012)

Матић Маја Б., „Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2014. (Matić Maja B., „Obrnuti faktoring – novina u domaćem zakonodavstvu“, *Pravo i privreda*, br. 1–3/2014)

Meynell David (ed.), *Implementing URDTT: Uniform Rules for Digital Trade Transactions Version 1.0*, Paris, 2022.

Цветковић Предраг, „Блокчејн као правни феномен: уводна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 87/2020. (Cvetković Predrag, „Blokčejn kao pravni fenomen: uvodna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 87/2020)

***Jovan* VUJIČIĆ, PhD**
Assistant Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

UNIFORM RULES FOR DIGITAL TRADE TRANSACTIONS (URDTT): NOVELTY OR NECESSITY

Summary

Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDTT) do not offer solutions to all issues in this area, but by striving to achieve uniformity, by providing a collective understanding of terms and definitions, as well as by promoting and supporting the usage of electronic records, they contribute to easier, faster, cheaper, and environmentally sustainable business. While their formulation and publication are an important step towards a digital future, acceptance and effective implementation are an even greater challenge. The prerequisites for this are a thorough understanding, but also solving a number of technical issues, which can be very complex. To this end, the paper, after determining the area of application, discusses the roles of participants in a digital trade transaction, as well as issues that are key to its proceeding, the payment obligation, the financial services provider (fsp) payment undertaking and the use of electronic records.

Key words: *Uniform Rules for Digital Trade Transactions (URDTT). – International Chamber of Commerce (ICC). – Electronic Record.*

Датум пријема рада: 10. 8. 2022.
Датум прихватања рада: 2. 10. 2022.

УДК: 347.921.6
CERIF: S 137, S 144
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22407A

др *Мирјана* Б. ГЛИНТИЋ*
научни сарадник у Институту за упоредно право у Београду, Србија

НЕДОСТАЦИ У РЕГУЛИСАЊУ ОСИГУРАЊА ТРОШКОВА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак

Аутορка анализира осиīурање тρошкова ūравне заштиτе и њеīов значај за остваривање ūрава на ūристуū суду. Како је овај ūроизвод осиīурања у великој мери скрајнуτ на тржишτу осиīурања у Реūублици Србији, аутορка централни део рада ūосвећује анализи ūравне реīулативе овоī осиīурања у сρūском законодавсτву. Позиτивноūравна и уūоредноūравна анализа сиūнализирали су на неколико недосτаτака у ūриступу сρūскоī законодавца. Први је недосτаτак јасне дефиниције овоī осиīурања, шτо даље имūлицира да ūосτоје нејасноће у ūоīледу τачноī одређења осиīураноī случаја и осиīураноī ризика. Друīи ūроблем је недовољно реīулисање ситуација када може наступиτи сукоб инτереса осиīураника и осиīуравача ūо основу овоī осиīурања. Аутορка ūредлаже неколико начина за ūревазилажење ових недосτаτака, ūолазећи од решења уτемељених у комунитарном ūраву. У закључном делу рада аутορка даје арīументе који ūобијају τврдње да ūримена овоī осиīурања води ка ūреоūτерећењу судова и закључује да оно ūредсτавља биτан

* Електронска адреса аутора: *m.glintic@iup.rs*.

инструмент за остваривање принципа правне државе, али и заштите потрошача.

Кључне речи: *Уговор о осигурању. – Осигурање трошкова правне заштите. – Престација осигуравача. – Право на приступ суду.*

I Увод

Иако се може посматрати у контексту члана 6 Европске конвенције о људским правима,[1] право на приступ суду не представља право које је изричито зајемчено овом Конвенцијом.[2] Право на приступ суду није апсолутно право, првенствено јер подлеже одређеним ограничењима, која ће се разликовати од државе до државе у зависности од друштвених и националних прилика.[3] Основ наметања ограничења важењу и примени права предвиђених Европском конвенцијом о људским правима налази се у државном суверенитету.[4] Међутим, постављање каквих ограничења потпуно отвореном приступу правди мора испред себе и у својој основи имати какав легитиман циљ.

Нека од ограничења која држава намеће користећи се дискреционим овлашћењима се огледају у прописивању рокова застарелости, предвиђању судских такси или претходних поступака који се морају предузети пре обраћања суду.[5] Контратег увођењу судских такси и трошкова вођења судског поступка налази се у заштити општег интереса

1 Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, усвојена у Риму, 4. новембар 1950.

2 Чл. 6 ст. 1 Европске конвенције о људским правима говори о „праву на суд". У предмету *Golder v. United Kingdom* Европски суд за људска права је истакао да право на приступ суду није изричито предвиђено чланом 6 Конвенције. Чланом 6 се проглашавају права која потичу из исте основне идеје и која сва заједно чине једно шире право које није експлицитно дефинисано. Стога је закључак да је Европски суд за људска права тај који има овлашћење да одлучи да ли ће се у садржај права на правично суђење укључити и право на приступ суду. *Golder v. the United Kingdom*, ECHR, 12. 2. 1975, пара. 28–31, 36. Вид. детаљније и Весна Ћорић, „Неусклађеност тумачења члана 6 Европске конвенције о људским правима у јуриспруденцији Суда правде Европске уније и Европског суда за људска права", *Ревија за европско право*, бр. 2–3/2014, 69–85.

3 *Ashingdane v. the United Kingdom* 8225/78 (1985), ECHR 8, 28. 5. 1985, пара. 57.

4 Тако и у случају *Cordova v. Italy* (no.1) 40877/98, ECHR, 30. 1. 2003, пара. 54.

5 Tiberiu-Vlad Patancius, „Issues Related to the Appearance, Evolution, Functions and Utility of the Legal Expenses Insurance Contracts, especially within the European Union's States", *Lex ET Scientia International Journal*, Nr. 2/2017, 35.

који се огледа и у томе да је за спровођење правде и функционисање јавне службе ипак потребно одређено финансирање. Чак је и Европски суд за људска права истакао да функционисање правосуђа захтева наметање одређених дажбина које делимично ограничавају могућност појединца да приступи суду.[6]

Ипак, да наплаћивање ових такси не би постало само себи сврха, потребно је да постоји сразмера између износа који се наплаћује и општег интереса који се штити. Сматраће се да је престао да постоји однос адекватне пропорционалности онда када наметнута ограничења промене саму суштину права на приступ правди.[7] Ирелевантно је да ли појединац који жели да пред судом тражи заштиту својих права може да плати све таксе и адвокатске тарифе. Битно је само да ли се из перспективе просечног човека таксе могу оценити као превисоке и то у оној мери да га одврате од упуштања у поступак.[8]

Јасно је да остваривање принципа правде једнако доступне свима не представља једноставан задатак услед бројни субјективних[9] и објективних препрека, међу којим предњаче недостаци финансијских средстава.[10] Ипак, изналажење начина за превазилажење ових препрека је од великог значаја за даљи развој правне државе. Заправо, државе су у обавези да усвоје неопходне мере које ће грађанима олакшати и омогућити да своју правду остваре пред судовима.

Као једна од мера се свакако истиче успостављање система бесплатне правне помоћи. Како је остваривање права на бесплатну правну помоћ резервисано за грађане који не поседују довољно финансијских средстава да потраже заштиту својих права пред судским органима, отвара се простор за добро организовање тржишта и правилно регулисање осигурања трошкова правне заштите.[11] Заправо, осигурање

6 *Beian v. Romania* (nr. 2), ECHR 4113/03, 7. 2. 2008, пара. 26.

7 У пракси Европског суда за људска права се може наићи и на даље услове које морају испунити сва она ограничења која држава намеће праву на приступ суду. Тако, примера ради, норма или судска пракса којом се то чини морају бити јасне, доступне и предвидиве. Вид. *Tsasnik and Kaounis v. Greece*, No. 3142/08.

8 T. V. Patancius, 37.

9 Према наводима из једне студије из седамдесетих година прошлог века, половина Немаца није у стању да разуме стручан правнички језик и није у могућности да разуме о чему се ради у правним актима. Вид. детаљније Konrad Redeker, „Bürger und Anwalt im Spannungsfeld von Sozialstaat und Rechtsstaat", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, 1158.

10 Вид. Александра Петровић, „Вредност спора 159 динара, а трошкови 212 пута већи", *Политика*, 29. 4. 2021, доступно на адреси: *https://www.politika.rs/sr/clanak/478002/Vrednost-spora-159-dinara-a-troskovi-212-puta-veci*, 20. 8. 2022.

11 Мисли се првенствено на припаднике средње класе или средња и мала привредна друштва, који свакако не могу бити бенефицијари бесплатне правне помоћи, са

трошкова правне заштите и бесплатна правна помоћ свој историјски развој започињу готово истовремено, настојећи да одговоре на неспособност државе и тржишта да пруже правне услуге.[12]

Успостављање и функционисање тржишта осигурања трошкова правне заштите засигурно може олакшати приступ судовима грађанима који се одлуче за плаћање премија овог осигурања. И поред свих ограничења овлашћења државе у контролисању тржишта осигурања, то не искључује њена законодавна овлашћења и могућност доброг законског регулисања овог производа осигурања који осигуранике може за корак приближити остваривању правде.

Јасно је да осигурање трошкова правне заштите може допринети квалитету приступа правди, јер осигураници не морају да брину због трошкова поступка који се могу јавити.[13] Из тог разлога се током седамдесетих година у Немачкој покренула дискусија о увођењу законског, односно обавезног осигурања трошкова правне заштите. И поред свих предности и значаја за остварење концепта правде, ова идеја није заживела услед проблема у њеном практичном спровођењу, а сама идеја је прилично негативно оцењивана услед страха да ће судови бити преоптерећени услед активирања овог осигурања.[14]

II Појам и основне карактеристике осигурања трошкова правне заштите

Осигурање трошкова правне заштите служи, као и остала осигурања, избегавању ризика и преношењу ризика на ризико заједницу. Код овог осигурања је избегавање ризика усмерено на ризик настанка трошкова поступка јер остваривање правде захтева не само

једне стране, а са друге стране, не располажу довољним средствима да се могу само на њих ослонити приликом покретања и вођења судског поступка. Поред тога, не треба испустити из вида и бројна ограничења која прате остваривање права на бесплатну правну помоћ. Тако је конкретно у Републици Србији доношењем Закона о бесплатној правној помоћи (*Службени гласник РС*, бр. 87/2018), пружање бесплатне правне помоћи ограничено само на адвокате и правне службе у локалу, док је нешто ипак шири круг лица која би могла да пружају бесплатну правну подршку, али опет уз бројна ограничења. Вид. детаљније Институт за упоредно право, „Изучавање људских права на правним факултетима у Србији", 2020, доступно на адреси: *https://rm.coe.int/izucavanje-ljudskih-prava/1680a2ab85*, 19. 8. 2022, 18, 20, 22, 53.

12 Вид. Tamara Goriely, *Access to Legal Services: A European Comparison*, London, 2000.

13 Оно што је пак упитно јесте колико се на овај начин повећава могућност приступа правди грађанима са ниским приходима који не могу да приуште плаћање премија за ово осигурање.

14 Erhard Blankenburg, Jann Fiedler, *Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte*, Tübingen, 1977, 128.

ресурс нечијег времена, већ и новца.[15] Контрапрестација осигуравача за престацију плаћања премија од страна осигураника се огледа у покривању трошкова насталих у вези са остваривањем правне заштите. У трошкове који су покривени осигурањем трошкова правне заштите се урачунавају трошкови адвокатске накнаде, таксе које наплаћују судови или органи управе ако се поступци воде пред њима, као и трошкови вансудског решавања спорова.[16] Ту су, такође, трошкови накнада за вештаке и сведоке, али углавном тако што се предвиђа максимални износ трошкова који ће се покрити по оствареном осигураном случају.[17]

Поред покривања на описани начин насталих трошкова, неки национални правни системи дозвољавају нешто шире одређење обавезе осигуравача. Наиме, у зависности од тога да ли су адвокати искључива и једина лица овлашћења на пружање правних савета, обавеза осигуравача се може састојати и у пружању савета, давању података или новчаној помоћи, заступању током алтернативних начина решавања спорова.[18]

Поред тога што се може продавати као самостално осигурање, ово осигурање се продаје као допунско осигурање уз осигурање домаћинства или неке врсте личних осигурања.[19] Иако на тај начин ово осигурање долази до већег броја осигураника, овај начин дистрибуције ограничава његово покриће, јер се на тај начин осигурање трошкова правне заштите односи само на оне ризике који су покривени основним осигурањем.[20]

---

15 Тако и Dieter Meixner, *Fragen zur Rechtsschutzversicherung unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Rechtsanwalts zum Versicherungsnehmer sowie des Problems der Kostenerstattung bei Bestehen einer Rechtsschutzversicherung*, Berlin, 1969, 13.

16 Loris Belanić, „Smjernica o osiguranju pravne zaštite i njezina implementacija u hrvatsko pravo", *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 2/2010, 1019.

17 Marie-Luise Roj, *Die Rechtsschutzversicherung – Die Entwicklung des Rechtsschutzgedankens bis zur Entstehung der Modernen Rechtsschutzversicherung*, Dissertation, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck, Innsbruck, 2016, 48.

18 Carlo Isola, *Rechtschutzversicherung: Ursprünge und Entwicklung, Internationale Vereinigung der Rechtsschutzversicherer*, Riad, 2009, 3.

19 Изузетак у том смислу свакако представља Немачка, где се ово осигурање продаје као самостално, а уз то се овим осигурањем могу бавити само осигуравачи који се њим баве како не би дошло до настанка сукоба интереса са осигураницима којима пружају заштиту по основу других осигурања. Вид. Matthias Kilian, „Determinanten des europäischen Rechtsschutzversicherungsmarktes", *Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswissenschaft*, 1999, 21.

20 Matthias Kilian, Francis Regan, „Legal Expenses Insurance and Legal Aid – Two Sides of the Same Coin – The Experience from Germany and Sweden", *International Journal of the Legal Profession*, Nr. 3/2004, 236.

1. Обавезе осигуравача по основу осигурања трошкова правне заштите

Иако је основна сврха осигурања трошкова правне заштите пружање финансијске заштите од свих трошкова који могу настати у вези са вођењем поступка, полисама овог осигурања могу се предвидети и још неке додатне престације које осигуравач може бити у обавези да пружи осигуранику. Основна идеја јесте да цео уговор о осигурању треба да служи правним интересима осигураника у циљу њиховог остваривања. Тако одређена суштина осигурања чини да се обавеза осигуравача састоји не само у преузимању трошкова насталих у вези са остваривањем правне заштите, већ и одређених неновчаних престација. У модерној фази развоја осигурања трошкова правне заштите се поставило питање да ли се само адвокати могу бавити пружањем правне заштите или ту услугу могу пружати и осигуравајућа друштва која пружају услугу осигурања трошкова правне заштите.[21] Поред тога, поставило се питање у чему се још може садржати обавеза осигуравача. Пример такве обавезе може бити пружање подршке осигуранику приликом утврђивања тачног чињеничног стања или приликом пријављивања штете.[22] Или, давањем одређених савета и смерница неопходних за остваривање правних интереса осигураника како би се што је могуће више избегло наступање негативних економских и правних последица по осигураника. И прописи комунитарног права посвећени овом неживотном осигурању (чл. 2 Директиве о осигурању трошкова правне заштите)[23] предвиђају да се националним прописима мора регулисати ово осигурање које је одређено чињеницом да осигуравач преузима обавезу сношења ризика који се огледа у покривању трошкова, али који се може огледати и пружању следећих услуга: вођење рачуна о томе да оштећена страна буде обештећена, било покретањем поступка, било закључењем потребне трансакције; у случају да је осигураник лице против ког се води поступак, осигуравач мора обезбедити одговарајућу заштиту његових интереса путем заступања.[24]

---

21 О противљењу адвокатске јавности овом производу осигурања половином прошлог века вид. детаљније Loris Belanić, „Povijesni razvoj osiguranja pravne zaštite", *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 2/2014, 30.

22 M. L. Roj, 50.

23 Директива о уједначавању законских, подзаконских и управних аката који се односе на осигурање трошкова правне заштите (*Council Directive 87/344/EEC of 22 June 1987 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to legal expenses insurance*, *OJ* L 185, 4. 7. 1987).

24 T. V. Patancius, 43.

2. Различити упоредноправни приступи у регулисању обавезе осигуравача по основу осигурања трошкова правне заштите

Различити национални системи различито одговарају на питање шта све тачно обухвата осигурање трошкова правне заштите. У неким државама је обезбеђена само покривеност трошкова вођења поступка, док у неким другим престација осигуравача може бити и давање правних савета, састављање нацрта докумената, као и покретање и вођење поступака медијације и других мирних видова решавања спорова.[25]

Најстрожа у том погледу је Немачка, где не постоји могућност за било коју другу престацију осигуравача сем покривања трошкова поступка, а за њом ту је и Пољска.[26] У овим земљама је давање правних савета искључиво резервисано за адвокате, против чега се осигуравачи који пружају услугу осигурања трошкова правне заштите буне.[27] Идеја монопола адвоката јесте да се обезбеди висок степен заштите корисника адвокатских услуга и постојање слободне и независне професије, што се све може остварити ако постоје строга професионална правила.[28]

У земљама у којима осигурање може покрити и додатне услуге, постоји могућност да се и агенти осигурања укључе у решавање спора пре покретања судског поступка путем неког од метода мирног решавања спорова, што се може оценити као велики допринос растерећењу судова. Тако у Француској постоји могућност осигуравајућих друштава

25 *Ibid.*, 38; SeeNews, *Legal expenses insurance (LEI) report – European market overview, Germany, the UK and Bulgaria*, 2013, доступно на адреси: *https://seenews.com/static/pdfs/LegalExpensesInsuranceReportEuropeanMarketOverview.pdf*, 12. 8. 2022; Matthias Kilian, „Alternatives to Public Provision: The Role of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience", *Journal of Law and Society*, Nr. 1/2003, 32.

26 Додатне информације о упоредноправним решењима се могу наћи у Erhard Blankenburg, „Paterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany", *American Journal of Comparative Law*, Nr. 1/1988, 23.

27 Andreas Heinsen, „Rechtsbesorgung durch Rechtsschutz-Versicherer", *Versicherungswirtschaft*, 1997, 833. Слична ситуације је и у Аустрији: M. Kilian (1990), 50. Пример средњег решења је шпанско решење, где постоји адвокатски монопол у погледу пружања правних савета и заступања осигураника у поступцима пред судом, али где и осигуравајућа друштва имају запослене адвокате чије услуге осигураници могу, али и не морају да користе. *Ibid.*, 53.

28 Међутим, у Немачкој не постоји никаква могућност да неправници или чак правне клинике дају било какве савете, чак и када би то било у некој алтруистичкој форми. То даље значи да грађани ни на који начин не могу добити бесплатне или јефтине правне савете, што даље објашњава зашто је ова врста осигурања толико заступљена у Немачкој. Осим тога, адвокати су у законској обавези да наплаћују макар најниже прописане таксе за свој рад, што чини немогућим добијање било каквих правних савета од адвоката *pro bono*. Вид. детаљније M. Kilian, 44–45.

да пружају правне савете својим осигураницима, као и могућност заступања у вансудским поступцима. Заправо, до извршења новчане престације осигуравача, односно до покрића трошкова правне заштите, долази тек у тренутку када не помогне ни давање правних савета од стране правника запослених код осигуравача, ни када не успеју или се не прихвате могућности алтернативног решавања спорова.[29] Неко средње решење постоји у Швајцарској и Италији где осигуравајућа друштва плаћају годишње износе адвокатским коморама за услуге које њихови чланови пружају осигураницима у контексту давања правних савета или заступања приликом вансудског решавања спорова.[30]

Оно што је битно нагласити у вези са престацијом осигуравача када се она састоји у пружању правног савета, од суштинског је значаја је да је дошло до остварења осигураног случаја. Минимум захтева који морају постојати да би се остварио осигурани случај јесте да су, примера ради, поднети захтеви за признавање потраживања, да је дошло до повреде уговорне обавезе и слично. Давање неких општих савета који се не могу повезати с оним што полиса одређује као осигурани случај не може бити дугована престација осигуравача. Остваривање заштите по основу овог осигурања се везује првенствено за поступке које води осигураник или који се воде против њега.[31] То би се могло схватити као један од недостатака овог осигурања, јер је људима углавном потребна помоћ у виду „малог" правног савета у вези са свакодневним животним ситуацијама, а не помоћ у комплексним споровима.

III Регулисање осигурања правне заштите у законодавству Републике Србије

Осигурање трошкова правне заштите је изузетно поднормирано у законодавству Републике Србије, што и не изненађује када се узме у обзир прилична незаинтересованост тржишта за овај производ

29 Alexander Schröder-Frerkes, *Konfliktbeilegung Mechanismen in Rechtsschutzversicherung, Ein europäischer Vergleich und Vorschlag eines Schiedsverfahrens*, Karlsruhe, 1991, 91. Слична ситуација је и у Швајцарској, са том разликом да представници осигуравајућих друштава не могу заступати осигуранике у поступцима пред судом. M. Kilian (1999), 56.

30 Werner Pfennigstorf, „Legal Expenses Insurance", *American Journal of Comparative Law*, Nr. 3/1975, 475.

31 Додатни разлог оваквог ограничења покрића по основу осигурања трошкова правне заштите је конкретно у Немачкој што се осигуравачима који пружају услуге осигурања трошкова правне заштите не дозвољава да својим осигураницима дају правни савет ни преко телефона.

осигурања.[32] Осим неколико скромних одредби у оквиру Закона о осигурању,[33] остале ближе одредбе се могу наћи у општим условима осигурања. Из норми Закона о осигурању произлази да је реч о неживотном осигурању,[34] што је и у складу са комунитарним прописима.[35] То даље имплицира да се ово осигурање исправно убраја у имовинска осигурања и да је усмерено на накнаду штете.[36] О чему се, пак, мора водити рачуна, јесте да се под штетом мисли на штету насталу на имовини осигураника јер је у обавези да накнади трошкове поступка, али не и на штету која може бити предмет поступка у ком учествује осигураник, било као активно, било као пасивно легитимисан.

Поред тога, наш законодавац се одлучио за постојање искључиво неновчаних престација осигуравача тако што је одредио да се обавеза осигуравача састоји у покривању трошкова адвоката, судских трошкова и осталих трошкова поступка,[37] и у складу са тим је и одређено име овог осигурања.[38] У вези са тим се истиче неколико проблема у регулисању осигурања трошкова правне заштите. Прво, не постоји јасна дефиниција овог осигурања, као што је то уобичајено у националним правним прописима.[39] Из тога произлази даље да постоје недоуми-

32 Према званичним подацима Народне банке Србије као надзорног органа, током 2021. године закључено је свега 524 уговора о осигурању, а забележен је извесни пад у износу укупних резерви у односу на претходну годину. Подаци доступни на адреси: *https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/osiguranje/godisnji/god_T1_2021.pdf*, 17. 8. 2022. Притом, не искључује се могућност да ће потражња за овим осигурањем порасти након уласку у ЕУ, као што је био случај са Словенијом. Вид. детаљније L. Belanić, 31. Упор. M. Kilian, F. Regan, 237.

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

34 ЗО, чл. 9.

35 Анекс 17 Прве Директиве 73/239/ЕЕЗ о неживотном осигурању, која прва и помиње ово осигурање, убраја ово осигурање у неживотна осигурања. Вид. Директива о уједначавању законских, подзаконских и управних аката који се односе на започињање и обављање делатности директног осигурања, са изузетком осигурања живота (*First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance*, *OJ* L 228, 16. 8. 1973).

36 О правним последицама одређења једног осигурања као осигурања лица или као осигурања имовине, вид. Мирјана Глинтић, „Однос престација осигуравача по основу више уговора о осигурању лица“, *Зборник радова са међународне научне конференције Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд, 2020, 425–426.

37 ЗО, чл. 9 ст. 17.

38 У другим националним системима се ово осигурање назива и осигурање правне заштите (нем. *Rechtschutzversicherung*, енг. *Legal insurance*). Са друге стране, пак, основни пропис права ЕУ јесте Директива о осигурању трошкова правне заштите, тако да се и назив из нашег ЗО не мора нужно оценити као нетачан.

39 Чл. 127–1 француског Закона о осигурању (*Code des assurance*, Décret no 76–667 du 16 juillet 1976) дефинише осигурање трошкова правне заштите као осигурање код

це око најбитнијих елемената уговора о осигурању, односно шта тачно представља осигурани случај, а шта осигурани ризик код осигурања трошкова правне заштите.

Потом, на још једном месту се осигурање трошкова правне заштите помиње у оквиру ЗО, и то у делу посвећеном обавези осигуравача да осигуранику пружи неопходне информације пре наступања осигураног случаја.[40] У складу са овом одредбом, осигуравач мора обавестити осигураника по основу уговора о осигурању трошкова правне заштите да има право на слободан избор адвоката[41] или другог лица које има одговарајуће квалификације у складу с прописом, а ради одбране, заступања или заштите интереса осигураника у истрази или поступку.[42]

Да би се јасније разумела ова одредба, потребно ју је индиректно тумачити у складу са одредбама Директиве о осигурању трошкова правне заштите, која је и мотивисала уношење ове одредбе у све националне законе садашњих и будућих држава чланица. Наиме, специфичност осигурања трошкова правне заштите јесте та што подразумева умешаност осигуравача, директну или индиректну, у вођење судских поступака. Услед тога се може догодити да се осигуравач нађе у обавези и према штетнику осигураном по основу осигурања од одговорности и према оштећеном лицу које је осигураник по основу осигурања трошкова правне заштите. За осигуравача би тад настао сукоб интереса са ова два његова осигураника јер би осигуранику по основу осигурања трошкова правне заштите помагао у остваривању права на накнаду штете за коју је одговоран штетник који је осигуран код истог осигуравача по основу осигурања од одговорности. Дакле, осигуравач мора бити у обавези и да делује у правцу накнаде штете, али и у правцу оспоравања захтева за накнаду штете из визуре осигуравача штетника.[43] Управо различите

ког је осигуравач у обавези према осигуранику да преузме трошкове поступка или накнаде за услуге у току поступка који се води између осигураника и трећег лица, поготово за потребе брањења или представљања осигураника током грађанских, кривичних и управних поступака, током поступака мирног решавања спорова или током другостепених поступака.

40 ЗО, чл. 82 ст. 3.

41 Адвокат се има тумачити у складу са Директивом о олакшавању учинковитог остваривања слободе пружања адвокатских услуга (*Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services*, *OJ* L 78, 26. 3. 1977).

42 Остављена могућност избора и неког другог квалификованог лица је, такође, у складу са Директивом о осигурању трошкова правне заштите, која је оставила ту могућност ако је дозвољава национално право. Директива о осигурању трошкова правне заштите, чл. 3 ст. 2 тач. ц.

43 За друге видове потенцијалних сукоба интереса у којима се може наћи осигуравач који се бави осигурањем трошкова правне заштите вид. L. Belanić, 1023–1024.

могућности настанка сукоба интереса, јер су две сукобљене стране осигуране код истог осигуравача трошкова правне заштите, довеле су до увођења права осигураника да самостално изабере свог адвоката у поступку остваривања правне заштите.[44]

Остатак материје осигурања трошкова правне заштите је регулисан општим условима осигурања. Битно је напоменути да услови осигурања наших осигуравача означавају ово осигурање као осигурање правне заштите, што је терминолошка неуједначеност са Законом о осигурању.[45] Код нас у општим условима осигурања важи непосредно набрајање области права за које важи покриће из осигурања трошкова правне заштите, што и није тако неуобичајено у Европи.[46] Оно што се свакако уочава јесте да наши осигуравачи имају један фрагментирани приступ који се огледа у томе да се покривају само тачно одређене врсте трошкова остваривања правне заштите, и то у тачно одређеној области. Готово сви осигуравачи нуде покривање трошкова правне заштите која се остварује у кривичном, прекршајном или дисциплинском поступку, и поред могућности да покривају и трошкове поступака у области накнаде штете, уговорног права и сл.[47]

IV Изазови приликом регулисања осигурања трошкова правне заштите

Највећи број контроверзи у вези са овим осигурањем потиче од могућности настанка сукоба интереса између осигураника и осигуравача или чак више осигураника осигураних код истог осигуравајућег друштва. Управо су потенцијални сукоби интереса и мотивисали доношење засебне Директиве о осигурању трошкова правне заштите,

44 Из тог разлога чл. 4 Директиве изричито предвиђа да следеће одредбе морају бити садржане у националним прописима о осигурању трошкова правне заштите: ако је поступак такав да захтева ангажовање адвоката или неког другог правника који је овлашћен на пружање помоћи у току поступка, осигураник је слободан да самостално одабере свог адвоката. То право му је загарантовано и онда када се јави сукоб интереса. Guy Levie, „La coordination de l'assurance „protection juridique" dans les Communautés Européennes", *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäisches Ländern und in den Vereinigten Staaten* (Hrsg. Hans Möller), Karlsruhe, 1975, 104.

45 Вид. примера ради: *http://sveosiguranju.rs/osiguranje-pravne-zastite/*, 20. 8. 2022.

46 Изузетак у том смислу представља француско осигурање трошкова правне заштите, које пружа опште покриће. Вид. детаљније Loris Belanić, „Pokriće iz osiguranja pravne zaštite u poredbenom pravu", *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2019, 9.

47 Притом, осигурање би могло да се организује тако да осигураници имају могућност да се одлуче за осигурање правне заштите у одређеној области права, а могу уговорити и комбинацију покривања трошкова правне заштите за више правних подручја, у зависности од њихових потреба и начина живота.

јер су различите државе чланице ово питање регулисале на различите начине. Највећи изазов је представљало законодавство Немачке којим се предвиђало да се осигуравач који се бави пословима осигурања трошкова правне заштите може бавити само овим осигурањем, али не и другим врстама осигурања.[48] Како би се обезбедило несметано функционисање европског тржишта осигурања,[49] Директивом о осигурању трошкова правне заштите је предвиђено неколико метода за спречавање настанка сукоба интереса, а како би се уважили и немачки ставови. Директивом су ове методе – метода слободног избора адвоката и метод одвојене обраде штете – постављене алтернативно, уз могућност националних система да одаберу метод који им одговара. Тако је, примера ради, немачки законодавац одабрао и методу одвојеног обављања послова, уз слободан избор адвоката. Заправо, боље је рећи да није ни одустајао од свог ранијег става да мора постојати раздвојеност послова осигурања.[50]

Као што је поменуто у претходном одељку, српски законодавац је из Директиве о осигурању трошкова правне заштите у наш ЗО само унео одредбу о праву осигураника на самосталан избор адвоката. Тиме су осигуравачи ослобођени бављења даљим питањима и методама спречавања сукоба интереса осигураника и осигуравача. Дакле, наш законодавац нема даљу обавезу прописивања посебних организационих облика осигуравајућих друштава која се баве осигурањем трошкова правне заштите или одвојеном обрадом штете. Међутим, оно што је спорно јесте што ова метода има ефекта само онда када треба да спречи сукоб интереса између два осигураника који су супротне стране у поступку, а осигурани су код истог осигуравача трошкова правне заштите. У свим другим случајевима када постоји сукоб интереса између осигураника и осигуравача који се бави пословима различитих осигурања, онда право на слободан избор осигураника неће значајно помоћи у спречавању и контролисању сукоба интереса.[51] Осим тога, право на

48 Walter Harbauer, „Rechtsschutzversicherung", *Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 75 und ARB 94/2000)*, München, 2004, 108. Чак је и Прва директива неживотног осигурања предвидела експлицитну могућност за Немачку да задржи ову могућност раздвајања послова осигурања у следеће четири године од тренутка доношења, па све до новог ревидирања.

49 О функционисању унутрашњег тржишта вид. Мирјана Глинтић, „Успостављање 29. правног режима за уговорно право осигурања као услов функционисања унутрашњег европског тржишта", *Правни живот*, бр. 10/2015, 229–244.

50 Чл. 8а ст. 1. немачког Закона о надзору у осигурању (*Versicherungsaufsichtsgesetz vom 1. April 2015*, *BGBl. I S.* 434).

51 Око ове методе иначе постоје бројни спорови, а извор свих сукоба је тај што осигуравачи настоје да што је могуће више ограниче право осигураника на избор адвоката како осигураник не би изабрао „најскупљег" адвоката, чије трошкове ће морати да сноси. И Европски суд правде се више пута изјашњавао о праву осигу-

слободан избор адвоката је потпуно самостално право осигураника – увек постоји, не може се ограничити и као такво мора бити изричито предвиђено уговором о осигурању и на њено остваривање не утичу никакве друге изабране методе спречавања сукоба интереса.[52] То јасно указује да избором овог метода наш законодавац приликом регулисања овог осигурања није предузео било шта изван минималних напора у испуњењу захтева за спречавање сукоба интереса.

Из тог разлога се наше законско решење има оценити као непотпуно јер одређене спорне ситуације које воде сукобу интереса остају нерегулисане. Потребно је увести и додатни вид превенције и заштите који би се огледао у увођењу метода одвојене обраде штете у наше законодавство.[53] Законодавац за то чак има два могућности: било тако што ће предвидети да се лице које се у осигуравајућем друштву бави обрадом штете код осигурања трошкова правне заштите искључиво бави овим осигурањем, а не и обрадом штете код других осигурања; било тако што ће предвидети обавезу осигуравача да послове обраде штете код осигурања трошкова правне заштите повери посебно специјализованом и одвојеном друштву.

Како су се и наш законодавац, а и наши осигуравачи одлучили за продају овог осигурања као допунског уз нека друга осигурања, приликом регулисања и формулисања општих услова осигурања се мора водити рачуна да се у полиси осигурања посебно истакне садржај осигурања трошкова правне заштите у смислу тачног одређења његових осигураних ризика и износа од осигуравача дуговане суме осигурања. У контексту осигуравача који се баве осигурањем трошкова правне заштите уз остале врсте осигурања, потребно је водити рачуна и регулисати однос осигурања трошкова правне заштите и осигурања од одговорности, уз које се често продаје. Разлог неопходности разграничења ових осигурања јесте што осигуравач који пружа покриће по основу осигурања од одговорности осигуранику обезбеђује и покриће трошкова правне заштите, када је она усмерена на утврђивање одговорности осигураника. Ако би се током таквог поступка утврдило да одговорности

раника на избор адвоката. Тако је једном приликом заузет став да осигуравач не може изабрати једног адвоката да заступа више осигураника оштећених у оквиру истог штетног догађаја. Право избора искључиво има осигураник, и то сваки за себе: Case C-199/08 *Erhard Eschig v.Uniqa Sachversicherung AG* [2009] ECR 1–8295, пара. 64.

52 Према пресуди Европског суда правде *Eschig v. UNIQA Sachversicherung AG* из 2008, једини изузеци од права на самосталан избор адвоката предвиђени су чланом 5 Директиве о осигурању трошкова правне заштите.

53 Ова мера је предвиђена и у чл. 3 ст. 2 тач. а и б Директиве о осигурању трошкова правне заштите.

осигураника нема, не би постојала ни обавеза осигуравача према осигуранику, што су другачија правила у односу на правила о обавези осигуравача према осигуранику по основу осигурања трошкова правне заштите. Стога би било препоручљиво да се законом предвиди да се неће применити правила која важе за осигурање трошкова правне заштите када осигуравач по основу осигурања од одговорности пружа правну заштиту осигуранику.[54]

Листа изазова са којима ће се законодавац суочавати приликом регулисања осигурања трошкова правне заштите још једном потврђује да ово осигурање заврђује више простора у нашим прописима. Можда се може отићи и корак даље и инсистирати на посвећивању посебне главе закона ако једног дана законодавство Републике Србије буде богатије за закон посвећен материји уговорног права осигурања.[55]

На самом крају овог дела, потребно је истаћи и упозорење да су одређена национална тржишта овог осигурања доживела сломове, јер нису успели да формирају довољан *pool* ризика.[56] Позитиван пример представља немачко тржиште које је обезбедило повољне тржишне услове, што је резултирало формирањем довољног *pool* ризика.[57]

V Закључак

Основни аргументи за детаљније и квалитетније регулисање осигурања трошкова правне заштите јесу ти да ће потражња за њим порасти након приступања ЕУ (као што је то био случај са суседним земљама Хрватском и Словенијом), као и тај да ово осигурање представља значајно оружје, првенствено у рукама потрошача који се осигурани по основу овог осигурања једноставније и растерећеније могу упустити у спорове како би обезбедили заштиту својих права.[58] Поред тога, ако би се изменио законодавни оквир тако да обавезе осигуравача

54 Наведено правило је предвиђено и у чл. 2 ст. 2 Директиве о осигурању трошкова правне заштите.

55 Тако и Наташа Петровић Томић, „О потреби унапређења српског регулаторног оквира осигурања усвајањем Закона о уговору о осигурању", *Токови осиґурања*, бр. 2/2018, 7–18.

56 Мисли се, пре свега, на слом енглеског и шкотског тржишта током осамдесетих година прошлог века. Вид. детаљније R.F. Skrodzki, „Rechtsschutzversicherung in Großbritannien", *Rechtsschutz in Europa*, 1976, 6–7.

57 Francois Outreville, *Theory and Practice of Insurance*, London, 1998, 132.

58 Могуће је да би и само истицање могућности покретања спора од стране осигураника могло да делује стимулативно на пружаоца роба и услуга да приступе мирном вансудском решавању спора и изналажењу одговарајућег решења за потрошача.

могу имати и нематеријални карактер и да осигуравачи могу заступати осигуранике током алтернативних начина решавања спорова, онда би ово осигурање могло да допринесе растерећењу судова. И на самом крају, пораст степена правне несигурности услед све већег броја прописа који доприносе неизвесним исходима поступака, јасно доприносе ставу о значају социјалне услуге осигурања трошкова правне заштите.

Ипак, највећа примедба осигурању трошкова правне заштите је та да ово осигурање води „лошој селекцији", јер захваљујући њему се већи број лица одлучује на покретање спорова, јер су сигурни да неће морати да сносе трошкове поступка, услед чега може доћи до пораста притиска на судове. Ипак, у савременијој литератури,[59] као и саопштењима Удружења међународних осигуравача који се баве осигурањем трошкова правне заштите све су истакнутија настојања да се ставови о доприносу оптерећења судова путем овог осигурања што више оповргну, а нарочито јер је и став правосуђа такав. Осим тога, и остваривање принципа правне државе би пре захтевало решавање спорова него да се спорови гурају под тепих услед недостатка средстава за њихово покретање.[60] Потребно је наћи меру између свих ових аргумената, са једне стране, и аргумента да чак и правно засновани спорови мале вредности не би требало да се подстичу да се износе пред суд, са друге стране, јер се на тај начин и суштински врши притисак на државну касу.

У вези са тврдњама о оптерећењу судова услед коришћења осигурања трошкова правне заштите, занимљиви су резултати једног истраживања спроведеног у Немачкој средином деведесетих година, управо услед забринутости због коришћења овог осигурања.[61] Закључак истраживања је био да око 8% додатних поступака је последица закљученог уговора о осигурању трошкова поступка.[62] Већина тих додатних поступака је била у вези са малим казнама за паркирање, око којих се иначе сигурно не би водили поступци. Дакле, углавном се ради о поступцима изузетно мале вредности, али који су били оправдани и који су служили постизању правде.[63]

59 Вид. примера ради Klaus Schneider, *Rechtsschutzversicherung für Anfänger*, München, 2011, 2.

60 K. Redeker, 231.

61 Резултати студије су стари преко 30 година и потврђени су у ставовима Кинингера (*Kininger*) и Шултена (*Schulten*). Вид. Ewald Kininger, *Rechtsschutzversicherung als Mittel zur Überwindung prozessualer Ungleichheit*, Wien, 1978; Jürgen Schulten, *Die Rechtsschutzversicherung und der Beratungsrechtsschutz*, Köln, 1968, 55.

62 Alfred Braun, „Strukturanalyse der Rechtspflege", *Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer*, 1994, 6.

63 Управо из тог разлога су спорови у вези са непрописним паркирањем у Немачкој накнадно искључени из покрића осигурања трошкова правне заштите. Тако и A. Heinsen, 833.

Иако ће се засигурно нека лица лакше одлучити на покретање спора јер су обезбеђени осигурањем трошкова правне заштите, па чак и онда када имају „слаб предмет“,[64] адвокати истичу један интересантан аргумент који опет говори у прилог примени осигурања трошкова правне заштите. Аргумент се састоји у томе да се странке које имају ово осигурање раније јављају адвокатима него што то чине странке без осигурања, што води бржем и лакшем решавању спорова.[65]

На трагу бржег и једноставнијег решавања спорова, и то можда чак и пре него што се дође до суднице, у Немачкој се у једном тренутку почео разматрати мало измењен концепт осигурања трошкова правне заштите како би осигуравачи више преузимали улогу пружања правних услуга које би претежно биле усмерене на решавање спора у ранијој фази, или чак на превентивно деловање да до самог спора између осигураника и друге стране и не дође, као и на заступање странака у алтернативним методама решавања спорова.[66] Како би се избегло стварање лоших односа са адвокатским коморама, постојао је предлог да осигуравајућа друштва која се баве осигурањем трошкова правне заштите уплаћују одређене износе на рачуне адвокатских комора.[67] Други предлог сарадње је био закључивање споразума између осигуравајућих друштава и адвокатских комора, на основу ког се осигуравајућа друштва обавезују да предложе адвокате из те одређене коморе, а адвокати се обавезују да ће за осигуранике тих осигуравајућих друштва нудити ниже тарифе.[68] Иако наведени предлог није заживео, не могу се оспорити корисни елементи који могу послужити као узор у примени и регулисању овог производа осигурања.

Такође, брана покретању великог броја поступака тривијалне вредности могу бити и адвокатске тарифе које често нису у потпуности покривене полисом, тако да осигураници одређени износ морају и сами сносити. Полисе овог осигурања често предвиђају и износ самопридржаја које осигураник мора самостално да сноси, тако да је врло вероватно да ће до покретања поступака доћи само онда када је укључена одређена разумна сума која оправдава вођење поступка. На тај начин ће осигураници бити приморани да још једном размотре покретање и упуштање у процесе и да се на њих одлуче само онда када постоје реални изгледи за успех поступка из њихове визуре.

64 Hubert van Bühren, „Rechtsschutzversicherungen + Anwaltsschwemme = Prozessflut?“, *Zeitschrift für Schadensrecht*, 1993, 145.

65 M. Kilian (2003), 45.

66 L. Belanić (2014), 32.

67 Jean Luc Fagnart, *A Lawyer´s Point of View*, RIAD Congress, Basel, 2002, 1.

68 Hubert van Bühren, „Rechtliche Probleme in der Zusammenarbeit mit Rechtsschutzversicherern“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 50/2007, 3607.

Коришћена литература

Belanić Loris, „Pokriće iz osiguranja pravne zaštite u poredbenom pravu“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2019.

Belanić Loris, „Povijesni razvoj osiguranja pravne zaštite“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 2/2014.

Belanić Loris, „Smjernica o osiguranju pravne zaštite i njezina implementacija u hrvatsko pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, br. 2/2010.

Blankenburg Erhard, „Paterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Germany“, *American Journal of Comparative Law*, Nr. 1/1988.

Blankenburg Erhard, Fiedler Jann, *Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte*, Tübingen, 1977.

Braun Alfred, „Strukturanalyse der Rechtspflege“, *Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer*, 1994.

Bühren Hubert van, „Rechtliche Probleme in der Zusammenarbeit mit Rechtsschutzversicherern“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 50/2007.

Bühren Hubert van, „Rechtsschutzversicherungen + Anwaltsschwemme = Prozessflut?“, *Zeitschrift für Schadensrecht*, 1993.

Глинтић Мирјана, ,,Успостављање 29. правног режима за уговорно право осигурања као услов функционисања унутрашњег европског тржишта“, *Правни живот*, бр. 10/2015. (Glintić Mirjana, ,,Uspostavljanje 29. pravnog režima za ugovorno pravo osiguranja kao uslov funkcionisanja unutrašnjeg evropskog tržišta“, *Pravni život*, br. 10/2015)

Глинтић Мирјана, „Однос престација осигуравача по основу више уговора о осигурању лица“, *Зборник радова са међународне научне конференције Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд, 2020. (Glintić Mirjana, „Odnos prestacija osiguravača po osnovu više ugovora o osiguranju lica“, *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd, 2020)

Goriely Tamara, *Access to Legal Services: A European Comparison*, London, 2000.

Isola Carlo, *Rechtschutzversicherung: Ursprünge und Entwicklung, Internationale Vereinigung der Rechtsschutzversicherer*, Riad, 2009.

Kilian Matthias, „Alternatives to Public Provision: The Role of Legal Expenses Insurance in Broadening Access to Justice: The German Experience“, *Journal of Law and Society*, Nr. 1/2003.

Kilian Matthias, „Determinanten des europäischen Rechtsschutzversicherungsmarktes“, *Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswissenschaft*, 1999.

Kilian Matthias, Regan Francis, „Legal Expenses Insurance and Legal Aid – Two Sides of the Same Coin – The Experience from Germany and Sweden“, *International Journal of the Legal Profession*, Nr. 3/2004.

Kininger Ewald, *Rechtsschutzversicherung als Mittel zur Überwindung prozessualer Ungleichheit*, Wien, 1978.

Levie Guy, „La coordination de l'assurance „protection juridique“ dans les Communautés Européennes“, *Studien zur Rechtsschutzversicherung in europäisches Ländern und in den Vereinigten Staaten* (Hrsg. Hans Möller), Karlsruhe, 1975.

Luc Fagnart Jean, *A Lawyer´s Point of View*, RIAD Congress, Basel, 2002.

Meixner Dieter, *Fragen zur Rechtsschutzversicherung unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Rechtsanwalts zum Versicherungsnehmer sowie des Problems der Kostenerstattung bei Bestehen einer Rechtsschutzversicherung*, Berlin, 1969.

Outreville Francois, *Theory and Practice of Insurance*, London, 1998.

Patancius Tiberiu-Vlad, „Issues Related to the Appearance, Evolution, Functions and Utility of the Legal Expenses Insurance Contracts, especially within the European Union's States“, *Lex ET Scientia International Journal*, Nr. 2/2017.

Петровић Томић Наташа, „О потреби унапређења српског регулаторног оквира осигурања усвајањем Закона о уговору о осигурању“, *Токови осиīурања*, бр. 2/2018. (Petrović Tomić Nataša, „O potrebi unapređenja srpskog regulatornog okvira osiguranja usvajanjem Zakona o ugovoru o osiguranju“, *Tokovi osiguranja*, br. 2/2018)

Pfennigstorf Werner, „Legal Expenses Insurance“, *American Journal of Comparative Law*, Nr. 3/1975.

Redeker Konrad, „Bürger und Anwalt im Spannungsfeld von Sozialstaat und Rechtsstaat“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971.

Roj Marie-Luise, *Die Rechtsschutzversicherung – Die Entwicklung des Rechtsschutzgedankens bis zur Entstehung der Modernen Rechtsschutzversicherung*, Dissertation, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck, Innsbruck, 2016.

Schneider Klaus, *Rechtsschutzversicherung für Anfänger*, München, 2011.

Schröder-Frerkes Alexander, *Konfliktbeilegung Mechanismen in Rechtsschutzversicherung, Ein europäischer Vergleich und Vorschlag eines Schiedsverfahrens*, Karlsruhe, 1991.

Schulten Jürgen, *Die Rechtsschutzversicherung und der Beratungsrechtsschutz*, Köln, 1968.

Skrodzki R.F., „Rechtsschutzversicherung in Großbritannien", *Rechtsschutz in Europa*, 1976.

Harbauer Walter, „Rechtsschutzversicherung", *Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 75 und ARB 94/2000)*, München, 2004.

Heinsen Andreas, „Rechtsbesorgung durch Rechtsschutz-Versicherer", *Versicherungswirtschaft*, 1997.

Ћорић Весна, „Неусклађеност тумачења члана 6 Европске конвенције о људским правима у јуриспруденцији Суда правде Европске уније и Европског суда за људска права", *Ревија за европско право*, бр. 2–3/2014. (Ćorić Vesna, „Neusklađenost tumačenja člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima u jurisprudenciji Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava", *Revija za evropsko pravo*, br. 2–3/2014)

***Mirjana* B. GLINTIĆ, PhD**
Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

DEFICIENCIES IN THE REGULATION OF LEGAL EXPENSES INSURANCE IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

This paper is dedicated to analysis of legal expenses insurance, its regulation in the Serbian legislation and importance for the right to access the court. Both Serbian legislation and comparative legal analysis signalize several shortcomings in the approach of the Serbian legislator. The first is the lack of a clear definition of this insurance, which further implies the ambiguity regarding the exact definition of the insured event and the risk insured. Another problem is the lack of rules on conflict of interests between the insurer and the policyholders which arises from legal expenses insurance. The author gives proposals for overcoming these shortcomings, by taking into account the EU regulation. Conclusion is dedicated to refutations of assertations that legal expenses insurance inevitably leads to an overloaded judicial system, which has been marked as one of its biggest deficiencies.

Key words: *Insurance Contract. – Legal Expenses Insurance. – Insurer's Duty. – Right to Access Courts.*

Датум пријема рада: 10. 8. 2022.
Датум прихватања рада: 2. 10. 2022.

СТРУЧНИ РАДОВИ

УДК: 366.542(497.11:4-672EU)
CERIF: S 130, S 144
ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22408A

др *Драган* ВУЈИСИЋ*
редовни професор Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

др *Милан* РАПАЈИЋ**
ванредни професор Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

КОЛЕКТИВНА ЗАШТИТА ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА (Право Европске уније и Србије)

Сажетак

У раду аутори полазе од анализе Директиве о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача, чија примена треба да обезбеди бар један процесноправни механизам за представничке тужбе за мере забране и за мере поправљања штете на националном, али и на нивоу Европске уније. Приказани су најважнији сегменти нормативног регулисања ове директиве: појам квалификованог субјекта и представничке тужбе, као и поступак заштите колективних интереса потрошача. Државама чланицама је омогућено да одлуче да ли се представничка тужба подноси у судском, управном или у оба поступка.

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

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

Указано је на мере забране којима се настоји да се заштите колективни интереси потрошача без обзира на то да ли је појединачни потрошач претрпео стваран губитак или штету. Нови Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2021. остао је на истим основама као и Закон из 2014. године; то је заштита потрошача у посебном управном поступку. Тај поступак се анализира у светлу начела и композиције управног поступка.

Кључне речи: *Заштита колективних интереса потрошача. – Директива 2020/1828/ЕУ. – Представничке тужбе. – Квалификовани субјекти. – Мере поправљања штете. – Посебан управни поступак заштите колективних интереса потрошача. – Инспекцијски надзор.*

I Уводна разматрања

Као што је наведено приликом доношења Директиве о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача 2020/1828/ЕУ, последице глобализације и дигитализације повећале су ризик да потрошачи трпе штету услед незаконите праксе, односно да се повредама права потрошачима проузрокује штета.[1] Без постојања ефикасних механизама установљених с циљем спречавања незаконите пословне праксе, нема ни пружања адекватне правне заштите потрошачима и њиховог поверења у институције правног система. Када недостају такви механизми, долази до нарушавања поштене тржишне утакмице између оних трговаца који поштују добре пословне обичаје и законску регулативу и оних који чине различите прекршаје.

Директива из 2009. године омогућавала је квалификованим субјектима подношење представничких тужби које су, пре свега, усмерене на престанак или забрану повреде права која је штетна за колективне интересе потрошача. Ипак, у пракси се показало да је потребно ојачати процесне механизме за заштиту колективних интереса потрошача. Реч је о радњама које су усмерене не само на мере забране, него и мере поправљања штете. У том циљу, а с обзиром на бројне промене које су биле потребне, 2020. године донета је Директива о представничким

1 Директива о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача (*Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC*, *OJ* L 409, 4. 12. 2020; даље у фуснотама: Директива). Вид. Директива, рецитал тач. 1.

тужбама за заштиту колективних интереса потрошача,[2] којом је стављена ван снаге Директива 2009/22/ЕЗ.[3] Процесни механизми за представничке тужбе,[4] како они који се односе на мере забране, тако и они који се односе на мере поправљања штете, показују знатне разлике у државама чланицама Европске уније. Разлике се крећу у распону од оних мањих, које се огледају у различитим нивоима заштите, до оних

2 Док је Директива још била у форми предлога изнета су одређена запажања: „Колективно обештећење је већ дуже време на дневном реду ЕУ о правичности у грађанскоправним стварима и изазвало је значајну дебату као резултат сложености питања и веома различитих приступа у државама чланицама. Препорука из 2013. о колективном обештећењу била је резултат компромиса и до сада је имала мало практичног утицаја. Комисија је 11. априла 2018. објавила свој предлог директиве о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача, замењујући Директиву 2009/22 („Директива о судским забранама"). Овај предлог је наставак Провере исправности закона ЕУ о потрошачима и маркетингу за 2016–2017, као и извештаја Комисије о процени спровођења Препоруке о колективном обештећењу из 2013. године. Иако је ово велики корак у правом смеру, предлог има низ недостатака. Тврди се да је, прво, с обзиром на све већу глобализацију добара и услуга, хитно потребна ревизија европских правила међународног приватног права за решавање прекограничних масовних потраживања. Друго, предлог не успева у потпуности да узме у обзир нове актере и нове облике масовних судских спорова који се сада појављују, посебно пораст броја предузетника у масовним споровима који користе онлајн платформе и дигиталне алате за структурирање и стварање масовних потраживања. Треће, оставља неколико питања у вези са финансирањем масовних судских спорова и даље без одговора." Alexandre Biard, Xandra Kramer, „The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity", доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836928,* 5. 5. 2022, 249.

3 Директива о судским налозима за заштиту интереса потрошача (*Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests (Codified version) Text with EEA relevance*, *OJ* L 110, 1. 5. 2009).

4 Такође, у једном раду који је настао у периоду док је Директива о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача била још у форми предлога, указује се на то да: „Постоје различити модалитети судске колективне заштите права потрошача. Један такав је *actio popularis* који у циљу заштите одређеног интереса може поднети свако без обзира на то да ли припада групи лица чији се интереси желе тужбом заштитити. Други модел је *class action*, који подразумева да било који члан групе чији су интереси угрожени или права повређена може поднети тужбу за заштиту тих права у име целе групе. Затим, постоји „тужба овлашћеног државног или парадржавног органа" да подноси тужбе за заштиту колективних интереса. Као што име сугерише, реч је о државном органу или регулаторном телу, који су законом овлашћени да покрећу судске поступке за заштиту права одређене групе лица, на пример потрошача." Алекса Радоњић, „Заштита колективних интереса потрошача у Европи. Поуке за право Србије", *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2021, 329.

крупних, што значи да у неким правним системима нема уопште процесних механизама за колективне тужбе за мере поправљања штете.

Циљ Директиве 2020/1828/ЕУ је да обезбеди потрошачима у свим државама чланицама макар један ефикасан процесноправни механизам за представничке тужбе за мере забране и за мере поправљања штете на националном нивоу и на нивоу Уније.[5] Тиме се подстиче поверење потрошача, оснажују се да остварују своја права. Коначно, поспешује се праведна тржишна утакмица јер се стварају једнаки услови за све трговце.

„Низом директива у области заштите права потрошача, заштите конкуренције, пружања финансијских услуга, заштите животне средине успостављени су заједнички европски принципи на којима државе чланице нормативно уоквирују механизме за колективну заштиту права у одређеним сферама.“[6]

Тако се Директивом 2020/1828/ЕУ[7] настоји постићи висок ниво заштите потрошача пошто се квалификованим субјектима, који представљају колективне интересе потрошача, омогућује подношење представ-

5 Укратко речено, Директива омогућава „квалификованим субјектима“ да подносе представничке тужбе у име потрошача. Поред организација потрошача и независних јавних тела, квалификовани субјекти се такође могу именовати на *ad hoc* основи. Прави се разлика између домаћих и прекограничних представничких тужби. Поред већ постојећих судских забрана, Директива уводи могућност налога за обештећење, што може укључивати компензацију, поправку и замену. Промовише се вансудско поравнање – нагодба. Суд или управни орган треба да оцени законитост и правичност поравнања, узимајући у обзир права и интересе свих страна. L. Visscher, M. Faure, „A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions“, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 44, Nr. 3/2021, 456.

6 Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Acions in European Legal Systems, A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2008, 165.

7 „Делокруг Директиве обухвата кршење закона ЕУ од стране трговаца који професионално делују, али само у мери у којој су угрожени колективни интереси потрошача. Насупрот томе, компаније које су оштећене картелима или другим незаконитим пословним праксама нису заштићене Директивом – чак ни ако су мала предузећа, која се суочавају са великим глобалним играчима и стога могу изгледати као рањива. ‘Колективни интереси потрошача’ су дефинисани у Директиви, могло би се чак рећи веома нејасно као ‘општи интереси потрошача, а посебно у сврху правних мера, као интереси групе потрошача’. Дакле, у вези са тужбама за одштету, у Директиви је јасно да ће оне бити могуће ‘без обзира на то да ли су поједини потрошачи претрпели било какав стварни губитак или штету, стога није потребно да се докаже стварни губитак или штета у односу на део појединачних потрошача погођених кршењем како би се тражила забрана.“ Beate Gsell, „The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry step forward“, *Common Market Law Review*, Vol. 58, Nr. 5/2021, 1370.

ничких тужби[8] – како за мере забране, тако и за мере поправљања штете против трговаца који врше повреде права потрошача.[9]

Квалификовани субјекти на располагању имају више опција, као што су: да траже престанак или забрану повреде права[10] потрошача и правну заштиту, попут накнаде штете, поправке или снижења цене.[11]

Постојећи национални процесноправни механизми за заштиту колективних или појединачних интереса потрошача поменутом Директивом се не мењају. Узимајући у обзир правне традиције, државама чланицама се препушта одлука хоће ли обликовати процесни механизам за представничке тужбе према овој Директиви као део постојећег или као део новог процесног механизма за колективне мере забране или мере поправљања штете, или као различит процесни механизам, под условом да је барем један национални процесни механизам за представничке тужбе усклађен са Директивом 2020/1828/ЕУ.

У складу с начелом процесноправне аутономије, Директива 2020/1828/ЕУ не садржи одредбе о свим аспектима поступака представничких тужби. Државе чланице утврђују правила, нпр. о допуштености, доказима или правним лековима, која се примењују на представничке тужбе. Тако се државама чланицама препушта одлука о захтеваном степену сличности појединачних захтева или најмањем броју потрошача на које се односи представничка тужба за мере поправљања штете како би предмет био допуштен, с тим да се таквим националним правилима не омета ефикасно функционисање процесног механизма за представничке тужбе предвиђеног овом Директивом.

II Квалификовани субјект

Квалификовани субјект за подношење представниче тужбе према Директиви 2020/1828/ЕУ јесте „свака организација (удружење) или јавно тело које заступа интересе потрошача и које је држава чланица у складу с овом Директивом именовала квалификованим за подношење

8 Вид. Директива, чл. 7.

9 Вид. Директива, чл. 8.

10 „Мерама забране настоје се заштити колективни интереси потрошача, независно од тога да ли је појединачни потрошач претрпео било какав стварни губитак или штету. Мерама забране може се од трговаца захтвати да предузму одређено деловање, попут пружања потрошачима оне информације коју су претходно изоставили при чему је дошло до повреде законске обавезе. Одлука о мери забране не би требало да зависи од тога да ли је пракса извршена намерно или као последица немара.“ Директива, рецитал тач. 33.

11 Вид. Директива, рецитал тач. 50.

представничких тужби.“[12] Најбољи положај да буду квалификовани субјекти имају удружења потрошача (укључујући удружења потрошача која заступају чланове из више од једне државе чланице),[13] као и јавна (државна) тела (органи).[14]

Квалификоване субјекте, када се ради о прекограничним представничким тужбама, требало би подвргнути истим критеријима за именовање у целој Унији.[15] Државе чланице именују субјекта, који је за то упутио захтев, ако испуњава одређене услове, и то: да је правно лице основано у складу с националним правом државе чланице именовања, да има одређени степен сталности и ниво јавног деловања (дванаест месеци стварног јавног деловања у подручју заштите интереса потрошача пре подношења захтева за именовање), да је непрофитно лице, као и да има легитиман интерес, с обзиром на свој статутарни циљ, за заштиту интереса потрошача. Субјекти морају бити независни и не могу бити под утицајем лица која нису потрошачи, а која имају економски интерес за подношење представничке тужбе, посебно трговаца или фондова за ограничавање ризика, што обухвата и случај финансирања средствима треће стране. Квалификовани субјекти морају (требало би) да имају успостављене поступке за спречавање таквог утицаја, као и за спречавање сукоба интереса унутар самих субјеката, између њихових финансијера и интереса потрошача.

Критеријуме за именовање квалификованих субјеката у сврху домаћих представничких тужби могу установити државе чланице у складу с националним правом; могу применити критеријуме за именовање утврђене у овој Директиви за именовање квалификованих субјеката у сврху прекограничних представничких тужби.

12 Директива, чл. 4 ст. 3.

13 „Попут претходне директиве, и ова о представничким тужбама наставља свој патерналистички приступ према спровођењу права потрошача који одузима колективну одштету из руку самих потрошача. Уместо тога, Директива даје такозваним квалификованим субјектима – по могућности (између осталих) организацијама потрошача, укључујући оне које представљају потрошаче из више од једне државе чланице – овлашћење да покрену и воде поступак у име потрошача и да их заступају. Само квалификовани субјекти – ентитети су стране у поступку, а не сами потрошачи. Са овим концептом Директива овековечује дугу европску традицију супротну америчком групном моделу и оптира за тип представничких тужби.“ Lena Hornkohl, „Up– and Downsides of the New EU Directive on Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers – Comments on Key Aspects“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Nr. 5/2021, 191.

14 Директива, чл. 4 ст. 2.

15 Квалификовани субјекти не могу бити они против којих је у току поступак због несолвентности, односно они који су проглашени несолвентнима.

Најмање на сваких пет година државе чланице требало би да процењују јесу ли квалификовани субјекти и даље усклађени с критеријумима за именовање. Оне треба да унапред именују квалификоване субјекте ради подношења представничких тужби. Могу именовати на *ad hoc* основи квалификоване субјекте за појединачну домаћу представничку тужбу на захтев тог субјекта ако је усклађен с критеријумима за именовање квалификованим субјектом како су предвиђени националним правом (именовање би требало да обави суд или управно тело). Међутим, квалификованим субјектима који су именовани на *ad hoc* основи не би требало (не би могли) дозволити подношење прекограничних представничких тужби, јер су код њих потребне заједничке заштитне мере.[16]

Државе чланице обезбеђују да пред њиховим судовима или управним телима квалификовани субјекти који су именовани у другој држави чланици могу поднети прекограничне представничке тужбе. Даље, квалификовани субјекти из различитих држава чланица требало би да имају могућност да се удруже у оквиру јединствене представничке тужбе пред јединственим форумом, сходно релевантним правилима о надлежности. Тиме се не доводи у питање право суда или управног тела које је прво покренуло поступак да испита да ли је примерено да се о представничкој тужби расправља као о јединственој представничкој тужби.[17]

Потребно је обезбедити узајамно признавање активне процесноправне легитимације квалификованих субјеката именованих у сврху прекограничних представничких тужби. Тиме се не доводи у питање право суда или управног тела да испита да ли је тужба коју подноси квалификовани субјект у појединачном предмету оправдана његовим статутарним циљем.

III Представничка тужба

Представничка тужба[18] представља тужбу за заштиту колективних интереса потрошача коју је поднео квалификовани субјекат као

16 Директива, чл. 4 ст. 6.

17 Директива, чл. 6.

18 „Представничка тужба је тужба коју поднесе један или више тужилаца у име велике групе која има заједнички интерес пред судом. Групна тужба се уопштено заснива на заједничким правним основама и заједничким чињеницама. Циљ групне тужбе је да се на ефективан и ефикасан начин обједине слични захтеви великог броја појединачних тужилаца.“ Veronika Efremova, „Towards introduction of collective redress mechanism in the European union: pros and cons“, *Jačanje zaštite*

странка – тужилац у име потрошача, и којом тражи меру забране, меру поправљања штете, или оба.[19] Дакле, потрошачи нису странке у поступку који се покреће тужбом.

Ако квалификовани субјект поднесе представничку тужбу у држави чланици која није држава чланица у којој је именован, та представничка тужба представља прекограничну представничку тужбу. Ако, пак, квалификовани субјект поднесе представничку тужбу у држави чланици у којој је именован, та представничка тужба представља домаћу представничку тужбу, па и када је та тужба поднета против трговца који има домицил у другој држави чланици, па чак и ако су у тој представничкој тужби заступљени потрошачи из неколико држава чланица. При утврђивању врсте представничке тужбе одлучујући елемент је држава чланица у којој је поднета представничка тужба; не би било могуће да домаћа представничка тужба током поступка постане прекогранична представничка тужба, или обрнуто.[20]

IV Поступак заштите колективних интереса потрошача

Државе чланице одлучују да ли се представничка тужба подноси у судском или управном поступку, или у оба, при чему морају да обезбеде да потрошачи и трговци имају право на правни лек пред судом против сваке управне одлуке донете на основу националних мера којима се имплементира Директива 2020/1828/ЕУ. То би значило и могућност да странка у поступку исходи одлуку којом се, у складу с националним правом, налаже суспензија извршења спорне одлуке.

При подношењу представничке тужбе квалификовани субјект дужан је да суду или управном телу пружи довољно информација о потрошачима на које се тужба односи. Тим информацијама, суду или управном телу омогућава се да утврде да ли су надлежни као и да утврде које је право примењиво. У предмету који се односи на штетну радњу, та би обавеза укључила овлашћење суда или управног тела о месту на којем се догодио или на којем се може догодити штетни догађај који се односи на потрошаче. Ниво детаља информација које се захтевају могле би се разликовати зависно од тога коју меру тражи квалификовани субјект, као и од тога да ли се примењује механизам учествовања или изузимања. Даље, при подношењу представничке тужбе, за мере забране, квалификовани субјект би због могућег застоја или прекида рокова

potrošača u Srbiji: Liber amicorum Svetislav Taboroši (ur. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 300.

19 Директива, чл. 3 тач. 5.

20 Директива, чл. 3 тач. 6 и 7.

застаревања примењивих на накнадне захтеве за правну заштиту морао пружити довољно информација о групи потрошача на које се односи представничка тужба.[21]

Квалификовани субјект има процесна права и обавезе странке – тужиоца у поступку. Појединачним потрошачима, на које се представничка тужба односи, пружају се одређена права у оквиру представничке тужбе, али не би могли имати својство странке, тужиоца у поступку. Појединачни потрошачи не могу се умешати у процесноправне одлуке квалификованим субјектима, појединачно захтевати доказе у оквиру поступка или појединачно подносити жалбу на процесне одлуке суда или управног тела пред којим је представничка тужба поднесена. Појединачни потрошачи немају процесноправне обавезе у оквиру представничке тужбе нити сносе трошкове поступка, осим у изузетним околностима. Потрошачи на које се односи представничка тужба имају право остварити корист од тужбе.[22]

У циљу спречавања злоупотребе, суд или управно тело може одлучити да одбије очигледно неутемељене предмете чим прими потребне информације за образложење одлуке (предмете у најранијем могућем стадијуму поступка у складу с националним правом). Државе чланице могу, без увођења нових посебних правила за представничке тужбе, примењивати општа процесна правила која су у складу с циљем избегавања злоупотребе процесних овлашћења.[23]

Квалификовани субјекти могу тражити мере забране и мере поправљања штете. Државе чланице могу омогућити да квалификовани субјекти могу тражити мере забране и мере поправљања штете у оквиру јединствене представничке тужбе или у оквиру посебних представничких тужби. У оквиру јединствене представничке тужбе, квалификованим субјектима требало би омогућити да траже све релевантне мере у време подношења представничке тужбе или да прво траже релевантне мере забране, а потом, према потреби, мере поправљања штете.[24]

V Мере забране

Мерама забране настоје се заштитити колективни интереси потрошача независно од тога да ли је појединачни потрошач претрпео било какав стварни губитак или штету. Одлука о мери забране не зависи од тога

21 Директива, чл. 7 ст. 2 и 3.

22 Директива, чл. 7 ст. 6.

23 Директива, чл. 7 ст. 7.

24 Директива, чл. 7 тач. 4 и 5.

да ли је пракса извршена намерно или не. Мере забране могу бити коначне и привремене. Привреме мере могу бити мере опреза и превентивне мере за престанак праксе која је у току или за забрану праксе у случају да она није спроведена, али да постоји ризик да би могла проузроковати озбиљну или непоправљиву штету потрошачима. Мере забране могу бити и таквог типа којима се утврђује да одређена пракса представља повреду у случајевима у којима је престала пре него што су представничке тужбе поднесене, али да је и даље потребно установити да је представљала повреду (како би се нпр. олакшале даље тужбе за мере поправљања штете). Мера забране може бити и у облику обавезе трговца који врши повреду да одлуку суда или управног тела о мери у целости или делимично објави (у примереном облику) или да објави изјаву која садржи исправку. Државе чланице могу предвидети обавезу да квалификовани субјект који намерава поднети представничку тужбу за мере забране спроведе претходно консултације (саветовање) како би се трговцу пружила могућност да престане са спорном повредом која подлеже представничкој тужби. Претходне консултације могле би се одржати заједно с независним јавним телом које су оне именовале. Ако су државе чланице предвиделе претходне консултације, потребно је утврдити рок од две недеље од пријема захтева за консултације, након чега, ако се не престане с повредом, подносилац захтева има право одмах поднети представничку тужбу за меру забране пред надлежним судом или управним телом. Исто је примењиво и код представничких тужби за мере поправљања штете. Мерама забране издатим на основу Директиве 2020/1828/ЕУ не доводе се у питање појединачне тужбе за мере поправљања штете које су поднели потрошачи који су били оштећени праксом која подлеже мерама забране. Да би квалификовани субјект затражио меру забране, појединачни потрошачи не морају изразити своју вољу да их заступа тај квалификовани субјект.[25] Кад се поднесе тужба, по правилу, наступа застој рокова застарелости. Међутим, тужбе за мере забране не морају увек имати суспензивно дејство у погледу накнадних мера поправљања штете које би могле произаћи из исте повреде. Државе чланице требале би зато обезбедити да представничка тужба за мере забране која је у току има дејство застоја или прекида рокова застарелости у односу на потрошаче на које се представничка тужба односи тако да ти потрошачи, независно од тога да ли делују иступајући у своје име или их заступа квалификовани субјекат. Они нису спречени да накнадно поднесу тужбу за мере поправљања штете у вези с повредом због истека рокова застарелости током представничке тужбе за мере забране.[26]

25 Директива, чл. 8 ст. 1 и 2.

26 Директива, чл. 16 ст. 1.

VI Накнада штете

У представничким тужбама за мере поправљања штете користи потрошача (обавеза трговца) на које се односи су у облику правне заштите, као што су накнада штете, поправка, замена, снижење цене, раскид уговора или повраћај плаћене цене.[27] Потрошачи на које се односи представничка тужба за мере поправљања штете имају могућност да након подношења тужбе изразе своју вољу да их квалификовани субјект заступа или не заступа у тој конкретној представничкој тужби и вољу да прихвате или не прихвате остваривање користи од исхода тужбе. Државе чланице треба да предвиде механизам учествовања или изузимања, или њихову комбинацију. У оквиру механизма учествовања од потрошача се захтева да изричито изразе вољу да их квалификовани субјект заступа у представничкој тужби за мере поправљања штете. У оквиру механизма изузимања од потрошача се захтева да изричито изјаве да их квалификовани субјект не заступа у представничкој тужби за мере поправљања штете.[28] Појединачни потрошачи који немају уобичајено боравиште у држави чланици у којој се налази суд или управно тело пред којим је поднета тужба, морају изричито изразити вољу да буду заступани у тој тужби како би били обвезани исходом те представничке тужбе.[29] Ако потрошачи изричито или прећутно изразе своју вољу да их квалификовани субјект заступа у представничкој тужби за мере поправљања штете, без обзира на то да ли је та тужба поднета у оквиру механизма учествовања или изузимања, они више не могу бити заступани у другим представничким тужбама с истим предметом тужбе против истог трговца, нити подносити појединачне тужбе с истим предметом тужбе против истог трговца. То се не примењује ако потрошач, који је изричито или прећутно изразио своју вољу да буде заступан у представничкој тужби за мере поправљања штете, касније одлучи да се изузме из те тужбе (нпр. у случају да потрошач накнадно одбије да буде обавезан нагодбом).[30] Државе чланице утврђују и правила којима се осигурава да потрошачи не могу више пута добити накнаду штете за исти разлог тужбе против истог трговца. Државе чланице од квалификованих субјеката треба да захтевају додатне информације у сврху представничких тужби за мере поправљања штете, укључујући опис групе потрошача на коју је утицала повреда, као и чињенична и правна питања која треба размотрити у оквиру те тужбе. Не би требало

27 Директива, чл. 9 ст. 1.

28 Директива, чл. 9 ст. 2.

29 Директива, чл. 9 ст. 3.

30 Директива, чл. 9 ст. 4.

захтевати да се појединачно идентификује сваки потрошач на кога се односи тужба. Суд или управно тело требало би у најранијем могућем стадијуму поступка да провери да ли је предмет прикладан за подношење у облику представничке тужбе с обзиром на природу повреде и значај штете коју су претрпели потрошачи.[31] У циљу ефикасности, државе чланице обезбеђују потрошачима да директно остваре користи од мере поправљања штете, а да притом не морају поднети засебну тужбу,[32] и то без обавезе да подносе захтев у вези с претходним учествовањем у представничкој тужби. Мерама поправљања штете треба утврдити појединачне потрошаче или описати групу потрошача који имају право на правну заштиту предвиђену тим мерама, ако је то применљиво (могуће), изложити метод квантификације штете и одговарајуће кораке које потрошачи и трговци треба да предузму за спровођење правне заштите. Потрошачи који имају право на правну заштиту могу остварити користи од ње, без покретања посебног поступка (нпр. захтев за посебним поступком подразумева обавезу потрошача да поднесе појединачну тужбу пред судом или управним телом ради квантификације штете). С друге стране, да би потрошач исходио своју појединачну правну заштиту, требало би да предузме одређене кораке, нпр. да се јави субјекту надлежном за извршавање мере поправљања штете.[33] Што се тиче правила о роковима, попут рокова застарелости или других рокова за остваривање права појединачних потрошача којима остварују користи од мера поправљања штете, они се уређују националним законодавством.[34] Странка која не успе у поступку сноси трошкове поступка који су настали странци која је добила спор, у складу с националним правом. Суд или управно тело не би требало странци која не успе у поступку да наложе да подмири оне трошкове који су непотребно настали. Појединачни потрошачи на које се представничка тужба односи не сносе трошкове поступка, осим оних трошкова поступка које су они проузроковали намерно или немаром.[35] Процесноправни механизам, предвиђен Директивом 2020/1828/ЕУ, не утиче на правила о утврђивању материјалних права потрошача на уговорну и вануговорну правну заштиту у случајевима када су њихови интереси оштећени повредом, као што су право на накнаду штете, раскид уговора, повраћај плаћеног, замена, оправка или снижење цене (што је доступно на основу права ЕУ или националног права). Представничка тужба за мере

31 Директива, чл. 9 ст. 5.

32 Директива, чл. 9 ст. 6.

33 Директива, чл. 9 ст. 5.

34 Директива, чл. 9 ст. 7.

35 Директива, чл 12 ст. 7.

поправљања штете може се поднети на основу ове Директиве само ако су таква материјална права предвиђена правом ЕУ или националним правом. Државе чланице обезбеђују да пред њиховим националним судовима или управним телима правоснажну одлуку суда или управног тела било које државе чланице у вези с постојањем повреде којом се наноси штета колективним интересима потрошача, све странке могу употребити као доказ у контексту свих других тужби којима се пред њиховим судовима или управним телима траже мере поправљања штете против истог трговца за исту праксу.[36] Државе чланице обезбеђују да представничка тужба за поправљање штете која је у току има дејство застоја или прекида рокова застарелости у односу на потрошаче на које се та представничка тужба односи.[37] Како би се обезбедила делотворност представничких тужби, трговци који врше повреде треба да буду изложени ефикасним, одвраћајућим и пропорционалним санкцијама за пропуст или одбијање поступања у складу с мерама забране, обавезама информације и доступности поверљивих података (санкције за пропуст или одбијање поштовања забране да се потрошачима пруже информације о правноснажним одлукама или споразумима, односно за пропуст или одбијање да им се пруже докази). Санкције могу бити, између осталог, у облику новчаних казни, нпр. условне новчане казне, периодичних плаћања или плаћања пенала.[38]

VII Споразум (нагодба)

Квалификовани субјект и трговац могу заједнички предложити суду или управном телу споразум у погледу представничке тужбе за поправљање штете за потрошаче на које се односи тужба или да суд или управно тело, након консултација с квалификованим субјектом и трговцем, позове квалификованог субјекта и трговца да постигну споразум у погледу поправљања штете, у разумном року.[39] Споразуме одобрава суд или управно тело, осим ако се услови споразума не могу извршити или је споразум противан императивним одредбама националног права, примењивог на предмет тужбе, од којих се уговором не може одступити на штету потрошача (нпр. споразум којим се не би изменила уговорна одредба којом се трговцу даје искључиво право да тумачи било коју другу одредбу тог уговора). Државе чланице могу утврдити правила којима се суду или управном телу омогућује да не одобри споразум због

36 Директива, чл. 15.

37 Директива, чл. 16 ст. 2.

38 Директива, чл. 19.

39 Директива, чл. 11 ст. 1.

неправичности.[40] Ако суд или управно тело не одобри споразум, наставља расправу о дотичној представничкој тужби.[41] Одобрени споразуми обвезујући су за квалифилификовани субјект, трговца и појединачне потрошаче на које се односе, осим ако државе чланице својим националним законодавством нису утврдили правила на основу којих се потрошачима омогућује да не прихвате споразум.[42] Поправљањем штете на основу одобреног споразума не доводи се у питање било каква додатна правна заштита доступна потрошачима на основу права Уније или националног права која није била предмет споразума.[43]

VIII Решење српског права – заштита колективних интереса потрошача у управном поступку и путем инспекцијског надзора

Заштита колективних интереса потрошача у српском правном систему прво је била поверена суду у посебном парничном поступку.[44] То је било регулисано Законом о парничном поступку из 2011. године[45] и Законом о заштити потрошача из 2010. године.[46] Наведеним Законом било је регулисано да поступак забране неправичних уговорних одредби и непоштеног пословања може покренути потрошач, што може урадити и удружење или савез потрошача због повреде колективних интереса потрошача. Овлашћења да поднесу захтев за заштиту колективних интереса потрошача имала су удружења потрошача или њихови савези (члан 137 ЗЗП 2010) која испуњавају услове прописане законом, док је одредба члана 140 истог Закона регулисала да се на поступак заштите

40 Директива, чл. 11 ст. 2.

41 Директива, чл. 11 ст. 3.

42 Директива, чл. 11 ст. 4.

43 Директива, чл. 11 ст. 5.

44 „Поступци колективне заштите омогућавају да више оштећених субјеката заштиту повријеђених права остваре у једном заједничком поступку. Начелно би правни поредак кроз поступке колективне заштите требало да омогући онима чија су права повријеђена да остваре своје право уз максималну уштеду времена и новца, а који иначе од заштите, на коју имају право, одустају јер су им поступци прескупи, јер немају времена, јер не познају право, јер су неповјерљиви или због сличних разлога.“ Селма Мезетовић Међић, „Активна легитимација у поступцима колективне заштите – има ли мјеста за адвокате“, *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020, 193.

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

46 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010.

колективних интереса потрошача сходно примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак ако Законом о заштити потрошача није другачије предвиђено.

После одлуке Уставног суда којом су одредбе читаве главе 36 Закона о парничном поступку престале да важе, заштита ових интереса транспонована је у посебан управни поступак регулисан Законом о заштитити потрошача из 2014. године.[47] Истоветни приступ законодавац је наставио и Законом о заштити потрошача из 2021. године.[48]

Наводи се да је тиме „у наше право уведено решење које одудара од решења у већини европских земаља у којима су за заштиту колективних интереса, између осталог и потрошача, предвиђени различити инструменти парничног процесног права.“[49]

Када је реч о дефиницији колективног интереса, ЗЗП 2010 је није дао, али је било нормирано да ће се на поступак заштите колективних интереса потрошача сходно примењивати Закон о парничном поступку. Тим Законом је и уведена посебна парнична процедура којом се регулише заштита колективних интереса грађана.[50]

Као и ЗЗП-2014, тако и ЗЗП-2021 дефинише колективни интерес потрошача позитивно, и при том екстензивно. Одредбом члана 170 ставом 1 ЗЗП 2021 колективни интерес се превасходно дефинише као збир појединачних интереса. Међутим, не може се ставити знак једнакости између колективног интереса као трансиндивидуалног интереса и збира индивидуалних интереса. Колективитету се управо права и интереси додељују непосредно и нису збир појединачних права и интереса. Ипак, у ставу 2 одредбе члана 170 одређује се повреда колективног интереса и у случајевима када се повређују права у укупном броју потрошача који је мањи од десет, ако надлежни орган утврди да је дошло до повреде колективног интереса потрошача, узимајући у обзир нарочито трајање и

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

48 Закон о заштити потрошача – ЗЗП 2021, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021. У образложењу Предлога Закона о заштити потрошача из 2021. године се, између осталог, наводи да је овим актом „постављен основ за активну улогу управе у поступку заштите колективног интереса потрошача у управном поступку.“

49 Бранка Бабовић, „Заштита колективних интереса потрошача“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014, 216.

50 Као што смо навели, одредбе читаве једне главе ЗПП-а, којом се уређује поступак за заштиту колективних права и интереса грађана, стављене су ван снаге Одлуком Уставног суда РС I Уз-51/2012 од 23. 5. 2012. године (*Службени гласник РС*, бр. 49/13). У поменутој одлуци је наведено да се законом не регулише када један грађанскоправни спор има карактер спора о колективним правима, а да нема ни упућујуће норме из које би се утврдило на које се спорове ове одредбе односе.

учесталост поступања трговца, као и чињеницу да ли такво поступање испољава негативне ефекте према сваком потрошачу у датој чињеничној ситуацији. Као што је указано и ЗЗП-ом из 2021. заштита колективних интереса поверена је органима управе.[51] Институционални носилац те заштите је министарство надлежно за послове трговине. ЗЗП-ом 2021 предвиђено је да се на питања у вези са поступком заштите колективног интереса потрошача која нису уређена овим законом примењује закон којим се уређује општи управни поступак. Реч је о одступањима од правила општег управног поступка, односно о посебном управном поступку заштите колективних интереса потрошача.[52] Иначе, самим Законом о општем управном поступку предвиђено је да поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним тим законом и тиме се не смањује ниво

51 „Предности управноправне заштите потрошача, нарочито од стране специјализованих, независних органа јавне управе, везују се за саме предности постојања ових тела. Једна од разлика између управноправне и судске заштите потрошача је и чињеница да орган управе има већу слободу у тумачењу циљева заштите, а истовремено и већу одговорност за спровођење циљева. У том смислу, разлика између приватноправне и јавноправне димензије примене, односно спровођења прописа о заштити потрошача је чињеница да су органи управе мотивисани ширим друштвеним интересом, односно 'стратешким циљевима'. Истиче се да је надзор над тржиштем од стране управе и управноправна заштита потрошача јефтинији и ефикаснији модел, са више дистрибутивних ефеката и бољом превентивном улогом у поређењу са судском заштитом. У теорији има мишљења да је управноправна заштита потрошача супериорнија од приступа заснованих на приватном праву, јер је надлежна инспекција или регулаторни орган експерт у датој области, што обезбеђује одговорнији приступ заштити колективних интереса, док колективна заштита потрошача покренута пред судом од приватних лица указује на проблем ефекта санкције. Дакле, због институционалних фактора регулаторна тела чине се боље позиционираним да штите јавни интерес, укључујући ту и колективни интерес потрошача. Та боља позиција огледа се нарочито у погледу стручности, познавања тржишта и праксе његовог надгледања, што указује на то да је јавноправна заштита колективног интереса потрошача ефикаснија." Татјана Јованић, „Управноправна заштита потрошача", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2013, 186.

52 „У правном систему Републике Србије постоје бројни посебни управни поступци у којима се у значајној мери одступа од многих правила општег управног поступка. У питању су одступања везана за најважнија питања управног поступка." Закон о заштити потрошача из 2021. предвиђа значајна одступања од опште управне процедуре коју је требало ускладити са овим општим поступком. „Да оваква законска одредба о односу општег и посебних управних поступака не би, као и до сада, остала без значајнијег утицаја на будућа правила посебних управних поступака, у Закону је изричито предвиђена обавеза усклађивања свих посебних управних поступака са општим управним поступком". Зоран Ј. Лончар, „Посебни управни поступци", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2016, 1235.

заштите права и правних интереса странака заједничких тим законом.[53] Одступања од правила општег управног поступка анализом одредби ЗЗП 2021 наводи на закључак да нису мала, као и да је законодавац желео да се на неке делове поступка заштите колективног интереса потрошача примењују одредбе ЗУП-а.

ЗЗП 2021 садржи одредбе о покретању поступка и његовим учесницима које показују одређена одступања од ЗУП-а. Прво је регулисано покретање поступка по службеној дужности. Тако, министарство покреће и води поступак утврђивања повреде колективног интереса потрошача по службеној дужности ако у поступку надзора, на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података, основано претпостави да неко чињење или нечињење учесника на тржишту, а посебно постојање неправичне уговорне одредбе, угрожава или прети да угрози колективни интерес потрошача. Поступак за заштиту колективног интереса потрошача може да се води против трговца, односно удружења трговаца чија су поступања у супротности са одредбама овог закона, или ако уговара неправичне уговорне одредбе у смислу овог закона. Одредбом члана 172 прописано је да се поступак заштите колективног интереса може, осим по службеној дужности, покренути и водити на основу захтева овлашћеног лица. И ЗУП предвиђа да се поступак покреће захтевом странке или по службеној дужности. Поступак се покреће по службеној дужности када је то прописом одређено или када орган утврди или сазна да је, с обзиром на чињенично стање, неопходно да се заштити јавни интерес. Пре покретања поступка по службеној дужности који није у интересу странке орган прибавља информације и предузима радње да би утврдио да ли су испуњени услови за покретање поступка, и ако јесу доноси акт о покретању поступка (закључак, налог и сл.).[54]

Управни поступак може имати такав карактер да у њему учествује и више странака. Ситуација у којој се једној странци признаје неко право, а другој утврђује обавеза у једном истом поступку је посве неуобичајена. Када се поступак води по службеној дужности да би се странци утврдила нека обавеза, то се чини због јавног интереса. Управни поступак се не води „против странке". Тај израз не користи се ни

53 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

54 Чланом 174. став 3 и 4 ЗЗП 2021 је предвиђено да се о покретању поступка заштите колективног интереса потрошача доноси закључак, који нарочито садржи опис радњи или аката који могу да представљају повреду колективног интереса потрошача, правни основ и разлоге за покретање поступка. Против закључка о покретању поступка није дозвољена посебна жалба и не може се покренути управни спор.

у законском нормирању инспекцијског надзора, иако у овом поступку може да дође до изрицања одређених санкција с обзиром на то да се може утврдити постојање одређених незаконитости. Значај одређења управне ствари огледа се у томе што је то, по правилу, неспорна животна ситуација из које произлази да органи управе треба да донесу ауторитативно решење којим се одређеном субјекту може утврдити обавеза или неко право.

У управном праву предвиђена је могућност постојања тзв. вишестраначких управних ствари. Реч је, наиме, о супротстављености интереса више странака. У таквим, додуше ређим, ситуацијама може се говорити о постојању одређеног спора. Тако ЗЗП 2021 уређује постојање спора између потрошача и трговца. Његова предметна усмереност тиче се судског поступка. Чак и када странка крши закон, управни поступак не подразумева да је то спор између надлежног органа и странке. Орган учествује у поступку да би обезбедио поштовање јавног интереса, односно у конкретном случају поштовања права потрошача. Надлежно министарство покреће поступак из разлога кршења закона од стране трговца. Оно би то учинило и у оквиру својих надзорних овлашћења. Када се у оба закона (ЗЗП 2014 и ЗЗП 2021) наводи да се поступак води против трговца, то пре доводи до закључка да је реч о поступку који по својој природи није управни, а сама терминологија је инхерентна судским поступцима.

Поступак за заштиту колективних интереса потрошача је поступак за који је својственије да буде регулисан у судској процедури, а не да буде у надлежности управе. Овај поступак би иначе могао бити окарактерисан као посебан поступак на који се ЗУП примењује сходно. Као овлашћене за покретање поступка ЗЗП 2021 познаје само евидентирана удружења. Страначко својство признато је само подносиоцу захтева и лицу против кога се води поступак. ЗУП је шире одредио активно легитимисана лица, односно странке у смислу навођења да то може бити свако лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход тока поступка.[55] Својство странке могу имати и заступници колективних интереса и заступници ширих интереса јавности организовани сагласно прописима.[56] ЗУП-ом је предвиђена могућност подношења захтева за признање својства странке, као и ЗЗП-ом 2021. Својство странке имају трговци поводом чијих чињења или пропуштања се води поступак, као и подносиоци захтева за заштиту колективног интереса потрошача. Даље, уређује се да својство странке немају подносиоци иницијативе за испитивање повреде колективних интереса потро-

55 ЗУП, чл. 44 ст. 1.

56 ЗУП, чл. 44 ст. 3.

шача, даваоци информација и података, стручна лица и организације чије се анализе користе у поступку, као ни други државни органи и организације који сарађују са Министарством у току поступка.

У поступку заштите колективних интереса потрошача регулаторна тела имају третман као подносиоци иницијативе, односно даваоци информација. Регулаторним телима није дато својство странке у поступку. Она су изједначена са положајем подносиоца представке у поступку инспекцијског надзора. Стога се она, без обзира на то што представљају државне субјекте, у односу на евидентирана удружења потрошача налазе у неповољнијем положају.

Анализирајући одредбе ЗУП-а, закључује се да удружења у овом поступку имају све процесне гаранције странке у вези са активним учешћем у поступку и извођењем доказа.

Главна дистинкција поступка заштите колективних интереса потрошача од поступка инспекцијског надзора лежи у чињеници да против решења министарства удружење може да употреби одговарајућа правна средства.

Као и у претходном закону, тако и ЗЗП 2021 уређује које одлуке у поступку заштите колективних интереса потрошача може да донесе надлежно министарство (на основу Закона о министарствима из 2020. године то је Министарство трговине, туризма и телекомуникација), и ту су приметна одступања од одредаба ЗУП-а, али постоје сличности са одредбама Закона о инспекцијском надзору.[57] Када утврди да постоји повреда, Министарство решењем одлучује о постојању повреде и одређивању мера. Исто решење садржи и рок за спровођење изречене мере.[58] Против овог решења које је иначе коначно у управном поступку, може се покренути управни спор. ЗЗП-ом 2021 предвиђене су мере заштите колективних интереса потрошача. Уколико је утврђено постојање повреде колективног интереса, одређује се мера заштите колективног интереса потрошача, којом може да се наложи лицу против кога је вођен поступак да предузме одређено понашање или може да му се забрани одређено понашање, а нарочито да: а) прекине са кршењем одредаба овог закона којим се угрожава колективни интерес потрошача и уздржи се од будућег кршења; б) отклони утврђену неправилност; в) без одлагања обустави уговарање неправичних уговорних одредаба. ЗЗП 2021, у односу на ЗЗП 2014, предвиђа само одлагање обуставе неправичних уговорних одредби не помињући да је неопходно да се престане са вршењем непоштене пословне праксе. Министарство још има опцију да трговцу наложи да у утврђеном року извести министарство

57 Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 128/2020 и 116/2022.

58 ЗЗП 2021, чл. 175.

о спровођењу изречених мера. Узимајући у обзир важност интереса који се у овом поступку штите, предвиђено је да се решење којим се одређују мере заштите колективних интереса потрошача објављује на интернет страници министарства. Одредбе ЗУП-а налазе своју примену када решењем треба одлучити да повреде нема, односно ако је захтев за заштиту колективних интереса потрошача поднело неовлашћено лице – тада се захтев одбацује. Чланом 177 ЗЗП 2021 прописана је могућност изрицања привремене мере, па тако ако постоји опасност од наступања штетних последица по права и интересе потрошача, министарство, на предлог подносиоца захтева, може да наложи престанак вршења одређених радњи, односно обавезу предузимања радњи којима се спречавају или отклањају штетне последице. Одређено је да привремена мера може да траје до доношења решења у поступку заштите колективног интереса потрошача.

Прекид поступка заштите колективних интереса потрошача могућ је и давањем корективне изјаве трговца. Реч је у ствари о предлогу обавезе трговца да неће наставити или поновити радњу или акт којим се штети колективном интересу потрошача. Прекид поступка у овом случају може да траје најдуже три месеца, док овакву врсту прекида не познаје ЗУП, већ се у истом помиње само прекид поступка ради решавања претходног питања. Ако странка против које се води поступак не испуни или прекрши преузете обавезе пре истека рока од три месеца, Министарство наставља поступак, а уколико странка против које се води поступак испуни преузете обавезе у прописаном року – Министарство ће обуставити поступак.

Важећим Законом о инспекцијском надзору предвиђене су мере за отклањање незаконитости. Ако открије незаконитост у пословању или поступању надзираног субјекта, инспектор му указује на незаконитост и опомиње га због тога, у складу са овлашћењима прописаним у посебном закону налаже или предлаже мере и оставља примерен рок за отклањање незаконитости и штетних последица и испуњавање прописаних обавеза, и то уноси у записник о инспекцијском надзору. Надзирани субјекат дужан је да писано обавести инспектора о томе да ли је у остављеном року предузео мере које су му наложене, односно предложене, отклонио незаконитост и штетне последице и испунио прописане обавезе, и ако јесте – инспектор окончава поступак у складу са чланом 37 ставом 2 овог закона. Ради утврђивања да ли су благовремено предузете наложене, тј. предложене мере, незаконитост и штетне последице отклоњене и прописане обавезе испуњене, инспектор је овлашћен да од надзираног субјекта тражи да уз обавештење (о томе да ли је у остављеном року предузео мере које су му наложене, односно предложене, отклонио незаконитост и штетне последице и испунио

прописане обавезе) приложи документацију, односно други материјал (фотографије и др.) из кога је видљиво да су утврђена незаконитост и њене штетне последице отклоњене, а прописане обавезе испуњене. Ако надзирани субјекат у остављеном року не предузме мере које су му наложене, односно предложене, не отклони незаконитост и штетне последице и не испуни прописане обавезе, инспектор доноси решење којим изриче мере за отклањање незаконитости и штетних последица и испуњавање прописаних обавеза. Инспектор може истовремено изрећи више мера за отклањање незаконитости.[59]

Може се закључити да постоји сличност између института корективне изјаве и мера за отклањање незаконитости по Закону о инспекцијском надзору. Због сличности које имају мере за отклањање незаконитости по Закону о инспекцијском надзору у односу на мере заштите колективног интереса, могло би се констатовати да би поступак заштите колективног интереса потрошача могла водити и надлежна инспекција. Ипак треба нагласити да је управноправна заштита колективних интереса потрошача у управном поступку ужа од судске заштите колективног интереса потрошача, па закон оставља могућност да потрошач, поред покретања или вођења поступка, може пред надлежним судом да покрене поступак за поништај или утврђивање ништавости уговора, односно да пред судом покрене други поступак захтевајући остварење својих права.

Министарство, уколико утврди да је дошло до повреде колективног интереса потрошача, може поднети захтев за покретање прекршајног поступка надлежном органу, ако је остварено неко од бића казненог дела прекршаја на основу ЗЗП 2021.

IX Заштита потрошача путем инспекцијског надзора

Пре него што се обрати пажња на управни надзор, потребно је одредити сам појам надзора, односно контроле. Наиме, реч је о релацији између два субјекта, једног који надзире односно контролише и другог који је контролисан или надзиран. У том односу једна страна је активна, и то је субјект који контролише, а она страна која је надзирана односно контролисана, има пасиван положај. Контрола има за сврху оцењивање рада по напред утврђеним мерилима. Тај рад оцењује активни субјект. Када је реч о управном надзору, то је један од видова управне делатности у којој долази до изражаја ауторитативно управно поступање. Управни надзор може се одредити са формално-органског становишта,

59 Вид. Закон о инспекцијском надзору, *Службени гласник РС*, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018, чл. 27.

а то подразумева вршиоце управног надзора, који у српском правном систему обављају надлежни државни органи управе.

У материјалном погледу, код управног надзора акценат је на надзорним овлашћењима. С обзиром да се управни надзор обавља према правилима општег и посебног управног поступка,[60] Закон о државној управи из 2005. године, регулисао је општа питања надзора и надзорних овлашћења органа државне управе.[61] Све до 2015. године није постојао целовит закон о инспекцијском надзору, који је један од видова управног надзора. Једном веома уопштеном формулацијом инспекцијски надзор предвиђен је чланом 18 Закона о државној управи у којем се наводи да „инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени."

Инспекцијски надзор представља један од видова заштите појединачних и колективних интереса потрошача. Чланом 2 Закона о инспекцијском надзору одређени су његов појам и циљ: „Инспекцијски надзор је посао државне управе чија садржина и појам су утврђени законом којим се уређује рад државне управе, кога врше органи државне управе, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе, с циљем да се превентивним деловањем или налагањем мера обезбеди законитост и безбедност пословања и поступања надзираних субјеката и спрече или отклоне штетне последице по законом и другим прописом заштићена добра, права и интересе. Инспекцијском надзору уподобљавају се други облици надзора и контроле чијим вршењем се испитује примена закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање надзираног субјекта, које врше органи из

60 „Позитивноправно посматрано, управни надзор се у нашим прописима више не спомиње као један од основних задатака државне управе, већ се само уређује инспекцијски надзор. Почевши од Закона о државној управи из 2005. године, као један од основних задатака управе наводи се инспекцијски надзор. Међутим, у пракси још увек има прописа који у појединим областима међу својим нормама садрже и оне које се тичу 'управног надзора'. Штавише, има чак и прописа који су донети после ступања на снагу Закона о државној управи из 2005. године, а да и даље садрже норме о управном надзору. Поред тога не би се могло рећи да је данас широки појам управног надзора сведен само на инспекцијски надзор, без обзира на чињеницу да се у основним важећим прописима Србије о државној управи више не спомиње 'управни надзор'. Још увек у пракси, а на основу бројних посебних прописа, има многих видова надзора над радом и активностима правних лица, предузећа, установа и других организација, а који не представљају управни надзор." Драган Милков, *Управно право II – делатност управе*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2016, 290.

61 Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон.

става 1 овог члана и други субјекти са јавним овлашћењима, у складу са посебним законом." Сажето говорећи, циљ инспекцијског надзора се може разделити на две деонице, прва је контрола примене закона од физичких и правних лица, а друга деоница је контрола примене закона од стране органа управе.

Органи државне управе инспекцијским надзором испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, а зависно од резултата самог надзора изричу мере на које су овлашћени. У организационом смислу, инспекцијски надзор поверен је посебним органима државне управе, и то су најчешће инспекторати и они се такође најчешће налазе у саставу основног органа државне управе, а то је министарство.[62]

На питање ко врши инспекцијски надзор у смислу субјеката, то су инспектори, дакле посебно овлашћена службена лица, која своја овлашћења употребљавају у инспекцијском поступку, као посебно прописаном поступку. Према Закону о министарствима надлежност и инспекцијска овлашћења, у области заштите потрошача су на Министрарству трговине, туризма и телекомуникација.[63] Наиме, законски је одређено да ово министарство обавља послове државне управе који се односе на функционисање тржишта, стратегију и политику развоја

62 „Инспекција је орган у саставу, унутрашња организациона јединица или инспектори органа државне управе, односно органа аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе или другог субјекта са јавним овлашћењима, која врши инспекцијски надзор". Вид. Закон о инспекцијском надзору, чл. 3 ст. 1 тач. 1.

63 Детаљније од Закона о министарствима у Стратегији заштите потрошача је наведено: „Министарство трговине, туризма и телекомуникација је централна институција у области заштите потрошача, и као таква именована је као водећа у оквиру претприступних преговора за поглавље 28 – Заштита потрошача и заштита здравља. Министарство трговине, туризма и телекомуникација обавља послове који се тичу заштите потрошача са неколико аспеката – креирање политике заштите потрошача за који је надлежан Сектор за заштиту потрошача и обављање инспекцијских послова у предметној области које спроводе Сектор тржишне инспекције, Сектор туристичке инспекције и Сектор за електронске комуникације и поштански саобраћај. Задатак Министарства трговине, туризма и телекомуникација је континуирани развој правног оквира, праћење тржишта, инспекција привредних субјекта на тржишту у смислу усклађености са законским одредбама, извршење прописа и покретање судских поступака по потреби, заступање колективног интереса потрошача, подршка и сарадња са удружењима потрошача и локалним самоуправама, као и повећање свести потрошача. С друге стране, пружање информација и правне помоћи потрошачима у погледу индивидуалних приговора су послови које обављају удружења потрошача, док правосудни органи имају одлучујућу улогу у решавању потрошачких спорова и извршењу потрошачких прописа." Стратегија заштите потрошача за период 2019–2024. године, *Службени гласник РС*, бр. 93/2019, институционални оквир, владин сектор, 3.2.1.

трговине, унутрашњу трговину, промет робе и услуга, заштиту потрошача, инспекцијски надзор у области трговине, као и друге послове одређене законом.

Поступак инспекцијског надзора регулисан је истоименим законом, а реч је о већ поменутом Закону о инспекцијском надзору из 2015. године, којим су уређени садржина, врсте и облици и поступак инспекцијског надзора, овлашћења и обавезе учесника у инспекцијском надзору и друга питања од значаја за инспекцијски надзор (члан 1 Закона о инспекцијском надзору).[64]

Наиме, на основу члана 18 предвиђено је да се поступак инспекцијског надзора покреће и води по службеној дужности или захтевом надзираног субјекта за вршење инспекцијског надзора, као и захтевом другог лица коме је посебним законом признато својство странке у поступку. Код оцене о постојању разлога за покретање поступка по службеној дужности, инспектор узима у обзир представке, као и упозорења надлежних органа. Представке имају дејство иницијативе за покретање поступка, подносици тих иницијатива немају својство странке у поступку који се може покренути на основу те иницијативе. Инспектор неће покренути поступак по службеној дужности на основу представке ако је процењен незнатан ризик или је посреди злоупотреба права. Инспекцијски надзор почиње кад инспектор уручи надзираном субјекту, односно присутном лицу налог за инспекцијски надзор. Записник о инспекцијском надзору сачињава инспектор. Записник се доставља надзираном субјекту у року од 8 дана од завршетка инспекцијског надзора, с тим да овлашћено лице надзираног субјекта може да одбије да прими записник, што инспектор констатује у писаном облику и у записнику наводи разлоге због којих је пријем записника одбијен. Такође је предвиђено да надзирани субјект има право да у писаном облику стави примедбе на записник о инспекцијском надзору у року од 5 радних дана од његовог пријема. Инспектор (поступајући по примедбама на записник) може да измени предложену или наложену односно изречену меру или да одустане од ње. Инспектор решењем одлучује о мерама које су управљене према надзираном субјекту (члан 37 Закона). Уколико у току вршења инспекцијског надзора нису утврђене незаконитости, неправилности и одређени недостаци, инспектор тада неће донети решење или закључак, већ ће поступак инспекцијског надзора бити окончан тако што ће надзираном субјекту бити достављен записник у коме се наводи да нису утврђене незаконитости, неправилности или недостаци, у његовом пословању или поступању. Уколико

64 Закон о инспекцијском надзору, *Службени гласник РС*, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018.

инспекцијска служба „ћути“, односно ако надлежни инспектор не донесе решење по истеку дана окончања инспекцијског надзора одређеног у налогу за инспекцијски надзор, односно по истеку законског рока за доношење решења, тада захтев за окончање поступка инспектору може упутити надзирани субјект. Законски је уведена претпоставка да ако инспектор не поступа по захтеву у року од 8 дана од подношења захтева, то се сматра обустављањем поступка, односно да нису пронађене незаконитости у пословању и поступању надзираног субјекта. Против решења инспектора може се изјавити жалба у року од 15 дана од дана доставе писаног решења. Жалба има суспензивно дејство. У корекцији поступања инспектора приликом вршења инспекцијског надзора улогу има и другостепени орган. То је она ситуација када је првостепена одлука већ једанпут поништена. Тада другостепени орган сам решава управну ствар, односно није у могућности да опет поништи и упути предмет инспекцији на поновни поступак. Другостепена одлука донета по жалби има својство коначности, па следи судска контрола такве одлуке. Законом о инспекцијском надзору је прописано да у поступку вршења инспекцијског надзора инспектор поступа сагласно начелима или правилима поступка којим је уређен општи управни поступак. Реч је о односу између посебног управног поступка, а то је инспекцијски поступак, и општег управног поступка. Ту се наиме, примењује начело *lex specialis derogat legi generali.*

Такође у обзир долази и примена правила општег управног поступка у оним случајевима када посебним законом (у овом случају Законом о инспекцијском надзору) поједина питања нису регулисана. Реч је о начелу супсидијарности, дакле понављамо још једанпут инспекцијски поступак је посебан управни поступак који је с једне стране регулисан Законом о инспекцијском надзору, а с друге Законом о општем управном поступку.

Чланом 3 Закона о општем управном поступку је регулисано: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.“ Наслов изнад члана 3 Закона гласи: „Општи и посебни управни поступак“, међутим у овде цитираној норми не наводи директно ни општи ни посебни управни поступак, што је пропуст законодавца.

Дакле, ово питање није тако једноставно као што се из законске норме може наслутити, с обзиром на то да је нови Закон о општем управном поступку донет после Закона о инспекцијском надзору, који

је питања односа инспекцијског поступка и општег управног поступка регулисао ослањајући се на норме претходног Закона о општем управном поступку из 1997. године. Нови Закон о општем управном поступку се значајно у одређеним сегментима разликује од претходног Закона, као на пример увођење нових видова управног поступања, а то су закључење управних уговора, гарантни акт и ново редовно правно средство у управном поступку – приговор. Иако је наслов члана 3 Закона о општем управом поступку из 2016. године „Општи и посебни управни поступак", у тој норми се не спомиње ни општи ни посебни управни поступак (као што се из претходних редова могло видети и констатовати).

Видели смо да различити видови колективне заштите потрошача служе да би се на најефикаснији начин регулисали проблеми у пракси, а који доводе до повреде права потрошача. Један производ стављен на тржиште у великом броју примерака, ако има одређене дефекте може да причини штету великом броју потрошача, а интерес свих њих је да се та штета отклони. Међутим, када је вредност купљеног производа мала, не постоји интерес појединачног потрошача да заштиту остварује пред судом или органом управе, с обзиром на то да је и вредност спора мала. Ово је једна неповољна ситуација по потрошаче и истовремено повољна ситуација по саме трговце да понављају непоштену пословну праксу. С друге стране и трговци који се придржавају правила су у неповољном положају у односу на оне који се не придржавају правила, јер ови други нису санкционисани, а остварују профит на тржишту.

У теорији је наведено да је „министарство надлежно за колективну заштиту потрошача, коју спроводи кроз управни поступак у коме утврђује одређено пословање које спада у надозвољене радње трговца које погађају одређену групу потрошача, означавајући такво понашање као повреду интереса уз изрицање управне мере. Овим обликом поступања треба да се постигне ефекат некадашње колективне тужбе, с тим да су као предност овог поступка кроз управни поступак у односу на парнични и наведене ефикасност и економичност. Према томе, једном утврђено понашање трговца као повреда колективног интереса делује ка свим потрошачима, те у случају понављања такве праксе потрошачи „прикључују" већ утврђеној повреди која се сада директно санкционише уз помоћ инспекцијског надзора, без потребе да се у конкретном случају испитује. Међутим пракса показује да се потрошачи и поред установљене повреде колективног интереса опет упућују на управни поступак, чиме се колективна заштита обесмишљава, и изједначује са индивидуалном. Управо овако поступање органа управе говори о недовољном институционалном капацитету, а пре свега непрепознавању колективног интереса потрошача. Правилна и доследна

примена института колективне заштите уз инспекцијски надзор могла би обезбедити законитост пословања и спречити штетне последице по потрошача. Појачана видљивост организације за заштиту потрошача и превентивно деловање у вршењу инспекцијског надзора, одступање Министарства у случају сумње на повреду колективног интереса, те накнадни надзор инспекције, могу обезбедити висок степен контроле, и извршити јак утицај на понашање трговаца."[65]

X Закључак

Усвојеном Директивом 2020/1828 којом су уведене представничке тужбе за заштиту колективних интереса потрошача, предвиђено је да овако описане тужбе могу подносити само квалификовани ентитети, који су основани у складу са законом а при том су непрофитног карактера. Овим актом се државе обавезују да квалификовани ентитети могу бити само потрошачке организације, али и регулаторна тела. Република Србија сада има и обавезу имплементације ове Директиве у склопу свог придруживања Европској унији. „Један од могућих начина да се то уради јесте прописивање посебног парничног поступка за заштиту колективних интереса потрошача. Ако се домаћи законодавац одлучи на такав корак, онда би било важно да не понови грешке из 2011. године и да извуче неке поуке из упоредног права у вези с тим како би тај поступак требало да изгледа."[66]

Директива 2020/1828 представља корак напред у заштити колективних интереса потрошача, с обзиром на то да ће организације потрошача у будућности моћи да подносе представничке тужбе за обештећење у било којој чланици Европске уније. Ипак, нови систем представничких тужби остаје непотпун. То се тиче политичке изводљивости свих аспеката које предвиђа Директива, а који ипак зависе од држава чланица. Њој недостаје јасност о појединим аспектима функционисања представничког деловања када је у питању обештећење. То имплицира широко дискрециono право држава чланица у имплементацији одредби Директиве у њихова национална законодавства, као и слобода држава чланица да креирају или задрже додатне националне инструменте. Државе чланице ЕУ ће оптирати да ли су за ефективно обештећење или ће бити у правцу борбе против ризика од злоупотребе парница.

65 Стеван Лилић, Катарина Тоскић, „Инспекцијски надзор и колективна заштита потрошача у управном поступку", *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020, 136.

66 А. Радоњић, 341.

Важеће српско право прописује, као што је у раду и наведено, посебан управни поступак заштите колективних интереса потрошача, што није одступање од одредби Директиве, која пружа ту могућност. Приликом одступања од неких одредби Закона о општем управном поступку из 2016. године, ЗЗП-2021 је требало неке његове одредбе да изричито искључи, као што су одредбе о покретању поступка и одредбе о положају странке у поступку заштите колективног интереса потрошача. Већ је исправно примећено да „мере које могу органи управе да изрекну, па самим тим и ефекти на права потрошача и њихов колективни интерес, и даље нису такви да могу у потпуности надоместити заштиту пред судом. Дакле, иако као корисна и вероватно бржа и јефтинија варијанта треба да буде задржана у нашем правном поретку, управноправна заштита колективног интереса потрошача не треба да буде посматрана као замена за судску, а управни поступак као нека врста „поступка опште праксе."[67]

Коришћена литература

Biard Alexandre, Kramer Xandra, „The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity", доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3836928,* 5. 5. 2022.

Бабовић Бранка, „Заштита колективних интереса потрошача", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014. (Babović Branka, „Zaštita kolektivnih interesa potrošača", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2014)

Visscher L., Faure M., „A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 44, Nr. 3/2021.

Gsell Beate, „The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry step forward", *Common Market Law Review*, Vol. 58, Nr. 5/2021.

Efremova Veronika, „Towards introduction of collective redress mechanism in the European union: pros and cons" *Jačanje zaštite potrošača u Srbiji: Liber amicorum Svetislav Taboroši* (ur. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.

67 Јелена Јеринић, „Посебности управног поступка за заштиту колективног интереса потрошача", *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020, 119–120.

Јеринић Јелена, „Посебности управног поступка за заштиту колективног интереса потрошача“, *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020. (Jerinić Jelena, „Posebnosti upravnog postupka za zaštitu kolektivnog interesa potrošača“, *Zaštita kolektivnih interesa potrošača* (ur. Katarina Ivančević), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2020)

Јованић Татјана, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2013. (Jovanić Tatjana, „Upravnopravna zaštita potrošača“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2013)

Лилић Стеван, Тоскић Катарина, „Инспекцијски надзор и колективна заштита потрошача у управном поступку“, *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020. (Lilić Stevan, Toskić Katarina, „Inspekcijski nadzor i kolektivna zaštita potrošača u upravnom postupku“, *Zaštita kolektivnih interesa potrošača* (ur. Katarina Ivančević), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2020)

Лончар Зоран Ј., „Посебни управни поступци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2016. (Lončar Zoran J., „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2016)

Мезетовић Међић Селма, „Активна легитимација у поступцима колективне заштите – има ли мјеста за адвокате“, *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2020. (Mezetović Međić Selma, „Aktivna legitimacija u postupcima kolektivne zaštite – ima li mjesta za advokate“, *Zaštita kolektivnih interesa potrošača* (ur. Katarina Ivančević), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2020)

Милков Драган, *Управно право II – делатност управе*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2016. (Milkov Dragan, *Upravno pravo II – delatnost uprave*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2016)

Радоњић Алекса, „Заштита колективних интереса потрошача у Европи. Поуке за право Србије“, *Заштита колективних интереса потрошача* (ур. Катарина Иванчевић), Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2021. (Radonjić Aleksa, „Zaštita kolektivnih interesa potrošača u Evropi. Pouke za pravo Srbije“, *Zaštita kolektivnih interesa potrošača* (ur. Katarina Ivančević), Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2021)

Hornkohl Lena, „Up– and Downsides of the New EU Directive on Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers – Comments on Key Aspects“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Nr. 5/2021.

***Dragan* VUJISIĆ, PhD**
Full Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

***Milan* RAPAJIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

COLLECTIVE PROTECTION OF CONSUMERS INTERESTS (European Union and Serbian Law)

Summary

The authors start from the analysis of the Directive on Representative Actions for the Protection of Collective Interests of Consumers, whose implementation should provide at least one procedural mechanism for representative lawsuits for prohibition and remedial measures at national level and EU level. The most important segments of the normative regulation of this Directive are presented: representative actions, qualified entities and the procedure for protecting the collective interests of consumers. Member States are allowed to decide whether a representative action is to be taken in judicial or administrative proceedings, or in both. Prohibition measures aimed at protecting collective interests of consumers, regardless of whether an individual consumer has suffered real loss or damage, have been pointed out. The new Law on Consumer Protection of the Republic of Serbia from 2021 remained on the same basis as previous one from 2014. It is consumer protection in a special administrative procedure.

Key words: *Protection of Collective Interests of Consumers. – Directive 2020/1828/EU. – Representative Lawsuits. – Qualified Entities. – Damage Repair Measures. – Special Administrative Procedure for the Protection of the Collective Interests of Consumers. – Inspection Supervision.*

Датум пријема рада: 22. 4. 2022.
Датум исправке рада: 3. 10. 2022.
Датум прихватања рада: 10. 11. 2022.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 347.56:614.25
CERIF: S 137, S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22409A

***Ива* ТОШИЋ**[*]
истраживач сарадник на Институту за упоредно право у Београду, Србија

***Јована* МИСАИЛОВИЋ**[**]
истраживач сарадник на Институту за упоредно право у Београду, Србија

ОДГОВОРНОСТ ЗДРАВСТВЕНЕ УСТАНОВЕ ЗА ГРЕШКЕ СВОЈИХ ЗАПОСЛЕНИХ (ЛЕКАРСКА ГРЕШКА) И ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ

Сажетак

Лекарске грешке су честа појава у медицинској струци, услед чега на одговорност поред самог лекара или другог медицинског радника (која може бити и грађанска и кривична) може бити позвана и здравствена установа у којој је он запослен (искључиво грађанска одговорност). У овом случају ради се о одговорности за другог – одговорности здравствене установе за грешке својих запослених. Имајући у виду да одштетни захтеви могу знатно нарушити финансијско стање ове установе, као вид заштите јавља се осигурање од одговорности.

[*] Електронска адреса аутора: *i.tosic@iup.rs.*

[**] Електронска адреса аутора: *j.misailovic@iup.rs.*

У првом делу рада ауторке анализирају пре свега појам лекарске грешке као основног услова одговорности здравствене установе, док у другом делу анализирају одговорност здравствене установе за грешке својих запослених, као и осигурање од одговорности као вид заштите здравствених установа, али и самих пацијената.

Кључне речи: *Здравствена установа. – Лекарска грешка. – Одговорност послодавца. – Осигурање од одговорности. – Накнада штете.*

I Увод

Опште је познато да обављање делатности у медицинској струци захтева висок ниво професионалности и стручности. Међутим, и поред свих напора који се улажу, грешке лекара нису реткост, а самим тим ни случајеви њихове одговорности.

Одговорност може бити грађанска и кривична, а основна разлика је у стандарду дужне пажње којег лекари и други медицински радници треба да се придржавају. Кривична одговорност постоји само у случају грубе непажње, док се код грађанске одговорности одговара и за обичну непажњу.[1] Са аспекта теме рада, од значаја је анализа искључиво грађанске одговорности за насталу штету, јер кривична одговорност има индивидуални карактер, те за њу не може одговарати здравствена установа и не постоји могућност осигурања од ове врсте одговорности.

У првом делу раду ће бити ближе обрађен институт одговорности здравствених установа као послодавца за штету коју запослени проузрокује трећем лицу. С обзиром на то да се здравствени радници не налазе у посебном режиму рада примењује се институт одговорности послодавца предвиђен Законом о облигационим односима, јер исти није уређен Законом о раду. Затим ауторке анализирају појам лекарске грешке као основни предуслов за настанак одговорности здравствене установе, уз утврђивање степена пажње који се захтева приликом обављања ове делатности. На крају се процењује значај осигурања од одговорности, како за лекаре и здравствене установе, тако и за саме пацијенте уз предлог за разматрање идеје о уређивању ове врсте осигурања као обавезног.

1 Хајрија Мујовић Зорнић, Здравко Петровић, „Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења“, *Војносанитетски преглед*, бр. 8/2012, 692.

II Појам лекарске грешке као услова одговорности здравствене установе

Одговорност здравствене установе се везује за одговорно поступање њених запослених. Стварне основе одговорности лекара и здравствених установа чине скривљене повреде лекарских обавеза. У зависности од врсте поступања, постоје два облика кршења дужности: повреда дужне пажње приликом лечења пацијента[2] (лекарске грешке) и у облику грешке у обавештавању.[3] Прве, грешке у лечењу, још се називају класичним или стручним грешкама, а друге, грешке у обавештавању – називају се грешкама на периферији.[4] Грешка у обавештавању обухвата ситуацију када је лекар без важеће сагласности, услед недовољног информисања болесника, извршио захват, а ризик због ког је било потребно обавештење се остварио.[5] Лекар је пре свега у обавези да води рачуна о здрављу свог пацијента. Међутим, потребно је да поштује и аутономију његове личности тако што ће тражити пристанак пацијента пре предузимања сваке конкретне медицинске мере. Ово представља одраз идеје да лична природа здравствених проблема даје појединцу одлучујућу улогу у доношењу одлука о третману у циљу сопственог лечења.[6] Самим тим, противно вољи пацијента који је свестан и способан за расуђивање не сме се предузети никакав медицински захват нити мера, чак и уколико би се таквим захватом спасао његов живот.[7] Лекарска грешка представља понашање лекара противно правилима медицинске струке. Лекар поступа противно својој дужности било да истовремено или независно једно од другог крши постојећа правила струке (лекарске вештине) или установљена правила пажње. Самим тим неопходно је да лекар поступа према важећим медицинским стандардима са дужном пажњом.

---

2 Марта Сјенчић, „Лекарска грешка – грађанско правни аспект", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 59/2012, 124–125.

3 За више вид. William Deuchler, „Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines. Kindes/Wrongful birth", Frankfurt am Main, 1984.

4 Хајрија Мујовић Зорнић, „Лекарска грешка – медицински или правни појам?", *Свет рада*, бр. 6/2004, 821.

5 Erwin Deutsch, *Medizinrecht/Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht*, Berlin, 1997, наведено према: Х. Мујовић Зорнић, З. Петровић, фн. 10.

6 Александра Павићевић, „Обавеза лекара да обавести пацијента и грађанскоправна одговорност лекара за штету", *Зборник радова: XXI век – век услуга и услужног права* (ур. Драган Вујисић), Крагујевац, 2020, 354.

7 Драгана Марчетић, Весна Филиповић, „Парнице из медицинског права", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1/2020, 102.

„Лекар је дужан да поступа према правилима струке, да примењује стручна знања и општепризната медицинска достигнућа, а уколико поступа противно правилима струке он чини лекарску грешку.“[8] Савремена медицина пружа много веће могућности заштите живота и здравља, као и квалитетније лечење. Међутим, имајући у виду да су дневне потребе у делу заштите здравља све веће, ризик од настанка лекарске грешке током лечења се значајно повећао.[9]

Појам стручне лекарске грешке се у медицини појављује још средином XIX века. У другој половини XIX века Немац Рудолф Виpчов (*Rudolf Virchow*) дефинише стручну грешку као кршење општепризнатих правила вештине лечења услед одсуства потребне пажње или опрезности.[10] Након овако постављене дефиниције отворило се доста питања и недоумица на које сама дефиниција није дала јасан и недвосмислен одговор.[11]

Ово опште појмовно одређење лекарске грешке се с временом показало као недовољно адекватно из неколико разлога:

1) преуско је јер ван његовог опсега остају сви остали случајеви грешака у лечењу;
2) редуковано је на непоштовање „општеприхваћених правила медицинске науке“, којих је јако мало и која су променљива (медицински стандард је динамична категорија – он се мења са повећањем могућности медицинске науке и праксе),[12] а која и када постоје не обавезују лекаре без изузетка;
3) не постоји јасан однос између противправности и кривице (општа правила о дужној пажњи) итд.[13] Наиме, могуће је кршење правила струке без постојања кривице – када имовинска

8 Љубица Милутиновић, „Накнада штете због лекарске грешке“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2002, 32.

9 Милан Почуча, Небојша Шаркић, Наташа Мрвић-Петровић, „Лекарска грешка као разлог правне одговорности лекара и здравствених установа“, *Војносанитетски преглед*, бр. 2/2013, 207.

10 Јаков Радишић, *Медицинско право*, Београд, 2008, 180.

11 Једно од најважнијих питања било је да ли појам лекарске грешке обухвата све неправилне медицинске радње или само неке од њих. Остало је нејасно и шта је то грешка (за коју би здравствени радници требало да су одговорни), а шта лекарска омашка, која се не може искључити у сваком случају, али је лакше природе и не доводи до одговорности. М. Почуча, Н. Шаркић, Н. Мрвић Петровић, 208.

12 Више о медицинском стандарду у Јаков Радишић, „Медицински стандард и одговорност лекара“, *Правни живот*, бр. 9/2008, 287–297.

13 Александра Павићевић, „Лекарка грешка и професионална кривица здравствених радника“, *Услуге и права корисника* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2020, 665.

одговорност изостаје, као што је могућа и одговорност лекара због повреде обавезе дужне пажње, а без непосредног кршења општеприхваћених правила медицинске струке;[14]

4) без прецизираног односа са штетом, као последицом (да ли је настанак штете услов *sine qua non* професионалне одговорности лекара или не).[15]

Основно значење појма лекарске грешке[16] је поступање лекара противно правилима медицинске струке (*contra legem artis*) – непоштовање правила која чине медицински стандард.[17] Временом правници и лекари почињу да инсистирају на дефинисању јасне разлике између стручних лекарских грешака и несрећних случајева.[18] Несрећни случајеви нису изазвани грешком лекара, него случајностима или неповољним стицајем околности које, на основу сазнања медицинске науке, није било могуће предвидети[19] (нпр. алергија пацијента на одређени лек; смртни исход услед наркозе дате према захтевима анестезиологије; изненадна смрт пацијента изазвана емоционалним психичким шоком пре или за време операције.) За разлику од лекарских грешака, несрећни случајеви у медицини нису израз непрописног лечења и не повлаче одговорност лекара.[20]

Постојање лекарске грешке представља први услов грађанскоправне одговорности медицинске установе. Поред тога, потребно је

14 H.L. Schreiber, „Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehler?“, *Der medizinische Sachverständige*, Nr. 4/1976, 72.

15 А. Павићевић, 666.

16 „Под лекарском грешком, у смислу Закона о здравственој заштити, подразумева се несавесно лечење, опасно занемаривање професионалних дужности, пружања здравствене заштите, односно непридржавање или непознавање утврђених правила и професионалних вештина у пружању здравствене заштите, који доводе до нарушавања, погоршања, повреде, губитка или оштећења здравља или делова тела пацијената.“ Пресуда апелационог суда у Београду, Гж 2728/2010 од 23. септембра 2011.

17 „Од лекара се не тражи да одговара за неуспех интервенције, с обзиром на то да су компликације увек могуће и да исход лечења није увек могуће предвидети, али у лечењу или приликом медицинске интервенције лекар мора да поступа са брижљивошћу коју налажу правила струке.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 6515/2010 од 20. октобра 2011.

18 Неуспеле медицинске интервенције које су објективно непредвидљиве и које настају услед тешкоћа саме болести, особености организма пацијента.

19 Ива Тошић, „Осигурање од лекарске одговорности“, *Накнада штете и осигурање – савремени изазови* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Волфганг Рорбах), Зрењанин, 2017, 505.

20 Јаков Радишић, „Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања“, *Ревија за право осигурања*, бр.1/2009, 13.

да су остварени и остали услови:[21] да је настала штета, да постоји узрочна веза између лекарске грешке и настале штете, да је лекар крив за грешку.[22]

Штета се може састојати у наступању смрти пацијента, погоршању његове већ постојеће болести, или изазивању обољења код лица које је здраво. Поред наведеног, погоршање здравља пацијента обухвата и непотребно или неочекивано трпљење болова, смањење могућности успеха лечења или продужавање потребног времена за оздрављење. Штета условљена лекарском грешком може бити материјална и нематеријална, и за ту поделу важе општа правила о одговорности за штету.[23]

Одговорност због лекарске грешке претпоставља узрочну везу између грешке и штете. Међутим, у пракси утврђивање овог услова изазива највише потешкоћа. Питање узрочне везе суд цени на основу два критеријума: мишљења медицинских вештака и схватања правне науке и праксе. Ако суд, на основу медицинског вештачења, стекне уверење да би прописно и благовремено лечење вероватно успело, он пацијенту признаје право на накнаду укупне штете.[24] Начелно, лекар одговара само у случају кад му се његова грешка може уписати у кривицу. За разлику од кривичне, за грађанску одговорност лекара довољна је и обична непажња. Приликом оцене кривице, не води се рачуна о личним способностима и знању туженог лекара, него се утврђује како би се на истом месту туженог понашао искусан и савестан лекар одговарајуће струке, тј. битна је пажња „доброг стручњака“,[25] што значи повећану пажњу према правилима струке и обичајима. Кад лекар не поступа с пажњом доброг стручњака, ради се о обичној непажњи (*culpa levis*), а ако не поступа ни онако како би поступао сваки просечан лекар – ради се о грубој непажњи (*culpa lata*). Међутим, зависно од конкретних околности допуштена је корекција (и ублажавање и пооштравање) дужности. Правило је да већа опасност и већи ризик неке радње захтевају и већу

21 У решењу Апелационог суда у Нишу 11Гж 1270/2015 од 3. децембра 2015. године овај суд заузима став да грађанско-правна одговорност за накнаду штете због лекарске грешке постоји ако се стекну одређени услови, и то: постојање лекарске грешке, постојање штете, узрочна веза између учињене лекарске грешке и настале штете и одговорност лекара за учињену грешку. При том, суд мора да утврди да ли би до штете дошло да се лекар понашао онако како то медицинска струка налаже.

22 Љиљана Милутиновић, „Накнада штете због лекарске грешке и проблем доказивања узрочности“, *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања* (ур. Здравко Петровић), Београд – Будва, 2004, 232.

23 И. Тошић, 2017, 505.

24 Ј. Радишић, 2009, 17–19.

25 Велисав Марковић, „Грађанскоправна одговорност лекара због стручне (лекарске) грешке“, *Хало*, бр. 1/2021, 31.

пажњу, а да хитност и нужност оправдавају нижи стандард пажње.[26] Право на накнаду штете због лекарске грешке претпоставља узрочну везу између ње и настале штете.

III Одговорност здравствених установа за лекарске грешке

Опште је познато да запослени представљају „заступнике" свог послодавца, те није неуобичајено да и сами послодавци буду позвани на одговорност за грешке својих запослених. Када су у питању медицинске установе, у складу са одредбама ЗОО оне могу одговарати за лекарске грешке на основу правила да правно лице одговара за штету коју је њен запослени неправилним радом проузроковао трећем.

1. Општи режим одговорности послодавца за штету

Одговорност послодавца за штету коју запослени проузрокује трећем лицу у домаћем законодавству гарантована је у складу са општим начелима о одговорности за штету која подразумева принцип субјективне и објективне одговорности. Важно је нагласити да се у домаћем правном систему лекари не налазе у посебном правном режиму у погледу уређења радног односа, па је самим тим Закон о раду[27], као кровни закон којим се уређују права из радног односа, директно примењив. Међутим, треба имати у виду да Закон о раду као *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима,[28] садржи свега један члан посвећен наведеном питању и да се стога постојање одговорности послодавца за штету пре свега утврђује у складу са одредбама Закона о облигационим односима. Овакво стање даље води ка изузимању из обзира посебности коју одговорност послодавца за штету може имати.[29] У том смислу, на основу одредби ЗОО за грешке лекара могу одговарати

26 Х. Мујовић Зорнић, З. Петровић, 2012, 693.

27 Закон о раду, *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.

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

29 Јована Мисаиловић, „Одговорност послодавца за штету", *Зборник сажетака са Међународне научне конференције„Одговорност у правном и друштвеном контексту"* (ур. Горан Обрадовић, Мирослав Лазић, Срђан Голубовић, Небојша М. Раичевић, Гордана Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2020, 111.

сами лекари и други здравствени радници, али и медицинска установа у којој су запослени.[30]

За разлику од лекара и других здравствених радника који по основу кривице одговарају за властите пропусте којима су другом причинили штету (или кривично дело), здравствена установа, као правно лице, одговара за штету коју је њен запослени неправилним радом проузроковао трећем.[31] У нашем праву, за штету коју је радник нанео трећем лицу одговара послодавац код кога је запослени радио у тренутку проузроковања штете према правилима објективне одговорности. Међутим, одговорност послодавца није објективна одговорност у правом смислу те речи, јер се послодавац може ослободити те одговорности ако докаже да је запослени поступао онако како је требало, тј. да није крив (непажљив).[32] Ово је посебно важно имајући у виду да мерило за кривицу запосленог представља пажња доброг стручњака. Конкретније речено, ако је запослени поступио онако како је требало, следи да не постоји његова непосредна одговорност за штету и, следствено томе, не постоји посредна одговорност послодавца. На тај начин се објективна одговорност послодавца своди на субјективну одговорност, јер постоји могућност да и када је радник поступио онако како је требало, може некада постојати кривица послодавца.[33] Дакле, послодавац одговара за претпостављену професионалну кривицу запосленог,

30 (1) За штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало.

(2) Оштећеник има право захтевати накнаду штете и непосредно од радника ако је штету проузроковао намерно.

(3) Одредбом става 1 овог члана не дира се у правила о одговорности за штету која потиче од опасне ствари или опасне делатности.

Одговорност других лица

(1) Одредбе претходног члана примењују се и на друге послодавце у погледу одговорности за штету коју запослени који код њих раде проузрокују у раду или у вези с радом.

(2) Лице које је оштећенику накнадило штету коју је запослени проузроковао намерно или крајњом непажњом, има право од тог запосленог захтевати накнаду плаћеног износа.

(3) То право застарева у року од шест месеци од дана исплаћене накнаде штете.

Вид. ЗОО, чл. 170–171.

31 М. Почуча, Н. Шаркић, Н. Мрвић-Петровић, 210.

32 Александар Мојашевић, „Економска анализа одговорности предузећа и других правних лица према трећем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 56/2010, 211.

33 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 242–243.

тако да може да се ослободи одговорности само ако докаже да се запослени који је причинио штету понашао како је требало. Послодавац не може да се ослободи одговорности тако што ће доказати „да није погрешио у избору запосленог, у надзору над њим, у давању инструкција или у организовању посла. Једном речју, послодавац сноси ризик за поступке својих запослених у функцији рада.“[34] Када је реч о здравственим установама, оне одговарају за штету због лекарске грешке према правилима одговорности предузећа и других правних лица за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу, али и општим одредбама о основима одговорности и штети, односно одредби о висини материјалне и нематеријалне штете.[35]

2. Посебно о одговорности здравствене установе

Аргументи у прилог одговорности здравствене установе обухватају чињенице да се лекар појављује као заступник здравствене установе, да постоји дужност болнице да контролише кључне аспекте рада лекара и да је почињена непажљива радња својствена делатности болнице.[36] Наиме, здравствена установа као послодавац је посредно одговорна за учињене радње и пропусте запосленог у току радног односа, у периоду када је на послу, када ради оно због чега је запослен и што је уско повезано са његовим радним местом.[37] Некада се дешава и да су тужени и лекар, и здравствена установа, када се тужилац позове на постојање намере у понашању туженог. Међутим, умишљајно поступање је код лекарских грешака врло ретко и тешко доказиво. Ако су заједно тужени, имају положај тзв. простих супарничара, с тим што установа, под одређеним условима, има право да се регресира од штетника.[38] Право регреса постоји уколико је запослени поступао намерно или са крајњом непажњом и застарева у року од 6 месеци од дана исплаћене накнаде штете.[39]

34 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, 202.

35 На то упућује и члан 31 Закона о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/2013 и 25/2019 – др. закон: „Пацијент који због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу, или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог здравственог стања, има право на накнаду штете према општим правилима о одговорности за штету.“

36 Х. Мујовић Зорнић, З. Петровић, 695.

37 Alec Samuels, „Liability of the Employer, the Hospital or Other Medical Institution for the Wrongdoing of Employees“, *Medico-Legal Journal*, Nr. 4/2005, 169.

38 Д. Марчетић, В. Филиповић, 100.

39 ЗОО, чл. 171.

Уколико се на конкретан случај одговорности за лекарску грешку примењују искључиво правила уговорне одговорности, за штету ће одговарати уговарач који се обавезао на пружање здравствене услуге. То може бити здравствена установа или лице који обавља приватну медицинску праксу. Ова лица одговарају за своје запослене по основу уговора о раду и за своје помоћнике – лица која су ангажована по основу уговора. Закони одавно познају одговорност за другог и она због субординираности и институционализованости рада у медицини овде налази своју пуну примену.[40]

Може се догодити да у лечењу пацијента учествује више лекара различите специјалности у ком случају се одговорност здравствене установе често своди на лошу организацију рада. Овде се не ради о одговорности за другог, већ за сопствени пропуст и повреду примарне обавезе да се обезбеди организација установе.

У теорији и пракси поставља се питање врсте одговорности за штету насталу у току обављања медицинске делатности. Најпре дилема се односи на питање да ли се овде ради о „опасној делатности" на коју се примењују правила о објективној одговорности. Међутим, по мишљењу теоретичара неоправдано је поређење медицинске са другим опасним делатностима. Ово произлази из дефиниције појма „опасне делатности" који обухвата оне делатности које саме стварају ризик од штете за друге, па зато и одговарају ако се тај ризик оствари.[41] Код медицинске делатности, ризик по здравље или смрт болесника је изазван болешћу, а лекар може направити грешку покушавајући да ту опасност отклони или умањи. Основ одговорности за лекарску грешку увек је кривица, односно медицинска делатност се у пракси не сматра опасном делатношћу за коју важе правила о објективној одговорности.[42] Самим тим одговорност медицинске установе је субјективне, а не објективне природе. Здравствена установа одговорна је за штету која је причињена пацијенту у оним случајевима када њени лекари и друго медицинско особље нису поступили у складу са правилима медицинске науке, као и са одговарајућом пажњом.[43]

Имајући у виду све претходно наведено, и здравствена установа и њени запослени, као и сами пацијенти имају интерес да питање

40 Х. Мујовић Зорнић, З. Петровић, 695.

41 „Штета настала у вези са опасном ствари, односно опасном делатношћу сматра се да потиче од те ствари, односно делатности, изузев ако се докаже да оне нису биле узрок штете." ЗОО, чл. 173.

42 ЗОО, чл. 154.

43 Врховни суд Србије, Рев. 1659/84, доступно на адреси: *https://sirius.rs/cyr/praksa/t5-FDw*, 12. 8. 2022.

одговорности за штету буде регулисано на адекватан и прихватљив начин. Управо као један од начина регулисања овог питања јавља се осигурање од одговорности здравствених установа за штету причињену лекарском грешком.

IV Осигурање од одговорности

Осигурање од професионалне одговорности спада у имовинска осигурања и пружа заштиту од пропуста и грешака у обављању одређене стручне делатности (нпр. лекара, адвоката, ревизора, директора корпорација, стечајних управника).[44] Као сегмент осигурања од одговорности, ова врста осигурања се уговара за штете које настану као последица професионалног пропуста које осигураник учини у току обављања свог рада.

Од свих квалификација професионалне одговорности истичу се четири које морају бити увек присутне:

1) професионалној одговорности подлежу лица чија се делатност састоји у вршењу одређене интелектуалне активности – тзв. интелектуалне професије;
2) потребно је да постоји строго лични (*intuitu personae*) карактер престације;
3) престацију карактерише слобода у извршавању ради задовољења потреба других људи зависних од реализације тог дела;
4) код професионалне одговорности се мора радити о обавези средства, а не о обавези резултата (без гаранције да ће жељени резултат бити остварен).[45]

Управо обављање медицинске делатности карактеришу све претходно наведене квалификације, те осигурање од одговорности представља значајан механизам заштите како медицинских установа у којим се пружа здравствена заштита, тако и пацијента који користе услуге те медицинске установе.

У свету постоје 3 модела осигурања од одговорности за штету причињену лекарском грешком – класични модел који се заснива се на кривици лекара – „*no fault model*" код ког се не доказује кривица лекара

44 Владимир Чоловић, Здравко Петровић, Александар Тешић, „Осигурање професионалне одговорности лекара и осталих здравствених радника", *Војносанитетски преглед*, бр. 1/2015, 83.

45 Berislav Matijević, „Osiguranje od profesionalne odgovornosti zdravstvenih djelatnika i sudskih vještaka u Republici Hrvatskoj", *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2010, 453–454.

и мешовити модел. Разлика између ових модела осигурања се огледа се у начину и обиму санирања последица узрокованих причињеном штетом, као и начину прихватања одговорности за причињену штету.[46]

Класични модел преовлађује у свету и он се базира на општим правилима националног одштетног грађанског права, најчешће са субјективном одговорношћу која се темељи на кривици здравственог радника.[47] Овај начин осигурања се заснива на одговорности лекара или другог медицинског радника за негативну последицу медицинског третмана. Претежно се примењују правила субјективне одговорности за штету код које се кривица претпоставља, што пацијенту донекле олакшава ситуацију. Са друге стране, уколико жели да се ослободи одговорности, лекар мора доказати да је до грешке дошло без његове кривице, односно како је у свему поступао према правилима и стандардима струке.[48]

Други модел се још назива „скандинавски" модел осигурања пацијента[49] и специфичност је што се не заснива на кривици. Међутим, код овог модела често долази до одбијања захтева за накнаду штете, јер није могуће утврдити узрочну везу.

Мешовити модел као што и сам назив говори представља комбинацију класичног модела осигурања и „*no fault*" система осигурања. Овај систем има основ у одговорности лекара по основу кривице, али се код одређених штета, односно последица пружања медицинске услуге уводи и тзв. „одговорност без кривице". Овај модел осигурања се везује за Француску, у којој се све до 2002. године примењивао класични модел осигурања одштетне одговорности. Међутим, медицински напредак и технолошка унапређења, огроман број судских поступака, узроковали су тражење новог начина осигурања пацијената. Идеја новог начина осигурања је да са једне стране заштити лекаре од повећане одговорности, а да истовремено заштити пацијенте и осигура им накнаду штете.[50] У Француској је 2002. године основан посебан национални фонд који функционише по основу колективне одштете уз обавезно осигурање лекара и здравствених установа.[51] Овде се ради о „*no fault*" систему који

46 Смајо Шабић, „Осигурање од одговорности за штету причињену медицинском грешком као начин правне заштите у поступку лијечења", *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 17/2016, 344–345.

47 Maja Proso, „Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj delatnosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2009, 360.

48 С. Шабић, 345.

49 Владимир Чоловић, „Осигурање од лекарске одговорности", *Страни правни живот*, бр. 3/2010, 49.

50 С. Шабић, 346.

51 В. Чоловић, 49.

има шире покриће у односу на случај класичног осигурања од одговорности. Већ смо закључили да је одговорност субјективне природе, те се и у Републици Србији примењује класичан модел.

Циљ ове врсте осигурања је најпре да се обезбеди боља шанса оштећеног да добије компензацију за штету коју је у току лечења претрпео.[52] Такође, овом врстом осигурања за штету причињену лекарском грешком обезбеђују се и претпоставке за подизање друштвеног стандарда становништва на знатно виши ниво.[53] Закључењем уговора о осигурању обезбеђује се довољно новчано покриће за подмирење захтева за накнаду евентуалне штете изазване непрописном медицинском интервенцијом лекара. На овај начин здравствена установа се осигурава од одговорности да би се заштитила од евентуалних захтева за накнаду штете од стране трећих оштећених лица у ком случају би штету морала да надокнади својом имовином.

Осигурање од лекарске одговорности обухвата грађанску одговорност осигураника за штете настале услед смрти, повреде тела или здравља, трећих лица које су проузроковане лекарском грешком. Једна од важних карактеристика овог облика осигурања односи се и на то да обавеза осигуравача није само у исплати штете, односно суме осигурања, већ и у предузимању одбране од неоснованих и претераних захтева за накнаду штете, као и у накнади трошкова судског поступка. Мора се испунити услов да је осигураник поступао са повећаном пажњом, као и по закону, односно по правилима своје струке.[54] Врло је значајно да осигуравајућа друштва дефинишу услове за осигурање од одговорности лекара и других здравствених радника, која поштују све специфичности ове струке. Потребно је да се дефинише оквир који ће обезбедити ефикасно осигурање.[55]

Осигурање од професионалне одговорности носи са собом огромне предности, међутим као и код осталих врста осигурања појављује се страх од моралног хазарда, односно чињенице да ће лица можда бити склонија ризичнијем и неопрезнијем поступању када су свесни да ће осигуравајуће друштво покрити евентуалну штету. Специфичност професије се огледа у чињеници да је циљ заштита здравља и живота људи, те смо склони мишљењу да је проблем моралног хазарда из тог разлога мањи у односу на остале врсте осигурања, али то не значи да је он искључен. Са друге стране, постојање осигурања може навести и оштећено лице да поднесе нереално висок и могуће неоснован захтев

52 Х. Мујовић Зорнић, З. Петровић, 695.

53 С. Шабић, 343–344.

54 Вид. И. Тошић.

55 В. Чоловић, З. Петровић, А. Тешић, 84.

према друштву за осигурање рачунајући да ће осигуравајуће друштво, у циљу избегавања непожељних ефеката судских поступака (камате, трошкови поступка, тумачење права у корист слабије стране, непредвидивост судске одлуке, стварање непожељне судске праксе), исплатити осигурану суму која му реално не би припадала, нити би могао очекивати такву исплату од самог штетника.[56] Ипак, поред свега наведеног, потреба за осигурањем од одговорности као средством заштите, како здравствених установа, тако и пацијената – односи предност у односу на опасност од моралног хазарда.[57]

Поред поменутог, недостатак осигурања од професионалне одговорности у овој делатности представља и чињеница да тренутак наступања последица осигураног случаја не мора бити исти као тренутак када је оштећено лице било изложено ризику, односно када је извршена радња која је довела до штетне последице. Наиме, последице лечења могу настати и годинама након захвата, те се може догодити да оштећено лице поднесе захтев након протека много година од осигураног периода. У погледу овог питања, примера ради у САД, се јављају четири опције како утврдити да је штета настала:[58]

1. *time of exposure* – штета је настала у тренутку када је оштећени био изложен ризику;
2. *injury in fact* – штета је настала у тренутку када је наступила сама повреда тела код оштећеног;
3. *manifest injury* – штета је настала у тренутку када последице повреде буду видљиве;
4. *multiple triggers* – штета је настала у тренутку када су сва три претходно наведена облика кумулативно испуњена.[59]

Ово је значајно и из разлога што током година здравствена установа може променити више осигуравача, те се поставља питање који од њих треба да учествује у одбрани од одштетног захтева и његовој исплати. У том смислу закључују се два типа полисе: осигурање на бази настанка осигураног случаја и осигурање на бази постављања одштетног захтева. Основна разлика између ова два типа полисе се огледа у томе што осигурање која се спроводи на бази настанка осигураног случаја не пружа покриће за радње које претходе закључењу полисе. У ситуацији

56 Zvonimir Matić, „Pravni i društveno-ekonomski aspekti osiguranja od odgovornosti", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6/2017, 1031.

57 Christopher Parsons, „Moral Hazard in Liability Insurance", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Nr. 3/2003, 456.

58 Robert Merkin, Malcolm A. Clarke, *The law of liability insurance*, London, 2017, 65.

59 *Ibid*., 66–67.

када осигурани случај настане током трајања полисе, осигуравач из те полисе мора да надокнади све одштетне захтеве настале у том периоду. Са друге стране, осигурање на бази постављања одштетног захтева може да покрива одштетне захтеве постављене током трајања осигурања због непажње, грешака или пропуста који су настали годинама пре него што је закључена полиса.[60]

Осигурање од одговорности најчешће пружа покриће за телесне повреде или штету ако је одштетни захтев пријављен током трајања полисе осигурања. Као што смо видели, овај начин покрића се разликује у односу на осигурање на бази настанка штетног догађаја које покрива телесне повреде или штете које настану током трајања полисе осигурања, без обзира на то када се поставља одштетни захтев. Уопштено говорећи, код лекарске праксе уобичајено се у иностраној пракси осигурања закључују на бази постављања одштетног захтева.[61]

Међутим, поред свега наведеног, осигурање од одговорности за штету која је лекарском грешком причињена пацијенту јавља се као прихватљиво решење за остварење правне заштите саме медицинске установе и пацијента као корисника медицинских услуга, као и за правно уређење њихових односа. Још једно значајно питање јесте да ли ова врста осигурања треба да буде уређена на принципу обавезног или добровољног осигурања. У прилог регулисања ове врсте осигурања као обавезног говори пре свега значај ове делатности, као и учесталост лекарских грешака. У случајевима када осигурање не постоји, лекарима и другим медицинским радницима се намеће терет услед страха да не направе грешку која може значајно имовински оптеретити здравствену установу. Поред наведеног, за друге веома значајне професионалне делатности (ревизори, стечајни управници, адвокати, нотари) осигурање од професионалне одговорности је обавезно по закону. Осигурање од професионалне одговорности лекара из наведених разлога постаје неопходност и у неким земљама се без овог осигурања не могу добити лиценце, док у оним случајевима где је осигурање на добровољној бази, лекари и здравствене установе сами увиђају да је оно нужно, те закључују уговоре са осигуравајућим друштвима. У Републици Србији се лекари и други здравствени радници осигуравају на добровољној основи. Међутим, Лекарска комора Србије је од марта 2017. године осигурала све своје лиценциране чланове. На овај начин указује се на значај ове професије и осигурања које ће знатно растеретити лекаре у

60 Слободан Јовановић, „Осигурање од одговорности – уговорно покриће по систему настанка осигураног узрока или датума постављања одштетног захтева“, *Европска ревија за право осигурања*, бр. 1/2010, 4.

61 *Ibid.*, 3.

обављању своје делатности, обезбедити заштиту здравственим установама у погледу евентуалне имовинске одговорности, али и пацијентима дати сигурност у наплату евентуалних одштетних захтева.

V Закључак

Развој медицине омогућава бољу заштиту живота и здравља, као и квалитетније лечење. Међутим, самим тим и ризик од настанка лекарске грешке током лечења се значајно повећао поготово имајући у виду да су дневне потребе у делу заштите здравља све веће. Услед лекарских грешака здравствена установа или приватна медицинска пракса у којој је он запослен може бити позвана на одговорност. Овде се пре свега мисли на грађанску одговорност, узимајући у обзир да је кривична одговорност индивидуалног карактера. У овом случају ради се о одговорности за другог, односно одговорности здравствене установе за своје запослене по основу радног односа, и друга лица која су ангажована за обављање одређених послова по основу уговора. Постоје становишта да се овде ради о објективној одговорности, а на основу погрешног сврставања лекарске делатности у тзв. „опасне делатности". Из анализе дефиниције ових делатности произлази да се код обављања медицинске делатности не ради о „опасној делатности", те је одговорност субјективне природе и основ одговорности је кривица здравственог радника.

Имајући у виду да одштетни захтеви могу значајно оптеретити здравствену установу, као вид заштите јавља се осигурање од одговорности. Ова врста осигурања поред тога што штити здравствену установу, од великог је значаја и за заштиту пацијената јер им пружа сигурност у наплату одштетних захтева. Имајући у виду значај осигурања од лекарске грешке, али и чињеницу да је обавезно осигурање предвиђено у неким другим професијама (адвокати, стечајни управници, нотари), требало би размислити о увођењу осигурања од професионалне одговорности код лекарске грешке као обавезне врсте осигурања. На овај начин би се смањио притисак на лекаре, заштитиле би се здравствене установе од великих одштетних захтева, а пацијенти би добили већу сигурност у наплату претрпљене штете.

Коришћена литература

Deuchler William, „Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines. Kindes/Wrongful birth", Frankfurt am Main, 1984.

Deutsch Erwin, *Medizinrecht/Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht*, Berlin, 1997.

Јовановић Слободан, „Осигурање од одговорности – уговорно покриће по систему настанка осигураног узрока или датума постављања одштетног захтева", *Европска ревија за право осигурања*, бр. 1/2010. (Jovanović Slobodan, „Osiguranje od odgovornosti – ugovorno pokriće po sistemu nastanka osiguranog uzroka ili datuma postavljanja odštetnog zahteva", *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 1/2010)

Ковачевић Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013. (Kovačević Ljubinka, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd, 2013)

Марковић Велисав, „Грађанскоправна одговорност лекара због стручне (лекарске) грешке", *Хало*, бр. 1/2021. (Marković Velisav, „Građanskopravna odgovornost lekara zbog stručne (lekarske) greške", *Halo*, br. 1/2021)

Марчетић Драгана, Филиповић Весна, „Парнице из медицинског права", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1/2020. (Marčetić Dragana, Filipović Vesna, „Parnice iz medicinskog prava", *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 1/2020)

Matić Zvonimir, „Pravni i društveno-ekonomski aspekti osiguranja od odgovornosti", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6/2017.

Matijević Berislav, „Osiguranje od profesionalne odgovornosti zdravstvenih djelatnika i sudskih vještaka u Republici Hrvatskoj", *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2010.

Merkin Robert, Clarke Malcolm A., *The law of liability insurance*, London, 2017.

Милутиновић Љиљана, „Накнада штете због лекарске грешке и проблем доказивања узрочности", *Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања* (ур. Здравко Петровић), Београд – Будва, 2004. (Milutinović Ljiljana, „Naknada štete zbog lekarske greške i problem dokazivanja uzročnosti", *Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja* (ur. Zdravko Petrović), Beograd – Budva, 2004)

Милутиновић Љубица, „Накнада штете због лекарске грешке", *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2002. (Milutinović Ljubica, „Naknada štete zbog lekarske greške", *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 3/2002)

Мисаиловић Јована, „Одговорност послодавца за штету“, *Зборник сажетака са Међународне научне конференције „Одговорност у правном и друштвеном контексту“* (ур. Горан Обрадовић, Мирослав Лазић, Срђан Голубовић, Небојша М. Раичевић, Гордана Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2020. (Misailović Jovana, „Odgovornost poslodavca za štetu“, *Zbornik sažetaka sa Međunarodne naučne konferencije „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“* (ur. Goran Obradović, Miroslav Lazić, Srđan Golubović, Nebojša M. Raičević, Gordana Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2020)

Мојашевић Александар, „Економска анализа одговорности предузећа и других правних лица према трећем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 56/2010. (Mojašević Aleksandar, „Ekonomska analiza odgovornosti preduzeća i drugih pravnih lica prema trećem“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 56/2010)

Мујовић Зорнић Хајрија, „Лекарска грешка – медицински или правни појам?“, *Свет рада*, бр. 6/2004. (Mujović Zornić Hajrija, „Lekarska greška – medicinski ili pravni pojam?“, *Svet rada*, br. 6/2004)

Мујовић Зорнић Хајрија, Петровић Здравко, „Одговорност здравствених установа за штете као последице лечења“, *Војносанитетски преглед*, бр. 8/2012. (Mujović Zornić Hajrija, Petrović Zdravko, „Odgovornost zdravstvenih ustanova za štete kao posledice lečenja“, *Vojnosanitetski pregled*, br. 8/2012)

Павићевић Александра, „Лекарка грешка и професионална кривица здравствених радника“, *Услуге и права корисника* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2020. (Pavićević Aleksandra, „Lekarka greška i profesionalna krivica zdravstvenih radnika“, *Usluge i prava korisnika* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2020)

Павићевић Александра, „Обавеза лекара да обавести пацијента и грађанскоправна одговорност лекара за штету“, *Зборник радова: XXI век – век услуга и услужног права* (ур. Драган Вујисић), Крагујевац, 2020. (Pavićević Aleksandra, „Obaveza lekara da obavesti pacijenta i građanskopravna odgovornost lekara za štetu“, *Zbornik radova: XXI vek – vek usluga i uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Kragujevac, 2020)

Parsons Christopher, „Moral Hazard in Liability Insurance“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, Nr. 3/2003.

Почуча Милан, Шаркић Небојша, Мрвић-Петровић Наташа, „Лекарска грешка као разлог правне одговорности лекара и здравствених установа“, *Војносанитетски преглед*, бр. 2/2013. (Počuča Milan, Šarkić Nebojša, Mrvić-Petrović Nataša, „Lekarska greška kao razlog

pravne odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova", *Vojnosanitetski pregled*, br. 2/2013)

Proso Maja, „Sustavi osiguranja od odštetne odgovornosti u zdravstvenoj delatnosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2/2009.

Радишић Јаков, *Медицинско ūраво*, Београд, 2008. (Radišić Jakov, *Medicinsko pravo*, Beograd, 2008)

Радишић Јаков, „Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања", *Ревија за ūраво осиīурања*, бр.1/2009. (Radišić Jakov, „Građanska odgovornost lekara koja proističe iz njihovog zanimanja", *Revija za pravo osiguranja*, br.1/2009)

Радишић Јаков, „Медицински стандард и одговорност лекара", *Правни живоū*, бр. 9/2008. (Radišić Jakov, „Medicinski standard i odgovornost lekara", *Pravni život*, br. 9/2008)

Радишић Јаков, *Облиīационо ūраво*, Београд, 2004. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004)

Samuels Alec, „Liability of the Employer, the Hospital or Other Medical Institution for the Wrongdoing of Employees", *Medico-Legal Journal*, Nr. 4/2005.

Сјенчић Марта, „Лекарска грешка – грађанско правни аспект", *Зборник радова Правноī факулūеūа у Нишу*, бр. 59/2012. (Sjenčić Marta, „Lekarska greška – građansko pravni aspekt", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 59/2012)

Schreiber H.L., „Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehler?", *Der medizinische Sachverständige*, Nr. 4/1976.

Тошић Ива, „Осигурање од лекарске одговорности", *Накнада шūеūе и осиīурање – савремени изазови* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Волфганг Рорбах), Зрењанин, 2017. (Tošić Iva, „Osiguranje od lekarske odgovornosti", *Naknada štete i osiguranje – savremeni izazovi* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Volfgang Rorbah), Zrenjanin, 2017)

Чоловић Владимир, „Осигурање од лекарске одговорности", *Сūрани ūравни живоū*, бр. 3/2010. (Čolović Vladimir, „Osiguranje od lekarske odgovornosti", *Strani pravni život*, br. 3/2010)

Чоловић Владимир, Петровић Здравко, Тешић Александар, „Осигурање професионалне одговорности лекара и осталих здравствених радника", *Војносанūеūски ūреīлед*, бр. 1/2015. (Čolović Vladimir, Petrović Zdravko, Tešić Aleksandar, „Osiguranje profesionalne odgovornosti lekara i ostalih zdravstvenih radnika", *Vojnosanitetski pregled*, br. 1/2015)

Шабић Смајо, „Осигурање од одговорности за штету причињену медицинском грешком као начин правне заштите у поступку лијечења“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 17/2016. (Šabić Smajo, „Osiguranje od odgovornosti za štetu pričinjenu medicinskom greškom kao način pravne zaštite u postupku liječenja“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 17/2016)

***Iva* TOŠIĆ**
Research Assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

***Jovana* MISAILOVIĆ**
Research Assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

LIABILITY OF THE MEDICAL INSTITUTION FOR MEDICAL MALPRACTICE AND LIABILITY INSURANCE

Summary

Medical errors are frequent in medical profession, especially having in mind the nature of this profession. In addition to the doctor himself or another medical worker (civil and criminal liability), the health institution where he is employed can also be held liable (exclusively civil liability) for medical error. In this case medical institution is responsible for the mistakes of its employees. Bearing in mind that compensation claims could be huge, liability insurance appears as a form of protection of the medical institution, as well as the patients.

In the first part of the paper, the authors analyse the concept of medical error as a basic condition for the liability of a medical institution. In the second part, they analyse main issues of the medical institution liability, as well as liability insurance.

Key words: *Medical Institution. – Medical Malpractice. – Employer's Liability. – Liability Insurance. – Damage Compensation.*

Датум пријема рада: 19. 8. 2022.
Датум прихватања рада: 2. 11. 2022.

УДК: 347.462:347.72.036 ; 347.725 ; 347.441.144.5
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_22410A

***Ивана* РАДОМИРОВИЋ**[*]
истраживач приправник Института за упоредно право у Београду, докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

***Амина* КАЈЕВИЋ**[**]
докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ПУНОМОЋЈЕ ЗА ГЛАСАЊЕ НА СКУПШТИНИ ЈАВНОГ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА – ОПШТИ ПОГЛЕД И МОГУЋНОСТ ЗЛОУПОТРЕБЕ

Сажетак

Предмет овог рада је пуномоћје за гласање на скупштини јавног акционарског друштва. Право на гласање путем пуномоћника представља важан елемент права гласа акционара, најважнијег управљачког права акционара. Циљ рада је да се нормативном анализом релевантних прописа сагледа постојећа регулатива пуномоћја за гласање, као и могућност злоупотребе овог начина гласања. Организовано прикупљање пуномоћја је питање које постаје актуелно у државама чланицама Европске уније, с обзиром на то да се на овај начин може стећи владајући утицај у друштву. Иако Директива о правима акционара не уређује

[*] Електронска адреса аутора: *i.radomirovic@iup.rs*. ORCID: https://orcid.org/0000–0001–8818–1464

[**] Електронска адреса аутора: *aminakajevic@yahoo.com*. ORCID: https://orcid.org/0000–0001–5821–8537

орīанизовано ӣрикуӣљање ӣуномоћја, ӣреамбула ове дирекӣиве указује на моīућносӣ злоуӣоӣребе ӣрава на īласање ӯӣем ӯуномоћника орīанизованим ӣрикуӣљањем ӯуномоћја. Резулӣаӣи исӣраживања ӣоказују да би pro futuro ӣребало размишљаӣи у ӣравцу реīулисања орīанизованоī ӣрикуӣљања ӯуномоћја, а ради сӣречавања злоуӣоӣреба īласања ӯӣем ӯуномоћника.

Кључне речи: *Пуномоћје за īласање. – Јавно акционарско друшӣво. – Орīанизовано ӣрикуӣљање ӯуномоћја. – Владајући уӣицај у друшӣву. – Заједничко деловање.*

I Увод

Добро корпоративно управљање подразумева ефикасно остваривање права на гласање путем пуномоћника.[1] Ово право се примењује од настанка права акционарских друштава.[2] Иако је тренд подстицања активизма акционара произвео друге начине гласања у одсуству, гласање преко пуномоћника још увек има велики практични значај, а чини се да још увек постоје отворена питања у вези са гласањем на овај начин.[3] Циљ рада је да се нормативном анализом релевантних позитивноправних прописа сагледа постојећа регулатива пуномоћја за гласање, као и могућност злоупотребе овог начина гласања.

У првом делу рада се анализирају релевантна правила Закона о привредним друштвима којима се уређује пуномоћје за гласање акционарског друштва. Поред анализе општих правила, у овом делу рада се посебно разматра забрана издавања неопозивог пуномоћја. У другом делу рада испитује се могућност злоупотребе овог начина гласања у српском праву путем организованог прикупљања пуномоћја за гласање. Тако, у овом делу рада се одређује појам организованог прикупљања пуномоћја, правни режим организованог прикупљања пуномоћја у упоредном праву, као и однос организованог прикупљања пуномоћја са сличним институтима. Од нарочитог значаја је анализа одговарајућих одредби Директиве о правима акционара, док се решења садржана у словеначком праву сагледавају и са аспекта имплементације у законодавство Републике Србије, у смислу евентуалног узора за нова законска решења.

1 Директива о правима акционара (*Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies*, *OJ* L 184, 14. 7. 2007), 2.

2 Вук Радовић, „Гласање писаним путем“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, 272.

3 Више о подстицању активизма акционара вид. Јелена Лепетић, „Активизам акционара“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2018, 105–123.

II Законско уређење пуномоћја за гласање

Како би се јасније и потпуније објаснила могућност злоупотребе пуномоћја за гласање на седници јавног акционарског друштва, потребно је претходно извршити анализу појма пуномоћја за гласање јавног акционарског друштва, и то разматрањем одредби Закона о привредним друштвима, којима се уређују појам, форма и садржина пуномоћја, те прописане услове у погледу личности пуномоћника. Такође, ради расветљавања појединих питања која се везују за могућност злоупотребе пуномоћја за гласање на скупштини јавног акционарског друштва, од значаја је осврнути се на питања која се тичу самог пуномоћја, попут (не)опозивости пуномоћја и степена обавезности упутстава датих у пуномоћју.

1. Општа правила

Пуномоћје за гласање је наслов члана 344 Закона о привредним друштвима који прописује могућност акционара да овласти одређено лице да у његово име и за његов рачун учествује у раду скупштине друштва.[4] Закон о привредним друштвима пуномоћје за гласање одређује као овлашћење дато за учешће у раду скупштине друштва, при чему се из формулације уочава да је учешћем у раду скупштине конзумирано и овлашћење за вршење гласачког права.[5] Тиме се решава потенцијална дилема обима овлашћења која се дају пуномоћјем за гласање, односно евентуално питање о томе да ли се пуномоћјем за гласање истовремено даје и овлашћење пуномоћнику да учествује у расправи о тачкама дневног реда, изношењу предлога и узимања речи на седници скупштине и другим начинима учествовања у раду скупштине.[6] Давањем пуномоћја за гласање, пуномоћнику се даје прилика да активним учешћем у расправи, изношењем аргумената и разлога у прилог одређеној одлуци, утиче на исход гласања у мери која превазилази оквире гласа једног члана друштва. Самим тим, потенцијал пуномоћника да утиче на одлуке донете на скупштини друштва је већи, па се зато каже да пуномоћје представља својеврсну „улазницу“

4 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 344 ст. 1.

5 ЗПД, чл. 344 ст. 1.

6 У теорији се наводи да се давање пуномоћја за гласање изједначава са давањем пуномоћја за постављање питања. Зоран Арсић, „Право акционара на постављање питања“, *Корпоративно управљање – други део* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Београд, 2009, 12.

на скупштину друштва оним лицима која нису чланови друштва, или то јесу у занемарљивом уделу.[7]

За разлику од Закона о облигационим односима, који се није изјаснио у погледу пословне способности пуномоћника,[8] Закон о привредним друштвима недвосмислено решава ово питање, прописујући да свако пословно способно лице може бити пуномоћник на основу пуномоћја за гласање.[9] Акционарском друштву је забрањено прописивање додатних услова, како у погледу личних својстава пуномоћника, тако и у погледу броја пуномоћника.[10] Ово правило се не односи на општи захтев Закона о привредним друштвима у погледу пословне способности пуномоћника, као ни на правила о неподобности одређених лица да заступају акционаре у вршењу права гласа, која су прописана ради избегавања сукоба интереса. Према Закону о привредним друштвима пуномоћник у акционарском друштву не може бити контролни акционар друштва; или лице које је под контролом контролног акционара; или директор или члан надзорног одбора друштва; или лице које има то својство у другом друштву које је контролни акционар друштва или у друштву које је под контролом контролног акционара; или запослени у друштву или лице које има то својство у другом друштву које је контролни акционар друштва или у друштву које је под контролом контролног акционара; или лице које се према Закону о привредним друштвима сматра повезаним лицем са физичким лицима која имају претходно наведена својства; или ревизор друштва или запослени у лицу које обавља ревизију друштва, или лице које има то својство у другом друштву које је контролни акционар друштва или у друштву које је под контролом контролног акционара.[11]

За разлику од претходног Закона о привредним друштвима, који није правио разлику између форме пуномоћја коју даје физичко лице

---

7 Antonija Zubović, „Organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini kao modalitet utjecanja na donošenje odluka u društvu – otvorena pitanja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* br. 1/2017, 245.

8 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020. У недостатку изричитог законског захтева да пуномоћник има пословну способност која се захтева за предузимање правног посла за који је овлашћен, довољно је да пуномоћник буде способан за расуђивање, те да разуме смисао и значај изјављене воље. Вид. Велисав Марковић, „О правном појму заступања", *Право – теорија и пракса*, бр. 4–6/2014, 29–41.

9 ЗПД, чл. 345 ст. 1.

10 ЗПД, чл. 344 ст. 3.

11 ЗПД, чл. 345 ст. 1–2.

и правно лице, актуелни Закон о привредним друштвима диференцира ова два случаја.[12] Ако пуномоћје за гласање на седници скупштине акционарског друштва даје правно лице, оно мора бити дато у писаној форми, а када га даје физичко лице у форми јавно оверене (легализоване) исправе, осим ако форма јавно оверене (легализоване) исправе није искључена статутом друштва.[13] У погледу форме, закон прописује посебно правило за јавно акционарско друштво. Тако, јавно акционарско друштво је дужно да обезбеди давање пуномоћја у електронској форми, снабдевено електронским потписом у складу са законом који уређује електронски потпис.[14]

Пуномоћје за гласање може бити дато за једну седницу скупштине, или може бити дато и без напомена у погледу тога на који број седница се односи. У том случају се сматра да је њиме дато овлашћење за гласање на свим седницама друштва које ће се одржати до протека времена на које је пуномоћје дато, односно до опозива.[15] У сваком случају, оно мора бити специјално, при чему може бити специјално на двојак начин, у облику посебног овлашћења за гласање на конкретно одређеној седници скупштине друштва, или у облику посебног овлашћења за гласање на свим седницама скупштине друштва до његовог истека.[16] Ако се друштво определило да пропише обавезно давање пуномоћја на унапред припремљеном формулару, који мора садржати и инструкције по свакој тачки дневног реда, то не значи да је неопходно да свако пуномоћје садржи упутства о вршењу овлашћења датих пуномоћјем. Акционарско друштво које пропише обавезно давање пуномоћја на формулару, у обавези је да могућност давања ограниченог пуномоћја предочи потенцијалним властодавцима, остављајући простор за изјашњење о свакој тачки дневног реда на самом пуномоћју. Упркос томе, властодавац може одлучити да се о тачкама дневног реда не изјасни и тиме учини пуномоћје неограниченим или, ако пуномоћје нуди такву могућност, означи да се пуномоћје даје без инструкција. Даље, инструкције за гласање могу бити дате и усмено.[17] Такође, уважавајући поделу ограниченог пуномоћја на императивна, индикативна и факултативна, према критеријуму обавезности упутстава датих у пуномоћју, Закон о

12 Према претходном Закону о привредним друштвима, у оба случаја је било потребно да се пуномоћје да у обичној писменој форми. Закон о привредним друштвима – Стари ЗПД, *Службени ɪласник РС*, бр. 125/2004, чл. 287 ст. 2.

13 ЗПД, чл. 344 ст. 6 и 7.

14 ЗПД, чл. 344 ст. 8 и 9.

15 ЗПД, чл. 344 ст. 19.

16 Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у ɪрађанско ɪраво*, 6. издање, Београд, 2007, 200.

17 В. Радовић, 275.

привредним друштвима прописује да је свако пуномоћје које садржи прецизна упутства императивно, те да је пуномоћник дужан да се датих упутстава строго придржава.[18]

2. (Не)опозивост пуномоћја за гласање

У складу са општим режимом пуномоћја који прописује Закон о облигационим односима, властодавац може дати неопозиво пуномоћје, тако што ће се уговором одрећи права да опозове пуномоћје (које је по својој природи преображајно).[19] Давањем неопозивог пуномоћја за гласање постигле би се фактичке последице преноса гласачког права са властодавца (акционара) на пуномоћника, иако би пуномоћник формално и даље вршио гласачко право у име и за рачун властодавца, као имаоца акције из које је гласачко право деривирано. Арсић наводи да је неопозиво пуномоћје погођено санкцијом ништавости, те да нема простора за примену члана 92 Закона о облигационим односима.[20] Међутим, пуномоћје по природи ствари може опстати без одредбе којом је предвиђена његова неопозивост, те делује прихватљивије идеја да ништавост одредбе о неопозивости пуномоћја не повлачи за собом ништавост пуномоћја у преосталом делу. Штавише, у случају да је пуномоћје дато ради избегавања правила о непреносивости гласачког права из акције, према правилима Закона о облигационим односима, уговор (или други правни посао) ће остати на снази, ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора, али је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње.[21] Ништавост пуномоћја у целини водила би последично ништавости свих одлука скупштине која су дата уз глас пуномоћника, иако је пуномоћник имао овлашћење да врши гласачко право. Стога, сматрамо сврсисходнијом примену правила из члана 105 Закона о облигационим

18 ЗПД, чл. 344 ст. 14.

19 Иако чл. 92 ЗОО говори о уговорном одрицању од права, ова одредба се, у складу са одредбом чл. 25 ст. 3 ЗОО, сходно примењује и на друге правне послове, укључујући и пуномоћје, тако да се одрицање од права да се опозове пуномоћје може учинити и самим пуномоћјем, а не само уговором.

20 Зоран Арсић, „Вршење права гласа преко пуномоћника", *Право и привреда*, бр. 5–8/2007, 22–23, 70. Са друге стране, у литератури се наводи да је издавање неопозивог пуномоћја „забрањено", без изношења правних последица повреде ове забране. Вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд, 2020, 525. Такође, континентална судска пракса прихвата став да је споразум о неопозивом пуномоћју забрањен. Мирко Васиљевић, *Привредна друштва – Домаће и упоредно право*, Београд, 1999, 300.

21 ЗОО, чл. 105 ст. 2.

односима који уређује институт делимичне ништавости, а у складу са принципом тежње очувања правног посла, пошто пуномоћје може да остане на снази и без одредбе о његовој неопозивости.

Одвојено питање које се може поставити поводом опозивости пуномоћја је следеће: да ли се и у којој мери забраном неопозивих пуномоћја постиже циљ ради кога је забрана прописана? Када у пуномоћју за гласање није наведено да се даје само за једну седницу скупштине, сматраће се да оно важи до истека рока на који је дато, или до опозива. Дакле, ако пуномоћје није дато на одређени рок, сматраће се да важи до опозива.[22] Међутим, акционар може неопозивањем опозивог пуномоћја постићи исто дејство као и неопозивим пуномоћјем. Акционару се не може наметнути обавеза да пуномоћје опозове, те такво пуномоћје може бити *de facto* неопозвано, исто као да је неопозиво. На тај начин фактички долази до преноса гласачког права из акције. Из наведеног се може закључити да се забрана издавања неопозивог пуномоћја може једноставно заобићи трајним неопозивањем опозивог пуномоћја.

III Могућност злоупотребе пуномоћја за гласање организованим прикупљањем пуномоћја

Ради детаљног испитивања могућности злоупотребе пуномоћја за гласање организованим прикупљањем пуномоћја неопходно је, пре свега, дефинисати појам организованог прикупљања пуномоћја. Затим, потребно је анализирати правни режим овог поступка. На крају, услед недостатка домаће регулативе организованог прикупљања пуномоћја у раду се овај поступак пореди са сличним институтима, који су уређени у домаћем законодавству.

1. Појам организованог прикупљања пуномоћја

Организовано прикупљање пуномоћја представља поступак којим лице прикупља пуномоћја за гласање, која не садрже упутства за гласање, од више акционара ради вршења утицаја на одлуке које се доносе на скупштини друштва.[23] Услов који мора да буде испуњен како би пуномоћник на овај начин могао утицати на одлуке скупштине је да

22 Другачије решење је садржао стари Закон о привредним друштвима, који је отворено показивао преференцију ка пуномоћјима која су ограничена на једну скупштину. Иако из законске формулације није произлазила забрана давања неограниченог пуномоћја, пуномоћје се по правилу давало за једну скупштину, или евентуално поновљену скупштину. Стари ЗПД, чл. 287 ст. 4.

23 A. Zubović, 243.

дато пуномоћје не садржи упутство за гласање, већ да је пуномоћник овлашћен да донесе одлуку о томе како ће гласати на седници скупштине.[24] У правним системима који уређују организовано прикупљање пуномоћја одређује се праг у погледу броја акционара које пуномоћник заступа, који мора бити достигнут како би се сматрало да се ради о организованом прикупљању пуномоћја. Висина овог прага би требало да буде одређена у складу са структуром капитала у одређеном правном систему. Ако се ради о правном систему у ком је заступљена дисперзована структура капитала, праг би требало да буде виши. Супротно, ако се ради о правном систему са доминантно концентрисаном структуром капитала, праг би требало да буде нижи. Циљ организованог прикупљања пуномоћја може да буде различит. Међутим, лице које организовано прикупља пуномоћја најчешће има за циљ да стекне владајући утицај у друштву ради спровођења промене у пословању друштва, и то пре свега промену управе друштва.[25]

Владајући утицај је утицај који омогућава контролу над пословањем друштва.[26] Уобичајени начини стицања овог утицаја су путем стицања учешћа у основном капиталу акционарског друштва, заједничким деловањем са другим члановима друштва или стицањем права на именовање чланова управе друштва.[27] Закон о привредним друштвима садржи претпоставку према којој лице има владајући утицај када има капитал учешће, самостално или са другим лицима са којима заједнички делује, веће од 50% гласачких права у друштву (већинско учешће).[28] Ипак, у зависности од распршености акција, могуће је

24 *Ibid.*, 244.

25 Један од најпознатијих случајева организованог прикупљања пуномоћја се догодио у Француској, у друштву *Eurotunnel*. *Eurotunnel* је француско-британско привредно друштво које је имало концесију за изградњу тунела између Велике Британије и Француске, а које су 2004. године задесиле финансијске потешкоће. Акционар овог друштва, француски политичар и акционар-активиста (енг. *shareholder activist*), Николас Миге (*Nicolas Miguet*) је успео да прикупи пуномоћја од стране акционара који су представљали чак 63,42% гласова, након чега је изгласана одлука о промени управе друштва. Више о овом случају вид.: *https://www.iflr.com/article/2a63rlc2bjc23phq02ups/will-eurotunnel-inspire-french-proxy-battles?ArticleId=1978723*, 19. 7. 2022.

26 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 170.

27 *Ibid.*, 170–171. Учешће у основном капиталу друштва се може стећи непосредном куповином пакета акција, директно од већ постојећег „владаоца", или куповином акција ради формирања контролног пакета акција, посредно, од већег броја малих акционара. Зоран Арсић, „Преузимање контроле као облик надзора над радом пословодног органа", *Право и привреда*, бр. 11–12/1995, 22–23.

28 ЗПД, чл. 62 ст. 6 ЗПД за владајући утицај у друштву користи израз „контрола". Оваква терминологија је двоструко погрешна. Прво, основно значење термина контрола у српском језику је надзор, а не управљање. Како се термин контрола у

остваривати владајући утицај у друштву и са гласачким правима која су мања од 50%.[29] У литератури се наводи да се владајући утицај мери могућношћу разрешавања и именовања чланова управе.[30] Овакав став прихвата и Закон о привредним друштвима, те прописује да контрола (владајући утицај) подразумева право или могућност једног лица да, самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора.[31]

Имајући у виду горенаведену могућност, може се поставити питање да ли се организованим прикупљањем пуномоћја избегава примена посебних правила којима је уређен положај лица са владајућим утицајем у друштву. Значај одређења лица које има владајући утицај у друштву се огледа у томе што се на та лица примењује посебан, строжи правни режим, заснован на идеји да они морају бити одговорни за одлуке које доносе у друштву вршењем владајућег утицаја.[32] Такав посебан правни режим лица са владајућим утицајем у друштву прописује и српско позитивно право. Закон о привредним друштвима прописује да лица са значајним капитал учешћем у друштву (преко 25% права гласа, сами или са лицима са којима заједно делују) и лица са владајућим утицајем у друштву (закон користи термин „контролни чланови“) имају посебне дужности према друштву, као што су дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције.[33] Истовремено, Закон о преузимању прописује обавезу истицања понуде за куповину осталих акција друштва. Према овом закону, лице које непосредно или посредно, самостално или заједнички делујући, стекне акције с правом гласа циљног друштва, тако да заједно са акцијама које је већ имало, пређе праг од 25% акција с правом гласа

ЗПД-у употребљава како би се означило управљање друштвом, а не надзор, овакав избор термина је погрешан. Поред тога, израз контрола представља англицизам, због чега сматрамо да је целисходније уместо тога користити израз српског језика – владајући утицај. Овај израз се употребљава у домаћој теорији, вид. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 494.

29 *Ibid*., 494.

30 Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд, 2007, 16.

31 ЗПД, чл. 62 ст. 4.

32 María Gutiérrez, Maribel Sáez Lacave, „Strong shareholders, weak outside investors“, *Journal of Corporate Law Studies*, Nr. 2/2018, 13.

33 ЗПД, чл. 65, 69, 72 и 75. Постоје мишљења да посебне дужности имају и сви пуномоћници друштва. Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад, 2018, 68.

циљног друштва (контролни праг) обавезно је да истакне јавну понуду за куповину преосталих акција циљног друштва, по правичној цени.[34] Поред тога, Закон о тржишту капитала прописује обавезу сваког лица да обавести Комисију за хартије од вредности у року од четири дана након што достигне, пређе или падне испод 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% и 75% права гласа у акционарском друштву чијим се акцијама тргује на регулисаном тржишту, односно на мултилатералној трговачкој платформи.[35]

Као што је претходно напоменуто, члан 345 Закона о привредним друштвима прописује да пуномоћник мора бити пословно способно лице. Поред тога, пуномоћник не може бити ни лице које, према својој постојећој позицији и статусу који има у односу на друштво, има могућност да злоупотреби своју позицију пуномоћника, или да врши своја овлашћења из пуномоћја на начин противан интересима друштва.[36] Отуда је „контролном акционару друштва или лицу које је под контролом контролног акционара друштва" забрањено да буде пуномоћник акционара.[37] Дакле, Закон о привредним друштвима забрањује да лице са владајућим утицајем у друштву буде пуномоћник акционара. Поред тога, тумачењем члана 345 Закона о привредним

34 Закон о преузимању акционарских друштава – ЗОП, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 107/2009, 99/2011 и 108/2016, чл. 6 ст. 1. У српском праву је прихваћен растући систем обавезне понуде преузимања, почев од прага од 25% капитал учешћа. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – Изабране теме*, Београд, 2013, 71. Након преласка прага од 25% капитал учешћа (тзв. контролни праг) и објављивања понуде за преузимање у складу са наведеном одредбом, стицалац је обавезан да објави понуду за преузимање када, самостално или заједнички делујући, непосредним или посредним стицањем акција са правом гласа циљног друштва повећа проценат права гласа за више од 10% (тзв. додатни праг). Затим, Закон о преузимању познаје и коначни праг, када је стицалац обавезан да објави понуду за преузимање ако, самостално или заједнички делујући, непосредним или посредним стицањем акција са правом гласа циљног друштва повећа учешће за мање од 10%, ако тим стицањем прелази праг од 75% права гласа. ЗОП, чл. 6 ст. 1–2.

35 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020 и 153/2020, чл. 57 ст. 1.

36 Директива о правима акционара као једину сврху због које се може ограничити вршење права акционара преко пуномоћника управо наводи решавање сукоба интереса, те *exempli causa* наводи случајеве у којима нарочито може доћи до сукоба интереса, што су уједно и једина ограничења предвиђена ЗПД-ом. То је, поред пословне способности, једино ограничење допуштено Директивом о правима акционара које се тиче личности пуномоћника. Поред тога, Директива овлашћује државе чланице и да пропишу ограничење у погледу трајања пуномоћја, које могу ограничити на једну скупштину или више скупштина организованих у одређеном периоду. Директива о правима акционара, чл. 10.

37 ЗПД, чл. 345 ст. 2 тач. 1.

друштвима може се закључити да пуномоћник за заступање на седници акционарског друштва не мора бити акционар друштва, с обзиром на то да својство акционара није прописано као услов у погледу личности пуномоћника.[38] Према томе, лице које организованим прикупљањем пуномоћја може да стекне владајући утицај у друштву може бити лице које нема имовински интерес у друштву. Штавише, пуномоћник који организованим прикупљањем пуномоћја стекне владајући утицај у друштву може имати супротстављене интересе од интереса друштва, примера ради, ако на овај начин владајући утицај у друштву стекне поверилац друштва. Тиме се омогућава да се владајући утицај у друштву нађе у „рукама" повериоца друштва, којег при том не терети ни једна обавеза која се примењује на „владаоце" друштва. Такво лице је ограничено законском обавезом да као пуномоћник гласа савесно и у најбољем интересу акционара када пуномоћје не садржи упутство.[39] С обзиром на то да се организовано прикупљање пуномоћја заснива на скупљању пуномоћја од већег броја мањинских акционара, пуномоћник ће као оправдање за то што гласа за сваког акционара на исти начин навести да сви његови властодавци, као мањински акционари, имају исти интерес, те да је из тог разлога оправдано да за сваког од њих гласа на исти начин. Ово посебно ако је остатак акција концентрисан у власништву једног лица, или једне групе лица која заједнички делују, а коме се пуномоћник супроставља. У том случају, пуномоћник може аргументовати да је он поступао у најбољем интересу сваког свог властодавца, поступајући као заштитник мањинских акционара.

2. Правни режим организованог прикупљања пуномоћја

Правни режим организованог прикупљања пуномоћја у већини правних система још увек није посебно уређен, већ се на њега примењују општа правила прописана за гласање путем пуномоћника. Ипак, постоје правни системи који прописују посебна правила која се примењују на поступак организованог прикупљања пуномоћја.[40] Стога, у наставку рада ће бити изложена законска решења организованог прикупљања пуномоћја у праву Републике Србије, Европске уније и Републике Словеније.

38 ЗПД, чл. 345.

39 ЗПД, чл. 344 ст. 14.

40 A. Zubović, 249.

а) Правни режим орīанизованоī ūрикуūљања ūуномоћја у срūском ūраву и ūраву Европске уније

Закон о привредним друштвима не регулише организовано прикупљање пуномоћја. Међутим, Закон о привредним друштвима садржи једну одредбу којом уређује ситуацију када пуномоћник заступа више акционара. Према тој одредби пуномоћник који заступа више акционара може вршити право гласа различито за сваког од њих.[41]

На нивоу Европске уније, право на гласање путем пуномоћника је уређено Директивом о правима акционара, која не садржи посебна правила о организованом прикупљању пуномоћја. Ипак, у 10. тачки преамбуле ове директиве се указује на могућност злоупотребе гласања путем пуномоћника организованим прикупљањем пуномоћја.[42] У том делу се наглашава да би државе чланице требало да обезбеде одговарајуће мере које би осигурале да пуномоћник поступа искључиво у интересу акционара.[43] Мере против злоупотребе права на гласање путем пуномоћника подразумевају прописивање посебног режима за лица која активно прикупљају пуномоћја или која су прикупила значајан број пуномоћја.[44] Дакле, иако Директива о правима акционара не уређује организовано прикупљање пуномоћја, она препознаје да постоји могућност злоупотребе права на гласање путем пуномоћника, те препоручује државама чланицама да својим националним законодавствима ово питање уреде. Од држава чланица Европске уније, детаљнија правила о организованом прикупљању пуномоћја усвојила су Италија, Француска и Словенија.[45] У литератури се наводи да се и у осталим државама члани-

41 ЗПД, чл. 346.

42 Директива о правима акционара, 2.

43 Директива о правима акционара, 2.

44 Директива о правима акционара, 2.

45 У италијанском праву општа правила о организованом прикупљању пуномоћја садржи Грађански законик у члану 2372. Према релевантној одредби овог члана, пуномоћник на седници друштва не може заступати више од двадесет акционара, односно ако је реч о друштвима која делују на тржишту ризичног капитала, више од 50 акционара ако основни капитал друштва није већи од пет милиона евра, више од 100 акционара ако је основни капитал друштва између пет милиона евра и 25 милиона евра, те више од 200 акционара, ако друштво има основни капитал већи од 25 милиона евра. Италијански Грађански законик из 1942. године (итал. *Codice Civile*), чл. 2372 ст. 6. Поред ових општих одредби, италијански Консолидовани Закон о финансијама садржи посебне одредбе којима се уређује организовано прикупљање пуномоћја за гласање у друштвима чије се акције котирају на организованом тржишту капитала. Италијански Консолидовани Закон о финансијама из 1998. године (итал. *Testo Unico della Finanza*), чл. 136–144. Са друге стране, француски Трговачки законик прописује да ко активно прикупља

цима Европске уније поставља питање потребе уређења организованог прикупљања пуномоћја.[46] У наставку рада ће бити посебно анализирана правила која постоје у словеначком правном систему, имајући у виду историјску блискост овог правног система са домаћим.

б) Правила словеначкоī ūрава о орīанизованом ūрикуūљању ūуномоћја

Словеначки позитивноправни прописи организовано прикупљање пуномоћја уређују Законом о привредним друштвима и Законом о преузимању. Општа правила су прописана словеначким Законом о привредним друштвима. Према релевантним одредбама овог закона, финансијске организације, удружења чланова и друга лица која намеравају да на седници скупштине остварују гласачка права на основу пуномоћја прикупљених у поступку организованог прикупљања пуномоћја, морају бити овлашћена у писаном облику.[47] Затим, закон дефинише да се организованим прикупљањем пуномоћја сматра свако прикупљање пуномоћја усмерено према више од 50 акционара јавног акционарског друштва који су власници акција са правом гласа.[48] Словеначки закон као критеријум прописује број акционара према којима је прикупљање пуномоћја усмерено, а не број акционара које пуномоћник заиста заступа. То значи да је довољно да је пуномоћник понудио услуге заступања прописаном броју акционара, али не и да је нужно да оволико акционара он заиста и заступа. Даље, закон прописује да пуномоћје дато у поступку организованог прикупљања пуномоћја важи само за једну седницу скупштине, те да мора садржати предлоге одлука, као и предлог пуномоћника о начину гласања по сваком од предлога одлуке. Поред тога, пуномоћје мора да садржи и позив акционару да да инструкције за гласање, са обавештењем да ће пуномоћник гласати у складу са својим предлозима, који морају бити образложени у пуномоћју, ако акционар не да упутства за гласање, као и обавештење да акционар може опозвати

пуномоћја за гласање, на начин да посредно или непосредно предлаже једном или више акционара да му да пумоћје за гласање, дужан је да на својим интернет страницама објави политику гласања. Политика гласања мора да садржи намеру како ће пуномоћник гласати за поједине тачке дневног реда, те ће се сматрати да је властодавац пристао на такво гласање ако није дао другачија упутства. Француски Трговачки законика из 2000. године (франц. *Code de Commerce*), чл. L225–106–2 и R225–82–3.

46 A. Zubović, 243.

47 Словеначки Закон о привредним друштвима из 2011. године (*Zakon o gospodarskih družbah*; даље у фуснотама: ЗГД), чл. 310 ст. 1.

48 ЗГД, чл. 310 ст. 2.

пуномоћје у било које време.[49] На крају, закон прописује и да је пуномоћје дато у супротности са наведеним одредбама ништаво.[50]

Поред Закона о привредним друштвима, а на основу одредбе овог закона која прописује да се посебним законом организовано прикупљање пуномоћја може другачије уредити, Закон о преузимању садржи посебне одредбе о организованом прикупљању пуномоћја.[51] Закон о преузимању у члану којим дефинише заједничко деловање, између осталог, прописује да се остваривање права гласа на основу пуномоћја које је дато у поступку организованог прикупљања пуномоћја, а према закону којим се уређују привредна друштва, не сматра заједничким деловањем.[52] Изузетно, сматраће се заједничким деловањем организовано прикупљање пуномоћја ако служи искључиво за прикривање споразума чији је циљ да стекне или ојача контролу над циљним друштвом.[53] О намери, разлозима и начину организованог прикупљања пуномоћја, пуномоћник је дужан да унапред обавести Агенцију за тржиште хартија од вредности. Ако то не учини, сматраће се да такво организовање служи искључиво за прикривање заједничког деловања.[54] Из наведених одредби словеначког Закона о преузимању произлази да организовано прикупљање пуномоћја може, али и не мора бити начин стицања владајућег утицаја у друштву. Словеначки законодавац уводи претпоставку да организовано прикупљање пуномоћја представља заједничко деловање према Закону о преузимању, ако о њему није обавештена Агенција за хартије од вредности. Међутим, и када је лице које намерава организовано да прикупља пуномоћје о томе обавестило Агенцију за хартије од вредности у складу са овим законом, Агенција за хартије од вредности може на основу обавештења тог лица утврдити да се ради о заједничком деловању, односно да организовано прикупљање пуномоћја служи искључиво за прикривање споразума за стицање или ојачавање контроле над друштвом.

Упркос томе што словеначко право садржи одредбе којима се уређује организовано прикупљање пуномоћја, овом решењу се може упутити критика. Решење словеначког права је проблематично јер уређује организовано прикупљање пуномоћја само са аспекта права преузимања, занемарујући други институт тржишта капитала, обавезу обавештавања

49 ЗГД, чл. 310 ст. 3.

50 ЗГД, чл. 310 ст. 5.

51 ЗГД, чл. 310 ст. 6.

52 Словеначки Закон о преузимању из 2006. године (*Zakon o prevzemih*; даље у фуснотама: словеначки Закон о преузимању), чл. 8 ст. 8.

53 Словеначки Закон о преузимању, чл. 8 ст. 8.

54 Словеначки Закон о преузимању, чл. 8 ст. 8.

о промени у капитал учешћу, коју садржи и словеначки Закон о трговини финансијским инструментима.[55] Такође, словеначки Закон о привредним друштвима не садржи одредбе којима би акционари који организованим прикупљањем пуномоћја стекну или ојачавају владајући утицај у друштву били носиоци посебних дужности према друштву. Због тога се може закључити да је мана словеначке регулативе организованог прикупљања пуномоћја то што је овај институт сагледан једнодимензионално. Решења словеначког Закона о привредним друштвима се могу оценити као добра, али се чини да би организовано прикупљање пуномоћја требало додатно регулисати са статусноправног аспекта, али и са аспекта Закона о трговини финансијским инструментима.

3. Однос са сличним институтима

Како се организованим прикупљањем пуномоћја може стећи владајући утицај у друштву, оно има сличности са поступком преузимања и заједничким деловањем. Ради бољег разумевања организованог прикупљања пуномоћја, у наставку рада ће се указати на однос организованог прикупљања пуномоћја са овим начинима стицања владајућег утицаја у друштву.

а) Орīанизовано ūрикуūљање ūуномоћја и ūосūуūак ūреузимања акционарскоī друшūва

Преузимање друштва је скуп радњи којим једно лице стиче владајуће учешће у капиталу и управљању привредног друштва, потискујући дотадашњег „владаоца".[56] Преузимање се разликује од организованог прикупљања пуномоћја по неколико основа. Прво, преузималац увек стиче или повећава капитал учешће у том друштву, до чега не долази приликом организованог прикупљања пуномоћја. Дакле, преузимање подразумева промену власничке структуре циљног друштва, до које не долази организованим прикупљањем пуномоћја за гласање.[57] Ово указује на другу значајну разлику ова два модалитета стицања владајућег утицаја, а то је да је организовано прикупљање пуномоћја за гласање јефтиније од преузимања.[58] Поступак преузимања

55 Словеначки Закон о трговини финансијским инструментима из 2018. године (*Zakon o trgu finančnih instrumentov*), чл. 141–150.

56 Н. Јовановић, 494.

57 A. Zubović, 244.

58 Edgardo Ricciardiello, „La nuova disciplina in materia di sollecitazione delle deleghe di voto: inizia la stagione italiana dei proxy fights?", *Giurisprudenza Commerciale*, Nr. 1/2012, 172.

је скуп поступак јер преузималац мора да купи све акције по истој цени, при чему може бити принуђен и да повећа понуђену цену ако се током поступка појави конкурентска понуда.

Трећа разлика између преузимања и организованог прикупљања пуномоћја се огледа у томе што је организовано прикупљање пуномоћја неформалан поступак, док преузимање може бити и формалан и неформалан (стихијски) поступак. Када једно лице стихијском куповином акција прекорачи прописани праг, настаје обавеза упућивања понуде за куповину осталих акција друштва, чиме неформални поступак преузимања постаје формалан. Тај поступак се спроводи по правилима права преузимања, што указује на још једну разлику између организованог прикупљања пуномоћја и преузимања, а то је да се на преузимање примењује посебан правни режим.[59] Са друге стране, за организовано прикупљање пуномоћја не постоје посебна правила у домаћем законодавству.

б) Орīанизовано ӣрикуӣљање ӣуномоћја и заједничко деловање

Ради избегавања обавеза која терете лица која имају владајући утицај у друштву, могуће је да се образује група акционара који сложно наступају и предузимају радње у циљу вршења владајућег утицаја на управљање и пословање друштва.[60] Споразум између ових лица може бити изричит (писани или усмени) или прећутан. Дакле, чак и ако једно лице самостално нема владајући утицај у друштву, споразумним деловањем са осталим члановима друштва може да га стекне. Из тог разлога се установљава фикција према којој се лица која наступају заједнички сматрају једним лицем у погледу обавеза прописаних компанијскоправним законом, као и законима којима се уређује преузимање и тржиште капитала. Закон о привредним друштвима, Закон о преузимању и Закон о тржишту капитала на различит начин дефинишу заједничко деловање.[61] То значи да у различитим областима постоје различити критеријуми за одређивање да ли се понашање групе лица може сматрати заједничким деловањем.[62]

---

59 Сматра се да поступак преузимања „представља један посебан правни амбијент у коме општа правила права акционарских друштава не пружају адекватну заштиту." В. Радовић (2007), 5. Више о правном режиму поступка преузимања вид. Н. Јовановић, 497.

60 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 171.

61 Вук Радовић, „Недединствен појам заједничког деловања", *Усклађивање ӣословноī ӣрава Србије са ӣравом Европске уније (2019)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2019, 24–30.

62 Постојање чак три дефиниције заједничког деловања у српском праву се објашњава неспретном имплементацијом директива Европске уније које неуједначено уређују

Сличност заједничког деловања са организованим прикупљањем пуномоћја се огледа у томе што у оба случаја долази до агрегације гласачких права више акционара. Ипак, организовано прикупљање пуномоћја је шири појам од заједничког деловања, јер се оно може сматрати заједничким деловањем када служи за прикривање споразума о заједничком деловању, али може представљати и вид активизма акционара. Да би се одредило да ли се у конкретном случају ради о прикривању споразума о заједничком деловању или о дозвољеном активизму акционара, потребно је утврдити циљ организованог прикупљања пуномоћја. Ако је циљ такве активности стицање владајућег утицаја у друштву, може се сматрати да се организованим прикупљањем пуномоћја прикрива споразум о заједничком деловању (ако испуњава и остале услове за заједничко деловање прописане примењивим законом). Са друге стране, организовано прикупљање пуномоћја ће представљати један од видова активизма акционара ако је мотивисано неким другим циљем, а не стицањем владајућег утицаја у друштву. Примера ради, то би био случај када би акционари организованим прикупљањем пуномоћја желели да врше притисак на лице које има владајући утицај у друштву.[63]

Ситуација се проблематизује онда када акционари нису обавештени о намери пуномоћника да организованим прикупљањем пуномоћја оствари владајући утицај на друштво јер се тада овлашћивање истог пуномоћника не може квалификовати као заједничко деловање, али ни као активизам акционара. Ако пуномоћник организованим прикупљањем пуномоћја стекне владајући утицај у друштву, без знања акционара које заступа, поставља се питање на кога се могу применити строжа правила прописана за лице са владајућим утицајем у друштву? У том случају лице које има владајући утицај или нема капитал учешће у друштву, или ако има капитал учешће у друштву, то учешће не прелази прописане прагове. У оваквој ситуацији постоји правна празнина, јер лице које *de facto* има владајући утицај у друштву не терети ниједна од обавеза које иначе имају лица са владајућим утицајем.

појам заједничког деловања. Док се Директива о преузимању бави заједничким деловањем у контексту преузимања корпоративне контроле, Директива о транспарентности појам заједничког деловања посматра са аспекта ширег корпоративног утицаја. Riccardo Ghetti, „Acting in Concert in EU Company Law: How Safe Harbours can Reduce Interference with the Exercise of Shareholder Rights", *European Company and Financial Law Review*, Nr. 4/2014, 601. Имплементацијом различитих решења ових директива у српско право настале су три дефиниције заједничког деловања. В. Радовић (2019), 27.

63 E. Ricciardiello, 172.

IV Закључак

Упркос томе што дуга традиција употребе пуномоћја, института грађанског права, у компанијскоправном окружењу наводи на закључак да су сва питања у вези са овим начином гласања стављена *ad acta*, претходна анализа показује да постоје још нека отворена питања која је потребно размотрити. Питања која су традиционално обрађивана у оквирима грађанског права, попут питања форме пуномоћја, обавезности инструкција садржаних у пуномоћју и његове опозивости, добијају нову димензију у сфери компанијског права, те захтевају и нарочиту анализу.

У раду се указује на могућност злоупотребе пуномоћја ради избегавања обавеза која терете лица са владајућим утицајем у јавном акционарском друштву, а које се односе на посебне дужности, обавезу истицања јавне понуде и обавезу обавештавања о промени капитал учешћа у друштву. Сврха ових обавеза је заштита интереса друштва и интереса акционара јавног акционарског друштва. Стога, непримењивање ових обавеза на лице које је организованим прикупљањем пуномоћја постало „владалац" друштва, угрожавају се и интереси друштва и интереси акционара друштва. Српско позитивноправно законодавство не уређује питање организованог прикупљања пуномоћја, те таква правна празнина ствара могућност злоупотребе. До злоупотребе још увек није дошло у пракси, што се може приписати неразвијености српског тржишта капитала. Упркос томе, чини се да би *de lege ferenda* требало размишљати у правцу уређења организованог прикупљања пуномоћја, а ради превенирања потенцијалних злоупотреба. У прилог томе говори и чињеница да нејасне границе између заједничког деловања и било ког облика активизма акционара демотивишу акционаре да активно учествују у управљању друштвом. У том смислу, пример словеначке регулативе би могао да послужи као драгоцен оријентир домаћем законодавцу. Ипак, препорука домаћем законодавцу би била да уређењу организованог прикупљања пуномоћја приступи систематски, а не једнодимензионално, као што је то учињено у словеначком праву. Уређење организованог прикупљања пуномоћја представља облик превентивног деловања који, осим што спречава злоупотребе, може подстицати активизам акционара, који представља важан елемент корпоративног управљања.

Коришћена литература

Арсић Зоран, „Вршење права гласа преко пуномоћника“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2007. (Arsić Zoran, „Vršenje prava glasa preko punomoćnika“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2007)

Арсић Зоран, „Право акционара на постављање питања“, *Корпоративно управљање – други део* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Београд, 2009. (Arsić Zoran, „Pravo akcionara na postavljanje pitanja“, *Korporativno upravljanje – drugi deo* (ur. Mirko Vasiljević, Vuk Radović), Beograd, 2009)

Арсић Зоран, „Преузимање контроле као облик надзора над радом пословодног органа“, *Право и привреда*, бр. 11–12/1995. (Arsić Zoran, „Preuzimanje kontrole kao oblik nadzora nad radom poslovodnog organa“, *Pravo i privreda*, br. 11–12/1995)

Арсић Зоран, Марјански Владимир, *Право привредних друштава*, Нови Сад, 2018. (Arsić Zoran, Marjanski Vladimir, *Pravo privrednih društava*, Novi Sad, 2018)

Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – Изабране теме*, Београд, 2013. (Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje – Izabrane teme*, Beograd, 2013)

Васиљевић Мирко, *Привредна друштва – Домаће и упоредно право*, Београд, 1999. (Vasiljević Mirko, *Privredna društva – Domaće i uporedno pravo*, Beograd, 1999)

Ghetti Riccardo, „Acting in Concert in EU Company Law: How Safe Harbours can Reduce Interference with the Exercise of Shareholder Rights“, *European Company and Financial Law Review*, Nr. 4/2014.

Gutiérrez María, Sáez Lacave Maribel, „Strong shareholders, weak outside investors“, *Journal of Corporate Law Studies*, Nr. 2/2018.

Zubović Antonija, „Organizirano prikupljanje punomoći za glasovanje na glavnoj skupštini kao modalitet utjecanja na donošenje odluka u društvu – otvorena pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* br. 1/2017.

Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Београд, 2009. (Jovanović Nebojša, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih subjekata*, Beograd, 2020)

Лепетић Јелена, „Активизам акционара“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2018. (Lepetić Jelena, „Aktivizam akcionara“, *Pravo i privreda*, br. 10–12/2018)

Марковић Велисав, „О правном појму заступања“, *Право – теорија и пракса*, бр. 4–6/2014. (Marković Velisav, „O pravnom pojmu zastupanja“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4–6/2014)

Радовић Вук, „Гласање писаним путем“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008. (Radović Vuk, „Glasanje pisanim putem“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008)

Радовић Вук, „Нејединствен појам заједничког деловања“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2019)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2019. (Radović Vuk, „Nejedinstven pojam zajedničkog delovanja“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2019)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2019)

Радовић Вук, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*, Београд, 2007. (Radović Vuk, *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd, 2007)

Ricciardiello Edgardo, „La nuova disciplina in materia di sollecitazione delle deleghe di voto: inizia la stagione italiana dei proxy fights?“, *Giurisprudenza Commerciale*, Nr. 1/2012.

Станковић Обрен, Водинелић Владимир В., *Увод у грађанско право*, 6. издање, Београд, 2007. (Stanković Obren, Vodinelić Vladimir V., *Uvod u građansko pravo*, 6. izdanje, Beograd, 2007)

***Ivana* RADOMIROVIĆ, LL.M**
Research Assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade, PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

***Amina* KAJEVIĆ, LL.M**
PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

PROXY VOTING AT THE GENERAL MEETING OF A PUBLIC JOINT STOCK COMPANY – GENERAL VIEW AND POSSIBILITY OF ABUSE

Summary

This paper analyses proxy voting at the general meeting of a public joint stock company. Proxy voting is an important element in exercising the shareholder's right to vote, the most important right of the shareholder. This article aims to analyse regulation of proxy voting, and possibility of its abuse through proxy solicitation, using a normative analysis of relevant regulations. Proxy solicitation is an issue that is becoming notable in the member states of the European Union, as it can serve for gaining a controlling influence in the company. Although Shareholders' Rights Directive does not regulate proxy solicitation, preamble of this directive indicates the possibility of abuse of proxy voting by proxy solicitation. The results of the research show that regulating proxy solicitation shall be considered, in order to prevent its abuse.

Key words: *Proxy Voting. – Public Joint Stock Company. – Controlling Influence. – Acting in Concert.*

Датум пријема рада: 7. 8. 2022.
Датум исправке рада: 21. 11. 2022.
Датум прихватања рада: 15. 12. 2022.

УДК: 347.44(4-672EU) ; 339.13
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_224011A

Николина* ТОМОВИЋ
сарадница у настави Универзитета Црне Горе – Правног факултета, Црна Гора

ПРИМЈЕНА ПРАВИЛА УГОВОРНОГ ПРАВА ПРИ ТУМАЧЕЊУ ТРЕНУТКА ЗАКЉУЧЕЊА РЕСТРИКТИВНИХ СПОРАЗУМА НА ТРЖИШТУ

Сажетак

Позитивноправна рјешења поручују да је уговор закључен онда када су се уговорне стране сагласиле о његовим битним елементима. Постизање сагласности воља, дакле, представља преломну тачку у процесу настанка уговора, због чега за собом повлачи и низ питања о путу који претходи самом постизању сагласности. Тежња овог рада је усмјерена ка сагледавању примјене општих правила уговорног права при тумачењу тренутка закључења споразума који спрјечавају, ограничавају или нарушавају конкуренцију на тржишту, а чија забрана је садржана у чл. 101(1) *Уговора о функционисању Европске уније. Сврам тога, рад ће пружити преглед општих правила уговорног права о закључењу уговора и указати на њихову примјену приликом тумачења тренутка закључења рестриктивних споразума на тржишту, кроз одлуке Суда правде Европске уније у појединачним случајевима. Рад настоји да укаже на специфичности облика понашања конкурената на тржишту у*

* Електронска адреса аутора: *nikolinat@ucg.ac.me.*

којима се може оīледаīи ūосīојање саīласносīи за закључење ресīрикīивноī сūоразума којим се уīиче на слободну конкуренцију.

***Кључне ријечи**: Ресīрикīивни сūоразуми. – Уīоворно ūраво. – Слободна конкуренција. – Саīласносīи воља. – УФЕУ.*

I Увод

Уговор као двострани правни посао подразумијева размјену сагласних изјава воља између два или више лица, којима настаје, мијења се или укида одређени правни однос.[1] Са друге стране, под споразумом се у правном смислу подразумијева такав однос који нема карактеристике облигационог, односно у којем нијесу садржане обавезе давања, чињења или уздржавања од чињења, али у којем јесте садржана одређена сагласност воља. У том смислу, још у периоду римског права се разликовао уговор (*contractus*) и споразум или пакт (*pacta*).[2] У контексту теме из наслова овог рада, под уговором се даље подразумијева облигационоправни однос настао као резултат изјава сагласних воља, док се појам споразума посматра у контексту прописа Европске уније о заштити слободне конкуренције, првенствено кроз садржину и примјену опште забране спрјечавања, ограничавања или нарушавања конкуренције на тржишту, садржаној у чл. 101(1) Уговора о функционисању Европске уније.[3]

Наведена забрана обухвата све споразуме између учесника на тржишту, као и одлуке удружења учесника на тржишту и усаглашене праксе, а који могу утицати на трговину између држава чланица Уније и за циљ или посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту ЕУ. Споразуме из чл. 101(1) УФЕУ карактерише поступак настанка који прати етапу развоја класичног уговора, а која подразумијева понуду, прихват понуде и постизање сагласности воља о ономе поводом чега се закључује конкретан уговор, односно споразум. Због тога се у поступку утврђивања постојања споразума који може бити обухваћен забраном из чл. 101(1) УФЕУ полази од општих претпоставки и услова који важе за закључивање облигационих уговора, а најприје од услова који се односе на постизање сагласних изјава воља уговорних страна.

1 Јаков Радишић, *Облиīационо ūраво – оūшūи део*, Београд, 2008, 63.

2 *Ibid*., 65; Обрад Станојевић, *Римско ūраво*, Београд, 2002, 304.

3 Уговор о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union*, *OJ* C 326, 26. 10. 2012; даље у тексту и фуснотама: ТФЕУ).

С тим у вези, у наставку ће бити анализиран поступак оцјене постојања рестриктивног споразума на унутрашњем тржишту ЕУ, примјеном општих правила уговорног права.

II Рестриктивни споразуми на тржишту

Слободна тржишна конкуренција подразумијева фер и поштено тржишно надметање, усљед којег сваки учесник на тржишту самостално иступа и доноси одлуке у вези са пословањем и понудом.[4] Спрам тога, слободна конкуренција почива на забрани оних понашања привредних субјеката која доводе до смањења интензитета тржишног надметања или која пријете да ограниче слободу конкуренције на тржишту, односно на забрани свих оних понашања која умањују конкурентски притисак[5] тако што утичу на самостално одлучивање конкурената. Рестриктивни споразуми чине дио забране из чл. 101(1) УФЕУ, под условом да утичу на трговину између држава чланица и за циљ или посљедицу имају спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту.[6]

Као примјери таквих споразума наводе се они којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цијене или други услови трговања, којима се ограничавају или контролишу производња, тржишта, технички развој или инвестиције, којима се дијеле тржишта или извори снабдијевања, они споразуми у којима се примјењују различити услови на једнаке послове са другим странама у пословању, чиме се они доводе у неповољан положај у односу на остале конкуренте, као и споразуми у случајевима условљавања закључења уговора прихватањем додатних обавеза других страна, а које по својој природи и трговачким обичајима немају никакву везу са предметом конкретног уговора.[7] Дакле, чл. 101(1) УФЕУ садржи листу забрањених облика

4 Смернице о примјени члана 81(3) Уговора (*Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, *OJ* C 101, 2004), доступно на адреси: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004XC0427%2807%29*, 19. 7. 2022, пара. 14.

5 Борис Беговић, Владимир Павић, Душан В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, 3. издање, Београд, 2019, 23.

6 Чл. 101 ст. 3 УФЕУ садржи и категорију изузећа од забране оних рестриктивних споразума који, без обзира на то што нарушавају конкуренцију, имају позитиван ефекат, односно доприносе побољшању производње или дистрибуције производа, или подстичу технички или економски напредак, под условом да омогућавају потрошачима правичан удио у оствареној користи. Ово из разлога што се сматра да краткорочно нарушавање конкуренције, које изазивају ове врсте рестриктивних споразума, заправо помаже у њеном јачању на дуги рок, усљед чега се правда изузеће таквих рестриктивних споразума из опште забране. Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 23.

7 УФЕУ, чл. 101 ст. 1.

понашања која није коначна, већ само наводи неке од карактеристичних облика, чиме је Суду правде Европске уније остављена могућност да у сваком појединачном случају процјењује да ли конкретан споразум на тржишту треба да буде обухваћен забраном или не.[8]

Штавише, усљед разноврсности облика пословања који се могу јавити, али и креативности привредних субјеката у изналажењу начина да заузму што сигурнији положај на тржишту, облици рестриктивних споразума неријетко подразумијевају комбинацију више различитих механизама којима се остварује утицај на конкуренцију. Став је Суда правде ЕУ да ни разликовање између споразума, одлука удружења учесника на тржишту и усаглашених пракси, као забрањених облика из текста УФЕУ, није пресудно за одлуку о примјени забране на појединачан случај, будући да се ови облици често преплићу и могу подједнако бити заступљени у сложеној мрежи поступања којима се ограничава конкуренција.[9]

Очигледан вид рестриктивних споразума јесу картели као рестриктивни хоризонтални споразуми, односно они споразуми који се закључују између учесника на тржишту који послују на истом нивоу ланца производње или дистрибуције и самим тим се налазе у конкурентском односу (споразуми између два произвођача, између два дистрибутера, или између два трговца на мало).[10] Од картела разликујемо усаглашене праксе које такође нарушавају конкуренцију и у пракси често постоје паралелно са картелима, олакшавајући учесницима на тржишту да дјеловање ка ограничењу конкуренције учине теже доказивим. Међутим, усаглашене праксе се разликују од картела и осталих рестриктивних споразума по томе што учесници усаглашене праксе у заједничком дјеловању нијесу достигли ниво закљученог споразума, већ „ментални консензус“ који углавном проистиче из посредних комуникација и праћења пословних политика и одлука осталих учесника на тржишту.

8 Lorenz Moritz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013, 105.

9 Овакво становиште суд је заузео у случају *Polupropulene* (C-49/92 P *Commission v. Anic Partecipazioni*, 1986), гдје је Општи правобранилац заузео став, а суд га прихватио, да у правном смислу није битно утврдити о којем од облика забрањеног тржишног понашања је ријеч, будући да они дијеле једнако важно мјесто у забрани из чл. 101 ст. 1 УФЕУ и њихово прецизно разликовање у појединачним случајевима не мијења исход у поступку у којем је утврђена повреда права конкуренције.

10 Са друге стране, могу се закључити и рестриктивни вертикални споразуми, који подазумијевају споразуме закључене између учесника на тржишту који послују на различитим нивоима производног или дистрибутивног ланца (на примјер, произвођач са својим дистрибутерима, трговци на велико са трговцима на мало, или слично). Вид.: David Bailey, „Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law“, *Common Market Law Review*, Vol. 53, Nr. 3/2016, 862–863; Andriani Kalintiri, „Vertical Agreements in EU Competition Law“, *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2019, 72–73.

Будући да чл. 101(1) УФЕУ, иако наводи неке од препознатљивих облика, не даје дефиницију рестриктивног споразума, нити наводи околности његовог настанка које могу послужити за сврхе доказивања, активност Суда правде ЕУ је пружила смјернице неопходне за разумијевање и примјену забране, због чега ће послужити и као полазишна тачка у даљем тексту овог рада. Међутим, будући да настојимо да укажемо на примјену неких од општих правила уговорног права приликом поступка оцјене постојања рестриктивних споразума, најприје је неопходно подсјетити на поступак и услове за закључење уговора, а који се могу примијенити и на поступак закључења рестриктивног споразума.

III Закључење уговора *v.* закључење рестриктивног споразума

1. Општи услови за закључење уговора

Закључење уговора подразумијева поступак у којем уговорне стране настоје да дођу до сагласности воља која ће означити настанак уговора о одређеној ствари. Дакле, размјена сагласних изјава воља представља преломну тачку у процесу настанка уговора, а њој претходи период преговарања између уговорних страна, који ће довести до сагласности њихових воља. Поступак усаглашавања воља означава се као закључивање или склапање уговора,[11] а обухвата и испуњење општих услова неопходних за закључење сваког уговора, и то услове који се односе на: пословну способност уговорних страна, сагласност њихових воља, предмет уговора и његов основ, односно каузу. У неким случајевима, поред ових елемената као општих услова настанка уговора, може се наћи и форма уговора. Општи услови за закључење уговора уређени су правилима која чине предмет изучавања општег дијела теорије облигационог права, а од посебног значаја за овај рад издваја се сагласност воља као *conditio sine qua non* постојања уговора и споразума.

Разумије се да облигационе уговоре могу закључивати и физичка и правна лица која учествују на тржишту (предузетници и различита привредна друштва), па се тако може говорити о пословној способности физичких и правних лица, односно способности ових субјеката да закључе облигациони уговор и(ли) рестриктивни споразум, а што зависи од карактеристика конкретног субјекта као потенцијалне стране у једном уговорном односу. Тако се тренутак стицања пословне способности код физичких лица везује за њихову старосну доб или карактеристике душевних стања усљед којих су (не)способна да имају правно

11 Ј. Радишић, 73.

релевантну вољу,[12] односно да се јаве као носиоци неке привредне дјелатности. Са друге стране, правна лица која учествују на тржишту у неком од облика обављања привредних дјелатности, пословну способност стичу тренутком регистрације у одговарајућем регистру и стицањем статуса правног лица.[13]

Предмет као општи услов настанка уговора је оличен у садржини облигационог односа, тј. у узајамним обавезама давања, чињења, нечињења или трпљења, које су преузеле уговорне стране. Сам предмет мора имати одређене квалификације како би могао довести до закључења пуноважног уговора, па тако уговорна обавеза у којој је оличен предмет мора бити могућа, допуштена и одређена, или барем одредива, у супротном ће уговор бити ништав.[14] У контексту рестриктивних споразума на тржишту, предмет можемо посматрати као облик понашања или политике на коју су се међусобно обавезали учесници рестриктивног споразума, како би остварили утицај на тржишну конкуренцију.

Од предмета уговора разликујемо основ или каузу уговора у којој се огледају разлози због којих су се уговорне стране одлучиле на закључење уговора. Док неки системи поистовјећују каузу и предмет уговора,[15] у домаћим правним системима[16] она ужива положај посебног услова настанка уговора и разликује се од предмета.[17] Кауза указује

12 Тако постоје они субјекти који немају никакву пословну способност, они који ову способност имају у дјелимичној мјери и субјекти који имају пуну пословну способност. По правилу, пуну пословну способност имају сва пунољетна лица, односно лица која су стекла осамнаест година живота. Са друге стране, дјелимичну пословну способност да закључују облигационе уговоре имају лица са навршених четрнаест година живота, уз сагласност својих законских заступника, док су апсолутно пословно неспособна лица млађа од четрнаест година живота.

13 На примјер, у црногорском правном систему, привредна друштва стичу својство правног лица даном уписа у Централни регистар привредних субјеката. Закон о привредним друштима, *Службени лист ЦГ*, бр. 65/2020, чл. 5.

14 Закон о облигационим односима Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, бр. 47/2008, 4/2011 – др. закон и 22/2017, чл. 41 и 42.

15 На примјер, њемачко и швајцарско право ове појмове заједнички третирају као „садржину уговора", без разлике између предмета и основа. J. Radišić, 81.

16 На примјер, Закон о облигационим односима Републике Србије прописује да свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ, те да ће уговор бити ништав у случају непостојања или недопуштености основа. Вид. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 51 и 52. Исто рјешење предвиђа и црногорски Закон о облигационим односима у чл. 46 и 47.

17 J. Radišić, 81. На примјер, Општи референтни оквир за европско приватно право не наводи каузу као један од услова за закључење уговора. Вид. Christian von

на разлог закључења уговора, односно на циљеве који се њиме настоје постићи. *Ratio* санкционисања понашања у којима се огледају рестриктивни споразуми проистиче из чињенице да она имају за циљ или посљедицу спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, а што у крајњем треба учесницима таквог споразума да обезбиједи снажнију тржишну позицију и умањи конкурентски притисак на одређеном тржишту.[18]

Садржина уговора се манифестује извршењем обавеза које су преузеле стране из конкретног облигационог односа; међутим, испољавање садржине уговора у одређеној форми може бити и један од услова за закључење, у зависности од уговора чијем се закључењу тежи. Према општеприхваћеном начелу консенсуализма, уговори се закључују постизањем сагласности изјављених воља и без обзира на форму у којој се уговор испољава,[19] што доводи до претежне употребе усмене форме као практичне и ефикасне у закључењу великог броја учесталих и уобичајених уговора. Ипак, за потребе правне сигурности, закон може прописати обавезну писану форму за закључење одређених уговора,[20] а неријетко и саме уговорне стране могу одлучити да садржину свог уговорног односа пренесу на папир и отклоне бојазан од погрешне интерпретације уговорних одредби, доказивања елемената уговора или рокова за испуњење обавеза. У том смислу, форма уговора се може, али и не мора јавити као један од предуслова за закључење уговора.

Када говоримо о рестриктивним споразумима, сама форма није битна за оцјену њиховог постојања.[21] Према томе, сматраће се да

Bar, Eric M. Clive, *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference* (DCFR), Mu̇nchen, 2009, II.–4:101, 108–110.

18 За санкционисање рестриктивних споразума и осталих облика понашања која спрјечавају, ограничавају или нарушавају конкуренцију, довољно је доказати да је понашање учесника на тржишту било усмјерено ка некој од наведених повреда слободне тржишне конкуренције (спрјечавање, ограничавање или нарушавање), односно довољно је доказати да одређени облик понашања има потенцијал да наруши слободну конкуренцију на тржишту. У том смислу, ефекат стварног утицаја на конкуренцију није пресудан критеријум за процјену примјене забране из чл. 101 ст. 1 УФЕУ.

19 Слободан Перовић, *Облиīационо ūраво*, Београд, 1990, 180–190.

20 На примјер, неки од уговора за које Закон о облигационим односима Црне Горе прописује обавезну писану форму закључења јесу: уговори на основу којих се преноси право својине на непокретности или се установљава неко друго стварно право на непокретности, уговор о закупу стана, уговор о закупу пословних просторија, уговор о грађењу, уговор о кредиту, итд. За закључивање неких од ових уговора предвиђена је и обавезна форма нотарског записа. Вид. Закон о нотарима Црне Горе, *Службени лисī РЦГ*, бр. 68/2005 и *Службени лисī ЦГ*, бр. 49/2008, 55/2016 и 84/2018, чл. 52.

21 Потврђено у сљедећим случајевима: C-499/11 P, *The Dow Chemical Company, Dow Deutschland Inc. Dow Deutschland Anlagengesellschaft GmbH, Dow Europe GmbH v.*

споразум постоји без обзира на форму у којој је закључен, био он у потпуности сачињен у писаној или усменој форми, дјелимично у писаној, а дјелимично у усменој, па чак и у оним околностима када није у питању споразум који је правно обавезујућ[22] или не подразумијева постојање санкција за учињене повреде.

2. Сагласност воља као услов закључења уговора

Услов који нас посебно занима јесте изјава сагласних воља уговорних страна која означава закључење уговора, а уједно је пресудна и за настанак споразума. Истиче се да уговор почива на вољи лица која се њиме обавезују и у том смислу њихова воља подразумијева свијест о значају радње коју предузимају, као и хтјење саме радње.[23] Може се закључити да сагласност изјављених воља представља први и најважнији елемент уговора,[24] на који се ослањају сви остали претходно поменути услови. Такав закључак се може поткријепити и чињеницом да уговор неће постојати у оним околностима када су стране уговорнице потпуно пословно способне, предмет уговора је могућ, допуштен и одређен, а кауза постоји, али није дошло до постизања сагласности воља уговорних страна као главне детерминанте на путу закључења уговора. Сама сагласност се тиче предмета конкретног уговорног односа, па се сматра да је уговор закључен када уговорне стране постигну сагласност воља о битним елементима уговора.[25] Квалификација елемената појединих уговора као битних зависи од врсте уговора о којем је ријеч, а битни елементи могу бити предмет уговора, цијена, накнада, вријеме на које је уговор закључен, итд.

Чин сагласности воља, иако се наизглед може чинити једноставним за уочити, може изазвати колебања у тумачењу тренутка и уопште постизања сагласности, нарочито имајући у виду да његова реализација подлијеже двијема одвојеним изјавама воља уговорних страна. Такве изјаве морају бити узајамне и подударне,[26] како би могле да доведу до

Commission (Rubber Chemicals), 2013; C-408/12 P, *YKK Corporation, YKK Holding Europe BV, YKK Stocko Fasteners GmbH v. Commission* (Fasteners Case), 2014; Обједињени случајеви C-93/13 P и C-123/13 P, *Commission v. Versalis Spa & Eni SpA, Versalis Spa & Eni SpA v. Commission* (Chloroprene Rubber Case), 2015.

22 Такозвани „џентлментски споразуми" (*gentlement's agreement*): случај C-41/69 *Chemiefarma NV v. Commission*, 1970; T-143/89 *Ferriere Nord SpA v. Commision*, 1995; C-45/69 *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, 1970; T-150/89 *Martinelli v. Commission*, 1995.

23 Ј. Радишић, 85.

24 С. Перовић, 252.

25 Закон о облигационим односима Црне Горе, чл. 19; О. Станојевић, 276.

26 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 143.

сагласности воља. Међутим, сама подударност изјава не подразумијева истовјетност у њиховој садржини, већ подударност у циљу који се њима жели постићи,[27] што је у овом случају сагласност воља и закључење уговора. Изјаве воља се могу учинити на различите начине, а уобичајено је да се то чини путем изговорених или написаних ријечи, као и неким облицима конклудентних радњи. Иако то није правило, у неким случајевима, и ћутање друге стране се може разумјети као изјава воље која доводи до сагласности, нарочито у оним случајевима када, усљед околности одређеног односа, друга лица ћутање једне стране уговорнице разумију (или могу разумјети) као изјаву воље одређене садржине.[28]

а) Понуда и прихват понуде

Упућивање понуде и њен прихват представљају изјаве воља и редован начин постизања сагласности и закључења уговора. Понуда се дефинише као коначан приједлог за закључење уговора који је упућен одређеном лицу[29] и друга уговорна страна га као таквог може или у потпуности прихватити, или у потпуности одбити.[30] Уколико понуђени изјави да понуду прихвата и истовремено предложи одређену измјену или допуну, сматраће се да је одбио понуду и учинио нову понуду првобитном понудиоцу.[31] Оваква ситуација неће довести до закључења уговора, већ ће означити поступак изјашњења по новој понуди.[32] Свакако, да би приједлог за закључење уговора представљао понуду у правном смислу, потребно је да буде дат у намјери да се уговор закључи, да садржи битне елементе предложеног уговора, уколико се за закључење уговора захтијева одређена форма, да и понуда буде учињена у тој форми, да приједлог потиче од будуће стране уговорнице, као и да је упућен одређеном лицу.[33] Намјера закључења уговора подразумијева да је приједлог усмјерен ка закључењу уговора, односно да је понудилац већ

27 Ј. Радишић, 86.

28 *Ibid.*

29 М. Орлић, 125; Закон о облигационим односима Црне Горе, чл. 25 ст. 1; Brian Bix, *Contract Law: Rules, Theory and Context*, Cambridge, 2012, 19. Вид. и Општи референтни оквир за европско приватно право, одјељак II–4:201, 116.

30 М. Орлић, 126.

31 Закон о облигационим односима Црне Горе, чл. 36 ст. 1. Вид. и Општи референтни оквир за европско приватно право, одјељак II–4:208, 127.

32 Међутим, постоје и другачије тумачења, према којима ће се сматрати да је до закључења уговора дошло и у случају када је понуда прихваћена уз измјену споредних тачака или њихово касније уређење, због тога што је постигнута сагласност о битним елементима уговора. Вид. М. Орлић, 340.

33 *Ibid.*, 224; Ј. Радишић, 89.

дао сагласност на закључење,[34] па сам чин у крајњем зависи од понуђеног, односно од његове изјаве воље за прихватањем или одбијањем понуде.[35]

Са друге стране, прихват понуде подразумијева пристанак понуђеног на понуду и означава сагласност изјављених воља, односно тренутак закључења уговора. Дакле, понуда и прихват понуде представљају почетак и крај поступка закључења уговора, будући да се достизање сагласности воља у крајњем случају своди на поступак понуде и њеног прихвата. У погледу начина изјаве воље о прихвату понуде, најважније је да се на основу понашања понуђеног лица може недвосмислено закључити постојање одређене воље, па се тако могу сусрести различити облици изјаве воље.[36] Такође, да би прихват производио правно дејство и довео до закључења уговора, важно је да у свему одговара учињеној понуди, у супротном се сматра новом понудом.[37] Поред тога, важно је да прихват потиче од понуђеног (или његовог овлашћеног заступника), да је учињен безусловно, благовремено и, уколико за то постоји потреба, у одговарајућој форми.[38]

3. Сагласност воља у закључењу рестриктивних споразума

Сагласност воља је у одлукама Суда правде ЕУ одређена као пресудан елемент за оцјену постојања рестриктивног споразума који за циљ или посљедицу има спрјечавање, ограничавање или нарушавање конкуренције. Суд је ово становиште заузео у случају *Bayer*,[39] из којег и проистиче класична дефиниција споразума у контексту чл. 101(1) УФЕУ. Према тој дефиницији, доказ о постојању споразума се изводи из постојања субјективног елемента, који чини његову суштину, а огледа се у *сусрету или усаглашавању воља између најмање два привредна субјекта, а поводом имплементације одређене политике пословања, остваривања одређеног циља или прилагођавања одређеном понашању на тржишту*. Према томе, сагласност воља се јавља као круцијални

34 М. Орлић, 126.

35 У томе се огледа и главна разлика између понуде и позива да се учини понуда, будући да посљедња не подразумијева намјеру правног обавезивања лица које упућује позив да се учини понуда, већ се формулисање и изражавање такве намјере одлаже до тренутка приспијећа понуде од друге стране.

36 М. Орлић, 323. Према Општем референтном оквиру за европско приватно право, било који облик изјаве или понашања понуђеног се сматра прихватом ако указује на пристанак на понуду, приликом чега ћутање или неактивност сами по себи не значе прихватање (одјељак II.–4:204).

37 О. Станојевић, 276.

38 Ј. Радишић, 98.

39 T-41/96, *Bayer AG v. Commission*, 2000.

елемент рестриктивних споразума. Ово нарочито ако имамо у виду да форма споразума није битна за оцјену његовог постојања, па чак ни одговор на питање да ли конкретно поступање страна у споразуму доводи до настанка споразума у контексту одредби националног права или не.[40] Забрана из чл. 101(1) УФЕУ ће се примијенити у свим оним случајевима у којима се докаже постојање сагласности воља учесника на тржишту, а коју прати вјеродостојна изјава намјера конкретних субјеката.

Постојање вјеродостојне изјаве намјера је један од предуслова доказивања сагласности воља, будући да сама сагласност може бити постигнута једино на основу воља најмање два субјекта и да не може настати једностраном активношћу субјекта. У томе се огледао и главни закључак Суда при оцјени да у случају *Bayer* не постоји споразум који може бити обухваћен забраном из чл. 101 (1) УФЕУ. Европска комисија је, као иницијатор поступка пред Судом, сматрала да је постојао прећутни споразум о обустави извоза љекова на тржиште Велике Британије између *Bayer*-а и његових дистрибутера у Француској и Шпанији. Комисија је своје аргументе темељила на чињеници да су дистрибутери престали да испоручују лијек на тржиште Велике Британије, након што је *Bayer* смањио залихе за тржишта Француске и Шпаније. Међутим, Суд је истакао да Комисија не може изводити закључак о постојању споразума на основу једностраног понашања које је *Bayer* усвојио према дистрибутерима, као и да наставак комерцијалне сарадње са *Bayer*-ом не значи и прећутно пристајање дистрибутера на политику коју је он усвојио. Наиме, *Bayer* је као произвођач лијека настојао да заштити своју цјеновну политику на тржишту Велике Британије и спријечи своје дистрибутере из Француске и Шпаније да снадбијевају паралелне дистрибутере лијека у Великој Британији, тако што ће смањити обим испорука лијека према Француској и Шпанији и приморати дистрибутере из тих земаља да чувају залихе за подмирење потреба националног тржишта. Након што је успио у својој замисли, изазвао је пажњу Комисије која је сматрала да иза тога стоји рестриктиван споразум закључен између *Bayer*-а и његових дистрибутера, међутим закључак Суда правде је гласио да се такав суд не може изводити на основу једностраног иступања једног субјекта.

Поредећи овакав став о настанку рестриктивног споразума са поступком закључења уговора, лако можемо направити аналогију са односом понуде и прихвата, будући да сама понуда не може креирати уговор уколико је не прати прихват који јој у свему одговара. Чак и да је *Bayer* настојао да конкретним дјеловањем упути понуду својим дистри-

40 Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2016, 141.

бутерима за учешће у активности рестриктивног карактера, Комисија не може изводити закључак о постојању рестриктивног споразума само на основу његовог једностраног иступања, већ је неопходно да постоји вјеродостојна изјава намјере дистрибутера да прихвате понуђени модел понашања на тржишту. У супротном би се креирала правна неизвјесност на страни тржишних учесника који би били изложени оптужбама за учешће у рестриктивним активностима у случајевима једностраних пословних одлука других учесника на тржишту.

Дакле, да би постојао споразум у смислу чл. 101(1) УФЕУ, потребно је да су привредни субјекти изразили заједничку намјеру да заузму одређено понашање на тржишту,[41] због чега није довољно једнострано иступање једне од страна да би дошло до заснивања споразума. Суд је исти став заузео и у случају *Volkswagen*[42] истичући да је Комисија прешироко тумачила појам споразума усљед чињенице да није постојала вјеродостојна изјава намјере страна да се обавежу на одређено понашање, па да самим тим и није дошло до закључења споразума.[43] И овдје је наглашена неопходност да сагласност воља за успостављање рестриктивног споразума прати изјава страна уговорница у којој се огледа постојање саме сагласности.

IV Тумачење тренутка закључења рестриктивних споразума

Уопштено се може сматрати да су учесници на тржишту постигли ниво споразума онда када се објективно може рећи да међу њима постоји довољан консензус о предмету поводом којег су се обавезали на одређено чињење или нечињење.[44] Међутим, учесници на тржишту

41 Овакав закључак Суд је извео позивајући се на случајеве: C-41/69 ACF *Chemiefarma v. Commission*, 1970; обједињене случајеве C-209/78 до S-215/78 и S-218/78 *Van Landewyck and Others v. Commission*, 1980; T-7/89 *Hercules Chemicals v. Commission*, 1991.

42 Случај T-62/98 *Volkswagen AG v. Commission*, 2000.

43 *Volkswagen* је својим дистрибутерима аутомобила широм Европе упутио циркуларне уговоре у којима је настојао да утиче на њихову политику попуста за одређене моделе аутомобила. Након потписа од стране дистрибутера, Комисија је покренула поступак због пређутног пристанка на праксу коју је предложио *Volkswagen*, иако није било доказа да су дистрибутери имплементирали предложену политику попуста у свом пословању. Суд је истакао да Комисија не може на основу једностраног иступања једног субјекта да цијени да је дошло до закључивања рестриктивног споразума и да у овом случају забрана из чл. 101 ст. 1 УФЕУ не може бити примијењена. Вид. A. Jones, B. Sufrin, 151; Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 9th edition, Oxford, 2018, 113.

44 Joanna Goyder, Albertina Albors-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, 5th edition, Oxford, 2009, 82.

су, паралелно са развојем легислативе и све интензивније институционалне акције ка заштити конкуренције, развијали и своје механизме закључивања рестриктивних споразума у тајности, отежавајући начин њиховог откривања и доказивања. Тако се докази о постојању заједничке активности са циљем утицаја на конкуренцију морају проналазити у најразличитијим облицима комуникације међу учесницима на тржишту, попут учешћа конкурената на састанцима[45] на којима се разговарало о различитим политикама пословања,[46] размјени *email* или других службених преписки, телефонским разговорима,[47] посредним комуникацијама путем заједничких дистрибутера[48] и слично. Неријетко, учесници на тржишту истовремено користе више метода за остваривање међусобне комуникације, због чега одређивање тачног тренутка настанка споразума може бити посебно тешко. Да ли се, спрам тога, одређивање тренутка закључења рестриктивног споразума може посматрати нешто флексибилније од закључења уговора, и у којој мјери?

За разлику од општих правила уговорног права, према којима је неопходно јасно идентификовати понуду и прихват који одређују тренутак постизања сагласности воља, чини се оправданим да, усљед специфичности које важе за рестриктивне споразуме и област права конкуренције, таква прецизност буде изостављена у доказивању рестриктивних споразума. Иако је за настанак споразума у контексту чл. 101(1) УФЕУ неопходна заједничка објективна намјера конкурената,

45 Случај C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlande Mededingingsautoriret*, 2009; обједињени случајеви C-204, 205, 211, 213, 217 и 219/00P, *Aalborg Portland and others v. Commission*, 2004; T-25/95 etc., *Cimenteries CBR and Others v. Commission*, 2000.

46 Нарочито размјена информација стратешке природе упућује на заснивање рестриктивне активности и довољна је да креира самосталну повреду одредби о заштити конкуренције. Под стратешким информацијама се обично подразумијевају оне информације које се односе на актуелну или будућу цијену, попусте, трошкове производње, маркетиншке стратегије и слично. Став је Суда правде ЕУ да размјена такве врсте информација смањује природну тржишну неизвјесност и умањује могућност самосталног дјеловања учесника на тржишту, који не могу у потпуности занемарити примљену информацију приликом одлучивања о сопственом тржишном иступању и пословању. Вид. Смјернице о примјени члана 101 Уговора о функционисању ЕУ на хоризонталне уговоре о сарадњи (*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*, *OJ* C 11/1, 2011), доступно на адреси: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN*, 26. 9. 2022, пара. 86; случај T-1/89 *Rhône-Poulenc v. Commission*, 1991; Обједињени случајеви T-202, 204, 207/98, *Tate & Lyle plc and Others v. Commission*, 2001; T-141/94, *Thyssen Stahl AG v. Commission*, 1999.

47 Случај C-286/13 P, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v. Commission*, 2015.

48 Случај 1188/1/1/11, *Tesco v. Office of Fair Trading*, 2012.

то не значи да се намјера мора односити на специфичан заједнички подухват чијем су дефинисању стране посветиле висок ниво пажње.[49]

Карактеристика рестриктивних споразума као забрањених активности омогућава нам да овај концепт посматрамо нешто шире у односу на класичан поступак закључења уговора, имајући у виду све напоре које ће конкуренти уложити како би уништили доказе о постојању „понуде", „прихвата" и постизања сагласности за учешће у активностима које нарушавају конкуренцију на тржишту.

Свакако, објава стратешких информација на начин да су доступне конкурентима сматраће се понудом конкурентима да користе примљена сазнања у одређивању своје даље тржишне политике. Уколико на страни учесника на тржишту који су примили информацију изостане реакција у којој се огледа недвосмислено јавно дистанцирање од понуђеног обрасца понашања на тржишту, Суд ће одсуство таквог јавног дистанцирања тумачити као прихват понуде и учешће у рестриктивном споразуму.[50] Недвосмислено јавно дистанцирање конкурената би значило одбијање понуде за учешће у рестриктивној активности и изостанак примјене забране на конкретног тржишног субјекта. Чак и у оним случајевима када се прималац такве врсте информација није изјаснио да ће усвојити тржишну политику о којој се разговарало, сматраће се да је узео учешће у рестриктивној активности, будући да јој се није успротивио и да је дао основа осталим учесницима на тржишту да вјерују да је прихватио предложени механизам и да ће се њега придржавати.[51] У том смислу, изостанак јавног дистанцирања од предложене рестриктивне праксе ће означити закључење споразума у контексту чл. 101(1) УФЕУ, а као тренутак закључења се може узети датум одржавања састанка на којем су информације саопштене, датум објаве јавног саопштења или другог начина којима су учесници на тржишту остварили комуникацију и успоставили разумијевање поводом заједничких напора ка ограничењу конкуренције на тржишту.

Није пресудно установити да је размјена стратешких информација резултирала у нарушавању конкуренције, већ је довољно установити

49 Kelvin Hiu Fai Kwok, „The Concept of 'Agreement' under Article 101 TFEU: A Question of EU Treaty Interpretation", *European Law Review*, Vol. 44, 2019, доступно на адреси: *https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=771116074111074002002076106097080025101007035037088048102102106022004000102095111103042029024024049112097065127104110078127090061081024064042097093096114008028021125085038045121107117000126088094121102004022113117118119103013024090123094086030120095006&EXT=pdf&INDEX=TRUE*, 5. 7. 2022, 196–221.

50 Вид. David Bailey, „'Publicly Distancing' Oneself from a Cartel", *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 31, Nr. 2/2008, 177–203.

51 Обједињени случајеви C-204, 205, 211, 213, 217 и 219/00 P, *Aalborg Portland A/S and Others v. Commission*, 2004.

постојање заједничког дјеловања учесника на тржишту које има потенцијал на спријечи, ограничи или наруши слободну конкуренцију, при чему се тумачење понуде и прихвата учешћа у рестриктивној активности врши у складу са специфичностима рестриктивних споразума и циљевима права конкуренције.

V Закључак

Све претходно изложено нас упућује на полазну премису у разумијевању рестриктивних споразума, према којој се сагласност воља намеће као пресудан критеријум у процјени постојања рестриктивних споразума и успостављања одговорности учесника. Једнострана активност субјеката на тржишту не може довести до успостављања рестриктивног споразума, већ је неопходно утврдити постојање вјеродостојне изјаве намјере других субјеката који су изразили прихватање предложеног рестриктивног механизма. Према томе, јасно је да су општа правила уговорног права о закључењу уговора примјењива и у случају процјене постојања рестриктивних споразума, чији карактер забрањене активности може отежати поступак доказивања, будући да ће стране из рестриктивног споразума настојати да сакрију доказе о постојању сагласности за учешће у активности која спријечава, ограничава или нарушава конкуренцију на тржишту, а све како би избјегле одговорност и санкције. У том дијелу, велику улогу имају органи надлежни за спровођење политике заштите конкуренције (Европска комисија и националне агенције), који треба да утврде околности које указују на постојање сагласности воља у појединачним случајевима. Размјена стратешких информација о пословању или будућим пословним одлукама се јавља као праг овог стандарда, којем учесници на тржишту могу одољети примјеном метода јавног дистанцирања од предложених тржишних поступања и одбијањем даљег пријема такве врсте информација, као и пријавом конкретних тржишних учесника органима надлежним за праћење политике заштите конкуренције. Имајући у виду да тржишни субјекти углавном оклијевају да потегну за радикалном мјером подношења пријаве о рестриктивним активностима других учесника на тржишту, јасно и јавно дистанцирање се чини као минимум активности за којим морају посегнути уколико желе избјећи учешће у рестриктивном понашању и примјену санкција.

Коришћена литература

Bailey David, „'Publicly Distancing' Oneself from a Cartel", *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 31, Nr. 2/2008.

Bailey David, „Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law", *Common Market Law Review*, Vol. 53, Nr. 3/2016.

Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић В. Душан, *Увод у право конкуренције*, 3. издање, Београд, 2019. (Begović Boris, Pavić Vladimir, Popović V. Dušan, *Uvod u pravo konkurencije*, 3. izdanje, Beograd, 2019)

Bix Brian, *Contract Law: Rules, Theory and Context*, Cambridge, 2012.

von Bar Christian, Clive Eric M., *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference* (DCFR), Mu̇nchen, 2009.

Goyder Joanna, Albors-Llorens Albertina, *Goyder's EC Competition Law*, 5th edition, Oxford, 2009.

Jones Alison, Sufrin Brenda, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2016.

Kalintiri Andriani, „Vertical Agreements in EU Competition Law", *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, Nr. 1/2019.

Moritz Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge, 2013.

Орлић Миодраг, *Закључење уговора*, Београд, 1993. (Orlić Miodrag, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1993)

Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990)

Радишић Јаков, *Облигационо право – општи део*, Београд, 2008. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd, 2008)

Станојевић Обрад, *Римско право*, Београд, 2002. (Stanojević Obrad, *Rimsko pravo*, Beograd, 2002)

Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, 9th edition, Oxford, 2018.

***Nikolina* TOMOVIĆ**
Teaching Assistant at the University of Montenegro Faculty of Law, Montenegro

CONTRACT LAW RULES APPLICATION IN INTERPRETING THE MOMENT OF CONCLUDING RESTRICTIVE AGREEMENTS ON THE MARKET

Summary

Current legal provisions state that contract is concluded when parties have reached an agreement on its essential elements. Concurrence of wills, therefore, represents a turning point in the process of creating a contract, which is why it raises a number of questions regarding the process of agreement conclusion. This paper aims to perceive the application of contract law rules in interpreting the moment of concluding restrictive agreements on the market, the prohibition of which is contained in art. 101(1) TFEU. In addition, paper will provide an overview of the general rules of contract law and indicate their application when interpreting the moment of conclusion of restrictive agreements on the market, through the decisions of the EU Court of Justice in individual cases. The paper endeavours to point out the specifics of competitor's market behaviour which can reflect the existence of consent to conclude restrictive agreements that affect freedom of competition.

Key words: *Restrictive Agreements. – Contract Law. – Freedom of Competition. – Concurrence of Wills. – TFEU.*

Датум пријема рада: 24. 7. 2022.
Датум исправке рада: 30. 9. 2022.
Датум прихватања рада: 25. 11. 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 италик).

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 напомени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има 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) *Други 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 упоредном праву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *casopis@pravniciuprivredi.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:

имe 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, *Коментар 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 друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа 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 Ünternehmens– 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 Stucture", *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 друштва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities", *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово a, b, c, d, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995a), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.

ЗПУ, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: CA), 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 : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак:
Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Pravo i privreda

COBISS.SR-ID 101774343

Часопис *Право и привреда* излази од 1993. године као наставак часописа *Привредно правни приручник* који је излазио од 1963. године.

У часопису се објављују оригинални научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука и прикази књига. Од 2020. године часопис излази и у електронској форми (eISSN 2683-5592).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује редакција.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника и чланова редакције часописа. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима. За те ставове редакција не одговара.

Претплата за 2023. 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:

Татјана Јевремовић Петровић
Успостављање и јачање уније тржишта капитала ЕУ

Јелена Ћеранић Перишић
Метаверзум, незаменљиви токени и жигом заштићене ознаке
– правни аспекти

Катарина Јовичић
Заштита пословне тајне у праву Републике Србије

Јелена Лепетић
Јавна предузећа – стари и нови изазови

Дејан Миленковић, Владимир Ђурић
Уговори и пројекти јавно-приватног партнерства и њихов
утицај на локални економски развој у Србији

Јован Вујичић
Једнообразна правила за дигиталне трговинске трансакције: новотарија
или неопходност

Мирјана Б. Глинтић
Недостаци у регулисању осигурања трошкова правне заштите
у законодавству Републике Србије

Драган Вујисић, Милан Рапајић
Колективна заштита интереса потрошача
(право Европске уније и Србије)