



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ  
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LXI

Број  
1  

---

---

2023

## **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**

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), 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 Тирић (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 Stenguta (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), Andreas Reiner (ARP, Аустрија), Mьkola Selivon (Уставни суд, Украјина), Pilar Pelares Viscasillas (University Carlos III of Madrid, Шпанија), Dr. Danny Busch (Radboud University of Nijmegen, Холандија), Dr. Vesna Lazić (Asser Institute, Холандија), Dr. Bryan Mercurio (The Chinese University of Hong Kong, Хонг Конг, Кина), Dr. Marko Pavliha (Univerza v Ljubljani Fakulteta za pomorstvo in promet, Словенија), Dr. Martin Collet (Université Paris 2 Panthéon-Assas, Француска).

## **Секретар**

др Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

## **Издавачи**

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Београд, Теразије 27, V спрат

Електронска адреса удружења: [office@pravnicuprivredi.org.rs](mailto:office@pravnicuprivredi.org.rs)

Електронска адреса часописа: [redakcija@pravoiprivreda.rs](mailto:redakcija@pravoiprivreda.rs)

Интернет страница: [www.pravnicuprivredi.org.rs](http://www.pravnicuprivredi.org.rs); [www.pravoiprivreda.rs](http://www.pravoiprivreda.rs)

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Београд, Булевар краља Александра 67

## **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, HeinOnline

Часопис *Право и привреда* излази тромесечно.

  
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ  
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година LXI

Број  
1  
2023



## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

<b>Гордана ИЛИЋ ПОПОВ, Лидија ЖИВКОВИЋ</b> Порез на дигиталне услуге: дизајн, правна природа и перспективе . . . . .	1
<b>Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ</b> Субординација <i>versus</i> аутономизација и њихове границе код дигиталног рада . . . . .	25
<b>Владимир ВУЛЕТИЋ</b> Танка је линија што спаја и раздваја: о надмудривању и превари у римској класичној продаји . . . . .	43
<b>Андреј МИЋОВИЋ</b> Заштита колективног интереса потрошача . . . . .	60
<b>Никола ИЛИЋ, Стефан САВИЋ</b> Доктрина неопходних капацитета и заштита конкуренције у Србији: сектор телекомуникација . . . . .	83
<b>Невена МИЛЕНКОВИЋ</b> Како се развијала двостепеност хрватског управног судства: шта можемо научити? . . . . .	113
<b>Јована ВЕЛИЧКОВИЋ</b> Субјективни домашја домаће арбитражне одлуке . . . . .	133

**Стеван ДИМИТРИЈЕВИЋ**

Значај развоја државних капацитета за спровођење  
медијације у инвестиционим споровима ..... 158

## **СТУДЕНТСКИ РАДОВИ**

**Никола ШУРЈАНАЦ**

Трошкови обраде кредита у светлу правних ставова  
Врховног касационог суда Републике Србије ..... 181

**Мина КУЗМИНАЦ**

Посебна заштита материнства – (не)оправданост неједнаког  
поступања према запосленим женама и предузетницама.... 207

**УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ** ..... 233

## TABLE OF CONTENTS

### ARTICLES

<i>Gordana ILIĆ POPOV, Lidija ŽIVKOVIĆ</i> Digital Services Tax: Design, Legal Nature and Perspectives. . . . .	1
<i>Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ</i> Subordination vs Autonomisation and their Boundaries in Terms of Digital Labour . . . . .	25
<i>Vladimir VULETIĆ</i> There's a Thin Line That Joins and Divides: on Outwalking and Fraud in Roman Classical Sales. . . . .	43
<i>Andrej MIČOVIĆ</i> Protection of the Collective Interest of Consumers. . . . .	60
<i>Nikola ILIĆ, Stefan SAVIĆ</i> Essential Facilities Doctrine and Protection of Competition in Serbia: Telecommunications Sector . . . . .	83
<i>Nevena MILENKOVIĆ</i> How the Two-Stage Croatian Administrative Court Developed: What Can We Learn?. . . . .	113
<i>Jovana VELIČKOVIĆ</i> Subjective Scope of Domestic Arbitral Award . . . . .	133

***Stevan* DIMITRIJEVIĆ**

The State Institutions Capacity Bulding and Its Importance for  
the Promotion of the Mediation in Investment Disputes..... 158

**STUDENT PAPERS**

***Nikola* ŠURJANAC**

Loan Processing Fees in the Light of Legal Positions of the  
Supreme Court Of Cassation Of The Republic Of Serbia ..... 181

***Mina* KUZMINAC**

Special Maternity Protection – (Un)Justified Unequal Treatment  
of Employed Women and Women Entrepreneurs..... 207

**INSTRUCTIONS FOR AUTHORS ..... 233**



---

# ЧЛАНЦИ

---

УДК: 336.221 ; 339.13:004.738.5

CERIF: S 141, S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23101A

**Проф. др Горгана ИЛИЋ ПОПОВ\***  
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,  
Србија

**Лидија ЖИВКОВИЋ, LL.M. (WU)\*\***  
асистент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

## ПОРЕЗ НА ДИГИТАЛНЕ УСЛУГЕ: ДИЗАЈН, ПРАВНА ПРИРОДА И ПЕРСПЕКТИВЕ\*\*\*

### Сажетак

*Предмет рада је порез на дигиталне услуге – нови порески облик којим државе широм света настоје да одговоре на изазове које за опорезивање добити стварају модели пословања које примењују мултинационалне групе компанија активне у домену дигиталне економије. У раду се анализирају елементи дизајна и начин функционисања пореза на дигиталне услуге. На основу добијених налаза настоји се одредити његова (хибридна) правна природа. Коначно, предочавају се недостици тој пореској облика, те разматра могућности његовој „ојстјанка на*

---

\* Електронска адреса аутора: [gordana@ius.bg.ac.rs](mailto:gordana@ius.bg.ac.rs).

\*\* Електронска адреса аутора: [lidija.zivkovic@ius.bg.ac.rs](mailto:lidija.zivkovic@ius.bg.ac.rs).

\*\*\* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта „Савремени проблеми правног система Србије“ (подтема „Примена и поштовање прописа – економска анализа и порески аспекти“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

сцени“ у контексту евалуационе имплементације координисане иницијативе о опорезивању дигиталне економије, представљеној у оквиру ОЕЦД-ове иницијативе „Први стуб“. Посебан значај анализе пореза на дигиталне услуге олега се у контексту континуираног развоја и раста сектора информационах и комуникационих технологија у Србији.

**Кључне речи:** Порез на дигиталне услуге. – Опорезивање дигиталне економије. – Принцип дестинације. – Алокација пореских права.

## I Увод

Распрострањена дигитализација савремених модела пословања истакла је у први план недостатке постојећег међународног система опорезивања добити. Независно од њихових међусобних разлика, дигитализоване моделе пословања одликује неколико карактеристика које традиционални међународни систем опорезивања добити није у стању да адресује.

Најпре, дигитализовани модели пословања имају, по природи ствари, глобални домет те могу задовољити тражњу на географски удаљеном тржишту, без потребе да на њему имају физичко присуство (нпр. продавницу).<sup>1</sup> Дакле, могу генерисати добит у одређеној јурисдикцији, а да на њеној територији немају сталну пословну јединицу, која у постојећем међународном порескоправном оквиру представља неопходан услов да одређена јурисдикција стекне право опорезивања добити коју нерезидентни порески обвезник реализује на њеној територији. Друго, кључни генератор вредности у дигиталној економији представља нематеријална имовина, пре свега права интелектуалне својине.<sup>2</sup> Посматрано из пореског угла, локацијом нематеријалне имовине је једноставно манипулисати,<sup>3</sup> док је њено вредновање за потребе примене правила о трансферним ценама, због непостојања упоредивих трансакција, изузетно тешко спровести. Наведена обележја нематеријалне имовине омогућавају артифицијелно премештање

1 OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD Publishing, Paris, 2018, пара. 131–132, доступно на: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1674328688&id=id&accname=guest&checksum=CD9FD6519A34BAED64526A60CD799B0E>, 20. 1. 2023.

2 OECD (2018), пара. 135.

3 С обзиром на то из које јурисдикције се управља нематеријалном имовином зависи и која јурисдикција ће имати право да опорезује добит мултинационалне групе о чијој нематеријалној имовини је реч.

добити из јурисдикција са вишим у јурисдикције са нижим пореским оптерећењем. Треће, дигитализовани модели пословања се у значајној мери ослањају на интензивну обраду и коришћење података, као и на активан допринос корисника вредности услуга које се посредством таквих модела пословања пружају.<sup>4</sup> Постојећи међународни порескоправни оквир занемарује значај поменутих фактора у стварању и увећавању вредности за мултинационалне групе компанија активне у сфери дигиталне економије.

Резултат садејства описаних карактеристика дигитализованих пословних модела и постојећих правила међународног опорезивања добити је значајна дискрепанца у висини пореског оптерећења коме су изложени традиционални модели пословања, с једне стране, и дигитализовани модели пословања, с друге стране. Према неким студијама, мултинационалне компаније чије је пословање засновано на дигиталним пословним моделима изложене су готово дупло нижим ефективним пореским стопама него мултинационалне компаније у „традиционалној“ (*brick and mortar*) економији.<sup>5</sup>

Покушај да се проблему опорезивања дигиталне економије приступи на координисан начин инициран је *BEPS* акционим планом (енг. *Base Erosion and Profit Shifting Plan*)<sup>6</sup> који је Организација за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: ОЕЦД) објавила 2013. године. Циљ *BEPS* акционог плана био је да се формулишу мере за сузбијање законите нелегитимне пореске евазије и агресивног пореског планирања, како би се државама широм света олакшало суочавање са фискалним последицама економске кризе из 2008. године. На основу *BEPS* акционог плана, ОЕЦД је 2015. године објавила 15 извештаја са конкретним предлозима у форми минималних стандарда, најбољих пракси и препорука. Један од тих извештаја био је посвећен изазовима које за опорезивање добити стварају савремени дигитализовани модели пословања.

Првом акцијом *BEPS* плана (енг. *Action 1 – Tax Challenges Arising from Digitalisation*)<sup>7</sup> отворено је питање будућности опорезивања дигиталне економије. Разматрано је у којој мери су правила међународног

---

4 OECD (2018), пара. 139 и 143.

5 European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, COM(2017) 547 final, Brussels, 21. 9. 2017, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0547>, 20. 1. 2023.

6 OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013, доступно на: [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en), 21. 1. 2023.

7 OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015, доступно на: <https://www.oecd.org/tax/beps/addressing-the-tax->

пореског права, конципирана 20их година 20. века,<sup>8</sup> примерена условима савремене дигитализоване глобалне економије те је идентификовано неколико начина за унапређење постојећег система опорезивања добити. Међутим, није постигнут консензус у погледу нити једног од њих.<sup>9</sup> Због тога су бројне пореске јурисдикције широм света започеле унилатералну и некоординисану имплементацију врло разноврсних мера усмерених на опорезивање различитих аспеката дигиталне економије.<sup>10</sup> Једна од таквих унилатералних мера је порез на дигиталне услуге, за који се одлучио релативно највећи број јурисдикција.

## II Елементи пореза на дигиталне услуге

### 1. Појам и циљ

Идеја у основи пореза на дигиталне услуге је да омогући државама у којима се налазе потрошачи, односно корисници услуга дигиталних мултинационалних компанија да опорезују њихову добит, без обзира на евентуално физичко присуство такве мултинационалне компаније на њиховој територији. У страниј литератури се за поменуте јурисдикције користи термин *market jurisdictions*, у настојању да се прецизира да је реч о државама које представљају тржишта за мултинационалне компаније активне у домену дигиталне економије.

Порез на дигиталне услуге претпоставља опорезивање према принципу дестинације (енг. *destination principle*),<sup>11</sup> што је супротно

---

*challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm*, 21. 1. 2023.

8 Темељи постојећег међународног система опорезивања добити постављени су у Извештају четворице економиста упућеном Лиги народа 1923. године. Gijbert.W. J. Bruins *et al.*, *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee*, E. F. S. 73. F. 19, 5 April 1923, <https://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml;chunk.id=item-1;toc.depth=1;toc.id=item-1;database=;collection=;brand=default>, 21. 1. 2023.

9 Сматрано је да би друге мере *BEPS* акционог плана могле ублажити наведени проблем, а, уз то, све разматране опције су подразумевале корениту ревизију кључних концепата међународног пореског права, што је изискивало даљу сарадњу што већег броја држава. OECD (2015), пара. 357.

10 OECD (2018), 212.

11 Laura Simmonds, „Comments on the Digital Services Tax: A Panacea or Placebo for the Taxation of the Digital Economy?“, *Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights* (eds. Pasquale Pistone, Dennis Weber), IBFD, Amsterdam, 2019, 187. Због природе дигиталних услуга земљом дестинације се сматрају и јурисдикције у којима се налазе потрошачи и јурисдикције у којима се налазе корисници. Вид. Julia Sinnig, *Taxation, Data and Destination: An Analysis of Destination-Based Taxation*

приступу који традиционално следи међународни систем опорезивања добити, а то је принцип порекла (енг. *origin principle*). Принцип порекла подразумева да право опорезивања добити припада пореској јурисдикцији на чијој територији се обавља економска активност, односно у којој се налази имовина мултинационалне групе компанија.<sup>12</sup> Другим речима, посматра се само страна понуде (јурисдикција у којој се налазе фактори производње – радна снага и капитал), а не и тражње (јурисдикција у којој се реализују приходи од продаје добара и услуга). Сходно томе, према традиционалном међународном порескоправном оквиру, добит нерезидентног обвезника може бити опорезована у земљи извора (односно дестинације)<sup>13</sup> само уколико нерезидентни обвезник има физичко присуство, тј. сталну пословну јединицу на њеној територији.<sup>14</sup> Поменута правила била су оправдана из угла начина на који је обављано прекогранично пословање у тзв. *brick and mortar* економији. Специфичност мултинационалних група компанија у дигиталној економији је у томе што оне могу генерисати значајну добит у одређеној јурисдикцији у којој нису резиденти, иако на њеној територији уопште немају физичко присуство, тј. сталну пословну јединицу. Тада је реч о тзв. економском присуству мултинационалне групе у посматраној јурисдикцији. Постојећа правила међународног пореског права не дају основ државама да врше субјективно пореско право у односу на добит мултинационалних група које на њиховој територији имају искључиво економско (дакле, не и физичко) присуство.

Будући да је порез на дигиталне услуге мера коју унилатерално уводе појединачне јурисдикције, усвојена упоредна решења се међу собом у одређеној мери разликују. Ипак, сваки од упоредно присутних примера пореза на дигиталне услуге следи у основи исту логику, због чега је могуће спровести начелну анализу прототипног модела тог пореског облика. Истина, на нивоу Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) покушано је координисано увођење тзв. европског модела пореза на дигиталне услуге: Европска комисија је 21. марта 2018. године објавила Предлог Директиве о заједничком систему пореза на дигиталне услуге

---

*from the Perspective of Tax Principles and Data Protection Regulation*, IBFD, Amsterdam, 2022, 8 фн. 36.

- 12 Различите активности и имовина групе компанија по правилу ће бити лоциране у различитим јурисдикцијама, што значи да ће за конкретну мултинационалну компанију постојати више „јурисдикција порекла“. Michel P. Devereux *et al.*, *Taxing Profit in a Global Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2021, 31–32.
- 13 У даљем излагању ће бити објашњено у којим ситуацијама се земља извора и земља дестинације не подударaju.
- 14 Уз додатни услов да се добит која се настоји опорезовати може приписати тој сталној пословној јединици.

(у даљем тексту: Предлог Директиве ЕУ),<sup>15</sup> али он није усвојен због противљења неколико чланица Уније.<sup>16</sup> Међутим, решења која су њиме била предвиђена послужила су као узор бројним државама за формулисање националних модела пореза на дигиталне услуге. Од европских држава, порез на дигиталне услуге увеле су: Аустрија, Француска, Италија, Мађарска, Пољска, Португал, Уједињено Краљевство и Шпанија, док су његово увођење најавиле или су га разматрале: Белгија, Чешка, Летонија, Норвешка, Словачка и Словенија.<sup>17</sup> Ван граница Европе, порез на дигиталне услуге увеле су Индија, Турска, Тунис, Кенија, Нигерија, Зимбабве,<sup>18</sup> као и америчка држава Мериленд.<sup>19</sup>

Порез на дигиталне услуге погађа само мултинационалне групе које послују у сфери дигиталне економије. Оправдање за такво опредељење идејни творци пореза на дигиталне услуге проналазе у чињеници да дигиталне мултинационалне компаније остварују приходе (односно, у коначници, добит) захваљујући доприносу корисника (енг. *users*) њихових услуга који се налазе у иностранству, при чему јурисдикције у којима су ти корисници лоцирани немају субјективно пореско право у односу на део добити генерисан тим путем.

Стављањем фокуса искључиво на *дигиталне* услуге, порез на дигиталне услуге је у супротности са налазом Прве акције *BEPS* плана према коме евентуално решење за изазове које у домену опорезивања добити узрокује дигитална трансформација не би смело да буде ограничено на дигиталну економију. Сматрано је да би, без обзира на то што дигитални пословни модели имају нека заједничка обележја релевантна

---

15 European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital service tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, COM(2018) 148, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A148%3AFIN>, 23. 1. 2023.

16 Усвајању Предлога су се успротивиле Данска, Ирска и Шведска.

17 Daniel Bunn, Elke Asen, *What European Countries Are Doing about Digital Services Taxes*, Tax Foundation, 2022, доступно на: <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2022/>, 24. 1. 2023.

18 Favourate Y. Mpfu, Tankiso Moloi, „Direct Digital Services Taxes in Africa and the Canons of Taxation“, *Laws: Review*, Vol. 11, No. 57/2022, 1.

19 Окружни суд Мериленда (*Maryland Circuit Court*) је, међутим, огласио неуставним закон којим је уведен порез на дигиталне услуге, наводећи да је у супротности са федералним прописом (*Internet Tax Freedom Act*) који забрањује увођење пореза на трансакције које се реализују посредством интернета, уколико иста таква трансакција реализована другим средствима није опорезована. Вид. Comptroller of Maryland Peter Franchot, „Comptroller Issues Statement on Digital Ad Tax Ruling“, *News Release*, 20 October 2022, доступно на: <https://content.govdelivery.com/accounts/MDCOMP/bulletins/33371b7>, 10. 2. 2023.

с пореског аспекта, њихово „изоловање“ од остатка економије било изузетно компликовано, а често и немогуће.<sup>20</sup>

## 2. Основица и стопа пореза на дигиталне услуге

Начелно посматрано, порез на дигиталне услуге подразумева опорезивање бруто прихода које мултинационалне групе компанија остваре пружајући одређене изричито дефинисане дигиталне услуге.

Одабир бруто прихода за пореску основицу објашњава се тиме да је реч о стабилнијој и поузданијој основици од добити, јер зависи само од прихода који се генеришу у одређеној јурисдикцији.<sup>21</sup> Пошто се за потребе утврђивања пореске основице не признају никакви трошкови (супротно ситуацији утврђивања основице пореза на доходак, односно добит), тиме се истовремено уклања простор за технике агресивног пореског планирања и избегавања пореза, које су базиране на (зло)употреби одбитак.<sup>22</sup> Такође, порез на дигиталне услуге почива на идеји да је бруто приход адекватан *проху*, односно посредни показатељ генерисане добити, због чега фигурира као индикатор економског капацитета, тј. способности плаћања пореског обвезника.<sup>23</sup> С обзиром на то да за основицу има бруто приход, порез на дигиталне услуге одликују релативно ниске стопе, које се крећу између 1.5% и 7.5%.<sup>24</sup>

## 3. Обухваћене дигиталне услуге

Опорезивим приходом се сматра приход остварен пружањем дигиталних услуга које одликује значајан *активни допринос корисника* у оквиру дигиталне платформе.<sup>25</sup> Под активним доприносом корисника подразумева се рецимо: објављивање на платформи сопственог садржаја као што су слике или видео клипови, креирање група, коментарисање,

---

20 OECD (2015), 11.

21 Dario Stevanato, „Are Turnover-Based Taxes a Suitable Way to Target Business Profits?“, *European Taxation*, Vol. 59, No. 11/2019, 539.

22 Young R. C. Kim, Darien Shanske, „State Digital Services Taxes: A Good and Permissible Idea (Despite What You Might Have Heard)“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 98, No. 2/2022, 773.

23 На рачун таквог образложења у литератури су, међутим, стављене озбиљне замерке. Вид. нпр. Dario Stevanato, „Are Turnover-Based Taxes a Suitable Way to Target Business Profits?“, *European Taxation*, Vol. 59, No. 1/2019, 540–541; Ruth Mason, Leopoldo Parada, „The Legality of Digital Taxes in Europe“, *Public Law and Legal Theory Paper Series 2020–50*, April 2020, 34.

24 D. Bunn, E. Asen (2022).

25 European Commission (2018), 4.

исказивање преференција у односу на објављени садржај (енг. *liking*), писање рецензија, оцењивање, означавање других корисника дигиталне платформе (енг. *tagging*) и др. Нагласак на *активном* доприносу корисника настоји да истакне разлику између класичних (пасивних) потрошача добара и услуга, с једне стране, и корисника дигиталних услуга, с друге стране, будући да потоњи не само да су примаоци релевантних услуга, него и доприносе увећању њихове вредности.<sup>26</sup>

У услуге обухваћене порезом на дигиталне услуге најчешће спада продаја *online* рекламног простора на одређеном интерфејсу, под условом да су рекламе које се тим путем приказују тачно усмерене на појединачне кориснике тог интерфејса. Таква могућност постоји захваљујући подацима који су о конкретном кориснику претходно прикупљени посредством тог интерфејса. У наведеном случају реч је о тзв. таргетованом, тј. усмереном рекламирању (енг. *targeted advertising*). Дигиталне платформе које пружају наведену услугу су, на пример, *Google, Facebook, Instagram* и *Youtube*.<sup>27</sup>

Осим тога, у домену примене пореза на дигиталне услуге често је и стављање корисницима на располагање вишестраног дигиталног интерфејса који им омогућава да ступе у међусобни контакт (нпр. друштвене мреже и апликације за упознавање, као што су *Facebook, Instagram, Twitter* или *Tinder*), или чији је циљ да олакша продају добара и услуга између корисника интерфејса. У потоњем случају реч је о услугама дигиталног посредовања (енг. *digital intermediation services*), које пружају дигиталне платформе, као што су *Amazon, AirBnB* и *Uber*.<sup>28</sup>

Обухваћеном дигиталном услугом такође се, по правилу, сматра и пренос уз накнаду заинтересованим лицима података прикупљених о корисницима одређеног интерфејса (пре свега интернет претраживача и друштвених мрежа), генерисаних управо на основу активности корисника на том интерфејсу (енг. *data transmission*).<sup>29</sup> Наведене услуге пружају нпр. *Google, Facebook* и др.

Напомињемо да немају сви упоредни модели пореза на дигиталне услуге исти опсег примене у погледу дигиталних услуга. Примера ради,

26 OECD (2018), пара. 147.

27 Ben Jones *et al.*, „Taxing the digital economy: The unilateral approach“, *Tax Journal*, Issue 1389, 2018, 12.

28 Порез на дигиталне услуге погађа само приходе саме дигиталне платформе, а не и приход корисника платформе, који преко ње продају или купују производе. Вид. нпр. European Commission (2018), тач. 13.

29 Порез на дигиталне услуге се примењује само уколико се прикупљени подаци монетизују испоруком заинтересованим (трећим) лицима, а не ако их дигитална платформа користи за своје интерне потребе или их преноси трећим лицима без накнаде. Вид. *Ibid.*, тач. 17.



аустријски порез на дигиталне услуге примењује се искључиво на услугу продаје *online* рекламног простора, због чега се за њега уобичајено користи назив „порез на дигитално рекламирање“ (енг. *digital advertising tax*). Такође, иако је Предлог Директиве ЕУ предвиђао да порезом на дигиталне услуге буду обухваћени сви претходно описани типови услуга, домен примене иницијалног „свеобухватног“ модела тог пореза накнадно је ограничен на услуге дигиталног рекламирања, у покушају да се државе-чланице које су пружале отпор „приволе“ да пристану на његово увођење. Али, ни то ограничење није довело до једногласности.<sup>30</sup>

Заједничко наведеним облицима дигиталних услуга је то што се пружају преко дигиталних платформи које омогућавају повезивање неколико различитих група корисника. Зато се поменуте платформе често описују као вишестрана дигитална тржишта (енг. *multi-sided digital markets*).<sup>31</sup> Примера ради, *Youtube* својим корисницима бесплатно приказује видео садржаје који су на овој платформи доступни захваљујући другим (активним) корисницима, при чему истовремено прикупља податке о преференцијама гледалаца тих видео садржаја. Иако је та услуга на први поглед бесплатна, гледаоци видео садржаја својим коришћењем платформе, заправо, заузврат „дају“ *Youtube*-у вредне информације о својим плановима, проблемима, преференцијама. Податке прикупљене од својих корисника (гледалаца) *Youtube* даље употребљава за пружање услуге таргетованог рекламирања другој групи лица, заинтересованим за рекламирање сопствених производа.<sup>32</sup> Такву услугу *Youtube* наплаћује. На пример, уколико корисник на *Youtube* платформи потражи видео о вежбама које му могу ублажити болове у леђима зато што се то јутро пробудио укочен, може се изненадити што ће недуго потом *Youtube* почети да му приказује рекламе за ергономске столице које производи *IKEA*, анатомске јастуке које производи *Dormeo*, гел за ублажавање болова у зглобовима марке *Pernaton* и сл.<sup>33</sup>

---

30 Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital advertising tax on revenues resulting from the provision of digital advertising services – Political agreement*, 1 March 2019, 6873/19, доступно на: <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkwwg8rr4y8ui#p1>, 12. 2. 2023.

31 Jørgen Veisdal, „The dynamics of entry for digital platforms in two-sided markets: a multi-case study“, *Electronic Markets*, Vol. 30, Sept. 2020, 539.

32 Сложени алгоритми омогућавају да се реклама усмери на корисника који је претходно својим понашањем на платформи показао да би могао бити заинтересован за производ који се рекламира.

33 Постоји, додуше, и *premium* верзија *Youtube*-а, која корисницима омогућава гледање видео садржаја без реклама, али за коришћење те верзије корисник мора да плати накнаду (тј. да се на њу претплати).

#### 4. Праг у погледу генерисаних бруто прихода

Још једно важно обележје пореза на дигиталне услуге јесте да се најчешће прописује минимални праг генерисаних прихода да би мултинационална група компанија уопште могла да буде њиме опорезована. Највећи број држава (уз изузетак нпр. Мађарске и Уједињеног Краљевства) је при одређивању тог прага следио одредбе поменутог Предлога Директиве ЕУ. Према том решењу, порез на дигиталне услуге примењује се само уколико укупан (на глобалном нивоу посматран) годишњи приход мултинационалне групе компанија прелази 750 милиона евра.<sup>34, 35</sup> Истовремено се, по правилу, захтева да њен опорезиви приход пређе одређени фиксни износ и у конкретној јурисдикцији која прописује овај порез. Примера ради, лимит предвиђен Предлогом Директиве ЕУ износио је 50 милиона евра, у односу на цело јединствено тржиште Уније. Лимити прописани за примену пореза на дигиталне услуге у појединачним јурисдикцијама су, наравно, нижи.<sup>36</sup> Приликом одређивања њихове висине потребно је водити рачуна о обиму дигиталних трансакција у посматраној јурисдикцији, као и о величини њене привреде (примера ради, узимајући у обзир бруто друштвени производ).<sup>37</sup>

Разлог за прописивање високог новчаног прага који морају прећи укупни глобални приходи правда се околношћу да су високи приходи доказ могућности група компанија да привуку велики број корисника који доприносе њиховој профитабилности.<sup>38</sup> Наиме, важна одлика пословног модела тзв. дигиталних гиганата (енг. *digital giants*) какви су *Facebook*, *Amazon* и др. управо је ефекат мреже (енг. *network effect*), који подразумева да се вредност производа (у посматраном случају услуге) коју пружа одређени економски субјект (у посматраном

34 Реч је о новчаном прагу који се предвиђа за тзв. обавештавање по земљама (енг. *Country by Country Reporting*). *Council Directive (EU) 2016/881 of 25 May 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, Official Journal of the European Union*, L 146/8.

35 Поједине организације које заступају интересе земаља у развоју су става да прописивање услова у погледу минималног износа глобалних прихода од дигиталних услуга треба да буде само опција, а не нужан елемент дизајна пореза на дигиталне услуге. Вид. нпр. African Tax Administration Forum, *Suggested Approach to Drafting Digital Services Tax Legislation*, ATAF's International Taxation and Technical Assistance Publication, Pretoria, 2020, 13.

36 На пример, француски модел пореза на дигиталне услуге прописује праг од 25 милиона евра бруто прихода генерисаних на француској територији. D. Bunn, E. Asep (2022).

37 African Tax Administration Forum (2020), 13.

38 Вид. European Commission (2018), 10.

случају дигитална платформа) увећава са повећањем броја њених корисника.<sup>39</sup> Осим тога, сматра се да велике компаније имају знатно више прилика за агресивно пореско планирање и избегавање пореза, због чега је примена овог пореског облика у њиховом случају рационална. Коначно, и из практичног угла најважније, трошкови који за пореске органе произлазе из администрирања пореза на дигиталне услуге нису занемарљиви.<sup>40</sup> Напротив, контрола исправног идентификовања обухваћених дигиталних услуга и одређивања локације њихових корисника претпостављају значајне кадровске и материјалне ресурсе на страни пореске администрације. У том смислу, висок новчани праг треба да осигура да круг пореских обвезника који ће потенцијално бити предмет пореске контроле буде у што већој мери ограничен. Истовремено, будући да се по правилу предвиђа утврђивање пореза на дигиталне услуге самоопорезивањем, трошкови пореских обвезника такође су значајни. У том смислу, висок новчани праг треба да обезбеди да *start-up* предузећа, као и мала и средња предузећа не буду њима оптерећени.<sup>41</sup>

С друге стране, висок праг генерисаних прихода посматрано у односу на конкретну јурисдикцију која уводи порез омогућава да под удар пореза на дигиталне услуге доспеју само оне мултинационалне групе компанија које су оствариле адекватан ниво економске интеграције са тржиштем те јурисдикције.<sup>42</sup> Другим речима, уместо сталне пословне јединице која фигурира као показатељ довољног *физичког* присуства нерезидентног обвезника на територији одређене јурисдикције, генерисани бруто приходи треба да фигурирају као показатељ довољног *економског* присуства на њеној територији.

---

39 У случају вишестраних дигиталних платформи, ефекат мреже је двострук. Ако за пример узмемо *Facebook*, вредност коју за одређеног корисника генерише коришћење те друштвене мреже повећава се са бројем других корисника који се региструју на њој, из простог разлога што се тиме увећава број оних са којима тај корисник може да ступи у контакт. Такође, са повећањем броја корисника расте интересовање корисника услуге рекламирања, будући да својом рекламом могу да „допру“ до већег броја потенцијалних потрошача. Вид. Emilio Calvanoa, Michele Polo, „Market power, competition and innovation in digital markets: A survey“, *Information Economics and Policy*, Vol. 54, 2021, 2.

40 John Vella, „Digital Services Taxes: Principle as a Double Edged Sword“, *National Tax Journal*, Vol. 72, No. 4/2019, 832.

41 OECD (2018), пара. 452.

42 Вид. нпр. European Commission (2018), 10.

## 5. Критеријум за идентификовање јурисдикције којој припада субјективно пореско право

Полазећи од претпоставке да активност корисника дигиталних услуга представља важан чинилац генерисања вредности за мултинационалне компаније које такве услуге пружају, порез на дигиталне услуге има за циљ да омогући јурисдикцијама у којима се налазе корисници да опорезују бруто приходе генерисане њиховим пружањем. Локација корисника утврђује се за сваку појединачну услугу и то на основу *IP* адресе<sup>43</sup> уређаја који корисник употребљава приликом интеракције са конкретном *online* платформом, или на основу неког другог метода геолокације. Постоје и алтернативни начини да се утврди локација корисника, који зависе од типа дигиталне услуге, и који у обзир узимају адресу испоруке, податке које је корисник навео при плаћању и др.<sup>44</sup> У сваком случају, потпуно је ирелевантно у којој држави су корисници дигиталних услуга порески резиденти. Од значаја је само њихова географска локација.

Јурисдикција у којој се налазе корисници дигиталних услуга не мора да се подудара са јурисдикцијом на чијој територији је извор појединачног прихода који је мултинационална група остварила за пружену услугу (држава извора).<sup>45</sup> Примера ради, ако се преко *Youtube*-а рекламе за производ фирме која је резидент Уједињеног Краљевства приказују корисницима *Youtube*-а који се налазе у Пољској, извор прихода (тј. накнаде за услугу рекламирања) је у Уједињеном Краљевству, али право да примени порез на дигиталне услуге у конкретном случају припада Пољској, пошто је на њеној територији лоциран корисник коме се реклама приказује.<sup>46</sup>

## III Правна природа пореза на дигиталне услуге

Порез на дигиталне услуге карактеришу одређене специфичности због којих га је тешко уклопити у једну од категорија у оквиру класичне

43 *IP* (енг. *Internet Protocol*) адреса је низ цифара које служе за идентификацију уређаја који је повезан на интернет или локалну мрежу, као и за одређивање његове локације у оквиру такве мреже.

44 Описани приступ следи британски порез на дигиталне услуге. Belema R. Obuoforibo, „A Critical Examination of the Proposed UK Digital Services Tax“, *European Taxation*, Vol. 59, No. 11/2019, 520.

45 European Commission (2018), 11; African Tax Administration Forum (2020), 10.

46 Неопходно је, подсетимо, да буду испуњени услови у погледу минималног прага генерисаних бруто прихода (на глобалном нивоу, али и на нивоу јурисдикције која примењује порез на дигиталне услуге, што је у нашем случају Пољска).

трипартитне класификације пореских облика, која обухвата: (1) порезе на доходак/добит, (2) порезе на потрошњу и (3) порезе на имовину. Будући да има обележја и пореза на доходак и пореза на потрошњу, неретко се карактерише као хибридни порески облик. Бројни проблеми које порез на дигиталне услуге узрокује у пракси управо су резултат његове хибридне природе.

Наиме, порез на дигиталне услуге је конципиран као засебан порески облик са основним циљем да надомести губитак пореских прихода који произлази из немогућности постојећег система опорезивања добити да обухвати економски капацитет дигиталних гиганата.<sup>47</sup> Стога, ако се посматра као супститут пореза на добит, очекивано би било да његова обележја буду уподобљена обележјима пореза на доходак. Међутим, такво његово одређење не би било оправдано из неколико разлога.

Основицу пореза на дигиталне услуге чини, поновимо, бруто приход остварен пружањем обухваћених дигиталних услуга. То значи да порески обвезник нема право да основицу умањи за трошкове које је претрпео како би такав приход остварио. Другим речима, порез на дигиталне услуге не следи тзв. нето принцип, који представља кључно обележје пореза на доходак (па тако и пореза добит). Нето принцип има за циљ да омогући опорезивање у складу са економским капацитетом пореског обвезника, што је суштински захтев начела способности плаћања (енг. *ability-to-pay principle*). Могло би се, на први поглед, констатовати да управо висок праг укупних прихода, који је предуслов за подвргавање пореског обвезника порезу на дигиталне услуге, узима у обзир његов економски капацитет. Сматрамо, међутим, да таква оцена не би била сасвим исправна, с обзиром на то да се прописивање *de minimis* прага у упоредним законодавним предлозима образлаже намером да се смање трошкови администрирања и плаћања пореза на дигиталне услуге.<sup>48</sup> Штавише, прописивање минималног прага који морају прећи укупни приходи пореског обвезника уобичајена је пракса управо у случају пореза на потрошњу, а не пореза на доходак.<sup>49</sup> С друге стране,

---

47 European Economic and Social Committee, *Opinion: Taxation of profits of multinationals in the digital economy*, ECO/459, Brussels 12 July 2018, пара. 1.5; Roland Ismer, Christoph Jescheck, „Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing the Boundaries of Article 2 of the OECD Model?“, *Intertax*, Vol. 46, No. 6&7/2018, 575.

48 Тако и: Daniela Hohenwarter *et al.* „Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties“, *Intertax*, Vol. 47, No. 2/2019, 145–146.

49 Вид. нпр. Закон о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, ..., 138/2022, чл. 33 ст. 1.

опорезивање бруто прихода не мора нужно да упућује на закључак да је реч о врсти пореза на потрошњу. Наиме, постоје бројне ситуације у којима се порези на доходак (па и добит) у односу на поједине врсте прихода наплаћују по одбитку што, по правилу, подразумева опорезивање њиховог укупног износа, без признавања пореском обвезнику права на одбитак повезаних трошкова.<sup>50</sup> И у том случају је дефинисање пореске основице као бруто прихода последица настојања да се наплата (и контрола) пореза поједноставе, односно учине уопште изводљивом.<sup>51</sup>

Такође, како је претходно објашњено, за разлику од пореза на добит који се заснива на принципу порекла, порез на дигиталне услуге следи принцип дестинације, што је карактеристично за порезе на потрошњу.

Међутим, инциденца пореза на дигиталне услуге није иста као код пореза на потрошњу. Наиме, намера законодавца је да економски терет пореза на потрошњу буде преваљен на потрошаче.<sup>52</sup> Они су, дакле, дизајнирани тако да њихов економски терет понесу крајњи потрошачи, иако су као порески обвезници одређени испоручиоци опорезивих добара/услуга. Тада је реч о законској инциденти (енг. *statutory incidence*). Истина, економски терет било ког пореског облика може, зависно од економских услова на тржишту, бити *de facto* преваљен на лице различито од пореског обвезника,<sup>53</sup> између осталог и на крајњег потрошача. Ипак, у потоњем случају реч је о економској инциденти (енг. *economic incidence*), која није резултат легислативне намере, већ је последица понашања учесника на тржишту.<sup>54</sup> Начелно говорећи, код пореза на дигиталне услуге интенција законодавца није да економски терет понесу потрошачи (односно корисници) услуга, већ мултинационалне групе компанија које такве услуге пружају.<sup>55</sup> Подсетимо, разлог за увођење

50 R. Ismer, C. Jescheck (2018), 577.

51 Описани механизам наплате пореза је од посебног значаја у ситуацијама кад исплата прихода који је предмет опорезивања „напушта“ јурисдикцију која врши субјективно пореско право, тј. кад је прималац нерезиденти порески обвезник. Тада се исплатилац прихода обавезује да обрачуна и плати дуговани порез (по одбитку) у име и за рачун нерезидентног пореског обвезника.

52 Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско њраво*, Институт Отворено друштво/Институт за уставну и законодавну политику, Београд, 1997, 775.

53 Примера ради, економски терет пореза на добит може бити преваљен на акционаре и чланове лица које је порески обвезник, на његове запослене или потрошаче његових производа.

54 За детаљнију анализу концепта пореске инциденце, вид. Don Fullerton, Gilbert E. Metcalf, *Tax Incidence*, Working Paper 8829, National Bureau of Economic Research, Cambridge MA, 2002.

55 Тако и: D. Stevanato (2019), 539.

пореза на дигиталне услуге јесте да се обезбеди правично опорезивање дигиталних гиганата.<sup>56</sup>

Коначно, да би порез на дигиталне услуге могао да се окарактерисхе као сродан порезу на доходак (односно добит) порески обвезник би требало да има право да износ пореза на добит који дугује у одређеној јурисдикцији умањи за износ претходно плаћеног пореза на дигиталне услуге, тј. да му буде признато право на порески кредит. То би посебно било разумно очекивати уколико се порез на дигиталне услуге настоји имплементирати као супститут пореза на добит. Међутим, упоредни прописи, по правилу, не предвиђају такву олакшицу.<sup>57</sup> Олакшица која се пореском обвезнику ставља на располагање јесте право на *одбићак* претходно плаћеног пореза на дигиталне услуге од основице пореза на добит. Другим речима, претходно плаћен порез на дигиталне услуге третира се као (било који други) трошак пословања пореског обвезника.<sup>58</sup> Имајући то у виду, закључујемо да се третман плаћеног пореза на дигиталне услуге уподобљава третману који имају порески облици који нису квалификовани као порези на доходак (добит).

Јасно је, дакле, да одговор на питање о правној природи пореза на дигиталне услуге није једнозначан. За прецизан одговор било би неопходно да се анализи подвргне конкретан пропис којим се уводи порез на дигиталне услуге у одређено национално законодавство, јер га евентуална одступања од напред анализираних прототипних модела могу приближити или порезима на доходак или порезима на потрошњу.

#### IV Недостаци пореза на дигиталне услуге

С обзиром на то да пренебрегава опорезивање према нето принципу, порез на дигиталне услуге може бити проблематичан за пореске обвезнике који послују са губитком или имају ниску профитну маржу. За разлику од обавезе по основу пореза на добит, плаћање пореза на дигиталне услуге не би било искључено ни у случају пореских обвезника који трпе пословне губитке. Премда се бројни упоредни примери пореза на дигиталне услуге не осврћу на тај (потенцијални) проблем,<sup>59</sup> поједина законодавства ипак настоје да га уклоне или у одређеној мери

---

56 European Parliament and the Council, *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*, Brussels 21 September 2017, COM(2017) 547 final, 8, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0547&from=en>, 20. 2. 2023.

57 Belema R. Obuoforibo (2019), 520.

58 Daniela Hohenwarter *et al.* (2019), 146.

59 На њега није указано ни у Предлогу Директиве ЕУ.

ублаже. Тако, рецимо, британски модел пореза на дигиталне услуге експлицитно изузима из домена примене пореске обвезнике који послују са губитком, док за пореске обвезнике са ниском профитном маржом прописује алтернативни начин утврђивања овог пореза.<sup>60</sup> Наведено питање је посебно важно у јурисдикцијама које принцип способности плаћања уздижу на ниво уставног начела, јер би у таквим околностима могло да се постави питање уставности закона којим се уводи порез на дигиталне услуге.<sup>61</sup>

Због високог прага бруто прихода који мултинационална група компанија мора да пређе да би била обвезник пореза на дигиталне услуге, уско дефинисане пореске основице (у погледу обухваћених дигиталних услуга) и релативно ниске стопе, фискални значај пореза на дигиталне услуге је врло ограничен. Упоредноправно посматрано, удео прихода од пореза на дигиталне услуге је испод 0.5% укупних пореских прихода у посматраним јурисдикцијама.<sup>62</sup>

Како смо напред констатовали, начин на који је легислативно-технички конципиран порез на дигиталне услуге не претпоставља нужно преваљивање терета пореза са пореског обвезника – мултинационалне групе компанија на неко друго лице. Ипак, и површна анализа услова на тржишту обухваћених дигиталних услуга упућује на закључак да би економски терет пореза на дигиталне услуге лако могао бити преваљен на крајње потрошаче (односно кориснике), увећањем цене коју мултинационалне компаније наплаћују за пружене услуге.<sup>63,64</sup> Објашњење лежи у готово монополском положају мултинационалних компанија које се налазе у домену примене пореза на дигиталне услуге, односно еластичности понуде и тражње на тржишту дигиталних услуга.<sup>65</sup> Што

60 J. Vella (2019), 827.

61 L. Simmonds (2019), 200.

62 Вид. нпр. Eva Escribano, „Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges“, *Intertax*, Vol. 49, No. 6&7/2021, 530; Stefanie Geringer, „National digital taxes – Lessons from Europe“, *South African Journal of Accounting Research*, Vol. 35, No. 1/2021, 11–12.

63 Congressional Research Service, *Digital Services Taxes (DSTs): Policy and Economic Analysis*, CRS Report, 2019, 9, доступно на: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45532.pdf>, 25. 2. 2023.

64 Ако за пример узмемо услугу таргетованог рекламирања, порески обвезник (нпр. Facebook) може увећањем цене услуге приказивања рекламног садржаја преваљити терет пореза на дигиталне услуге на примаоце тих услуга (нпр. произвођачу одређеног козметичког производа). Прималац услуге рекламирања, заузврат, може увећати цену свог производа, чиме се економски терет пореза на дигиталне услуге коначно преваљује на крајњег потрошача добра које се рекламира.

65 E. Escribano (2021), 531; Wolfgang Schön, „Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, No. 4–5/2018, 278.



су потрошачи у мањој мери спремни да опорезоване дигиталне услуге супституишу другим услугама (или да у потпуности престану да их конзумирају), то је вероватније да ће економски терет пореза бити преваљен на њих.<sup>66</sup> Тако је, примера ради, уочи увођења пореза на дигиталне услуге у Уједињеном Краљевству, *Amazon* најавио увећање различитих накнада које наплаћује потрошачима, и то у проценту који одговара стопи пореза на дигиталне услуге.<sup>67</sup> *Amazon* је на сличан начин поступио и приликом увођења пореза на дигиталне услуге у Француској.<sup>68</sup> У наведеним ситуацијама порез на дигиталне услуге је регресиван, што отвара посебан проблем имајући у виду циљ који се (макар наводно) хтео постићи увођењем пореза на дигиталне услуге, а то је да се дигитални гиганти приморају да плате „фер“ износ пореза, који према постојећим правилима међународног пореског права не плаћају.

Имајући у виду хибридную правну природу пореза на дигиталне услуге, о чему је напред било више речи, тај порески облик није у домену примене уговора о избегавању двоструког опорезивања (у даљем тексту: порески уговори).<sup>69</sup> Начелно говорећи, порески уговори се примењују на порезе на доходак и порезе на имовину.<sup>70</sup> Чл. 2 ст. 2 Модел-конвенције ОЕЦД-а предвиђа да се под порезима на доходак за потребе примене пореског уговора имају сматрати порези који погађају укупни доходак, као и они порези који погађају поједине елементе дохотка.<sup>71</sup> Термин „елемент дохотка“ означава поједини нето приход који, у збиру са осталим нето приходима, чини доходак пореског обвезника. То, заправо, значи да би одређени порески облик могао да доспе под домен примене пореског уговора под условом да се за потребе утврђивања његове основице следи нето принцип.<sup>72</sup> Будући да је основица пореза на дигиталне услуге бруто приход пореског обвезника, наведени

66 OECD (2018), пара. 407.

67 Amazon Services, *Upcoming fee changes in the UK following introduction of Digital Services Tax*, UK Announcements, 20 August 2020, доступно на: <https://sellercentral-europe.amazon.com/forums/t/upcoming-fee-changes-in-the-uk-following-introduction-of-digital-services-tax/322163>, 25. 2. 2023.

68 Simon Chandler, „Amazon Makes Marketplace Sellers Pay for French Digital Tax“, *Forbes*, 19 August 2019, доступно на: <http://perma.cc/24DE-MNZZ>, 27. 2. 2023.

69 R. Ismer, C. Jescheck (2018), 577.

70 У пракси се домен примене пореских уговора *ratione materiae* неретко ограничава на порезе на доходак.

71 OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, доступно на: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>, 27. 2. 2023.

72 Изузетак су поједине врсте прихода у односу на које се порез у земљи извора наплаћује по одбитку (нпр. дивиденде и камате), због чега се за основицу узима бруто износ прихода.

порески облик не би се могао квалификовати као порез на укупни доходак, нити као порез на поједини елемент дохотка пореског обвезника. Последично, порески обвезник неће моћи да ужива погодности које предвиђају порески уговори, пре свега право на порески кредит. Другим речима, порески обвезник неће имати право да порез на доходак (добит) који дугује у држави свог резидентства умањи за износ пореза на дигиталне услуге који је платио у другој држави (тј. држави извора). У неким јурисдикцијама, да поновимо, унутрашње пореско законодавство предвиђа право на одбитак од основице пореза на добит (утврђене у складу са домаћим пореским прописима) пореза на дигиталне услуге који је плаћен у иностранству. Ипак, треба имати у виду да је метод одбитка најмање повољан метод за избегавање двоструког правног опорезивања из угла пореског обвезника.<sup>73</sup> Уз то, Предлог Директиве ЕУ није, чак, ни покушао да обавезе државе-чланице да националним пореским законодавством предвиде право на одбитак, већ је само у преамбули напоменуто да се такав уступак „очекује од држава-чланица“.<sup>74</sup>

Политички најрелевантнија замерка на рачун пореза на дигиталне услуге тиче се његовог дискриминаторног ефекта.<sup>75</sup> Премда порез на дигиталне услуге не води директној дискриминацији страних пореских обвезника, његова поједина обележја отварају простор за њихову индиректну дискриминацију. Пре свега, захтев који се поставља у погледу висине бруто (глобалних) прихода за последицу има изузетно ограничен домен примене *ratione personae* пореза на дигиталне услуге, у оквиру кога су превасходно заступљене америчке мултинационалне групе компанија. Примера ради, процењено је да француски порез на дигиталне услуге погађа 27 мултинационалних група компанија, од чега је чак 17 америчких.<sup>76</sup> Такође, порез на дигиталне услуге погађа (укупне) приходе генерисане пружањем неколико типова уско одређених дигиталних услуга. Начин на који су дефинисане обухваћене дигиталне услуге фактички резултира тиме да у домену примене тог пореског облика несразмерно више (опет) буду заступљене америчке мултинационалне групе компанија.<sup>77</sup> Илустрације ради, европски модел

73 Brian J. Arnold, *International Tax Primer*, Kluwer Law International BV, 2016, 47–48.

74 European Commission (2018), тач. 27.

75 R. Mason, L. Parada (2020), 10–14. За супротно становиште вид. Reuven Avi-Yonah, „After Pillar One“, 6, December 10, 2022, доступно на: <https://ssrn.com/abstract=4299025>, 25. 2. 2023.

76 US Trade Representative, „Report on France’s Digital Services Tax“, *Section 301 Investigation*, December 02, 2019, 26–27, доступно на: [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_On\\_France%27s\\_Digital\\_Services\\_Tax.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf), 26. 2. 2023.

77 Под америчким мултинационалним групама компанија подразумевамо групе компанија чије крајње матично друштво има седиште у САД (премда оне могу

пореза на дигиталне услуге не погађа дигиталне услуге за које корисник плаћа претплату (енг. *subscription*). То, рецимо, значи да иако шведска компанија *Spotify* испуњава услов у погледу *de minimis* прага генерисаних бруто прихода, услуга коју она пружа није обухваћена овим пореским обликом јер корисник за њу плаћа претплату.<sup>78</sup> Дискриминаторни ефекат пореза на дигиталне услуге који је уведен у Француској био је кључни повод за претње Трговинског представника САД (*The US Trade Representative Office*) да ће САД заузврат применити мере одмазде у виду казних царина на увоз добара из Француске.<sup>79</sup> Сличну реакцију је изазвало и прописивање пореза на дигиталне услуге у Аустрији, Индији, Италији, Турској, Уједињеном Краљевству и Шпанији.<sup>80</sup>

## V Будућност пореза на дигиталне услуге – уместо закључка

Порез на дигиталне услуге је у велики број јурисдикција уведен уз експлицитну ограду да се ради о привременом решењу.<sup>81</sup> Бројни проблеми који произлазе из начина на који је конципиран и имплементиран чине да га чак и државе које се одлуче за његово увођење виде као изнуђено решење. У том контексту, можда и најважнија његова улога јесте подстицај који је пружио да се у релативно кратком временском периоду постигне начелни политички консензус о координисаном решењу проблема које је у области опорезивања добити узроковала дигитална економија.

Након неуспелог покушаја из 2015. године, ОЕЦД је наставила рад на формулисању координисаног приступа опорезивању дигиталне економије унутар Инклузивног оквира за *BEPS* (енг. *Inclusive Framework on BEPS*),<sup>82</sup> који данас броји чак 142 јурисдикције. Координисани

---

имати зависно друштво у јурисдикцији која примењује овај порески облик, али то није нужно).

78 Gary Clyde Hufbauer, Zhiyao (Lucy) Lu, „The European Union’s Proposed Digital Services Tax: A De Facto Tariff“, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief 18–15, June 2018, 5–6, доступно на: <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/pb18-15.pdf>, 27. 2. 2023.

79 US Trade Representative (2019), 76–77.

80 Alice Pirlot, Henri Culot, „When International Trade Law Meets Tax Policy: The Example of Digital Services Taxes“, *International Trade Law*, Vol. 55, No. 6/2021, 897.

81 Пример државе која није експлицитно предвидела привремену примену пореза на дигиталне услуге је Француска.

82 Инклузивни оквир за *BEPS* је форум успостављен 2016. године са намером да се државама које нису чланице ОЕЦД-а, а посебно земљама у развоју, пружи прилика да равноправно са чланицама ОЕЦД-а учествују у поступку имплементације *BEPS* препорука, а затим и у поступку изналагања решења за опорезивање дигиталне

приступ, иницијално представљен 2019. године у оквиру ОЕЦД-ове иницијативе под називом Први стуб (енг. *Pillar One*), предвиђа делимично напуштање концепта сталне пословне јединице као предуслова за опорезивање добити нерезидентних обвезника. Суштински циљ поменуте иницијативе је да се макар у односу на део добити највећих и најпрофитабилнијих мултинационалних група субјективно пореско право додели јурисдикцијама на чијој територији се налазе корисници/потрошачи њихових добара и услуга. Начелни политички договор о решењима које предвиђа иницијатива Први стуб постигнут је октобра 2021. године.<sup>83</sup> Важну улогу у постизању тог договора одиграло је обавезивање држава које су увеле порез на дигиталне услуге да његову примену обуставе до почетка имплементације решења предвиђеног Првим стубом, а најкасније до 1. јануара 2024. године.<sup>84</sup>

Међутим, имплементација координисаног решења предвиђеног Првим стубом претпоставља формулисање посебне мултилатералне конвенције којом би била спроведена ревизија постојећег међународног порескоправног оквира, тј. мреже пореских уговора који су тренутно на снази. Чак и да се чланице Инклузивног оквира усагласе око садржине такве конвенције, чини се фактички немогућим да се њена ратификација спроведе у планираном року. Стога је готово извесно да време пореза на дигиталне услуге није прошло. Напротив. Не само да се може очекивати да почетак 2024. године обележи крај суспензије примене постојећих пореза на дигиталне услуге, већ и увођење нових пореза на дигиталне услуге у државама које се на тај корак до сада нису одважиле.<sup>85</sup> Имајући на уму претходно анализирани недостатке пореза на дигиталне услуге,

економије. Вид. OECD Inclusive Framework on BEPS, доступно на: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>, 26. 2. 2023.

83 OECD/G20, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, доступно на: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>, 26. 2. 2023.

84 У оквиру иницијативе Први стуб, ОЕЦД је децембра 2022. године објавила нацрт Мултилатералне конвенције о порезима на дигиталне услуге и другим сличним мерама којом се предвиђа престанак примене пореза на дигиталне услуге и сличних мера у државама уговорницама које су такве мере раније прописале, односно установљава забрана увођења таквих мера у будућности. Вид. OECD, *Pillar One – Amount A: Draft Multilateral Convention Provisions on Digital Services Taxes and other Relevant Similar Measures*, OECD Publishing, Paris, 2022, Art. 37, доступно на: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-draft-mlc-provisions-on-dsts-and-other-relevant-similar-measures.pdf>, 27. 2. 2023.

85 Такву намеру обзнанила је, рецимо, Канада. Department of Finance Canada, *Statement by the Deputy Prime Minister on new international tax reform agreement*, 8 October, 2021, Ottawa, доступно на: <https://www.canada.ca/en/department-finance/>

такав исход забрињава. Уколико заиста буде пропуштен историјски моментум за спровођење координисане ревизије традиционалног међународног порескоправног оквира, биће то још једна победа коју су однеле унилатералне, популистичке, протекционистичке и недовољно добро промишљене пореске мере.

### Коришћена литература

African Tax Administration Forum, *Suggested Approach to Drafting Digital Services Tax Legislation*, ATAF's International Taxation and Technical Assistance Publication, Pretoria, 2020.

Amazon Services, Upcoming fee changes in the UK following introduction of Digital Services Tax, UK Announcements, 20 August 2020, <https://sellercentral-europe.amazon.com/forums/t/upcoming-fee-changes-in-the-uk-following-introduction-of-digital-services-tax/322163>.

Arnold, Brian J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International BV, 2016.

Avi-Yonah, Reuven, „After Pillar One“, 10 December 2022, <https://ssrn.com/abstract=4299025>.

Bruins, Gijsbert.W. J. et al., *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee*, E. F. S. 73. F. 19, 5 April 1923, <https://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml;chunk.id=item-1;toc.depth=1;toc.id=item1;database=;collection=;brand=default>.

Bunn, Daniel, Asen Elke, *What European Countries Are Doing about Digital Services Taxes*, Tax Foundation, 2022, <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2022/>.

Veisdal, Jørgen, „The dynamics of entry for digital platforms in two-sided markets: a multi-case study“, *Electronic Markets*, Vol. 30, Sept. 2020.

Vella, John, „Digital Services Taxes: Principle as a Double Edged Sword“, *National Tax Journal*, Vol. 72, No. 4/2019.

Geringer, Stefanie, „National digital taxes – Lessons from Europe“, *South African Journal of Accounting Research*, Vol. 35, No. 1/2021.

Department of Finance Canada, Statement by the Deputy Prime Minister on new international tax reform agreement, 8 October 2021, Ottawa, <https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/10/statement-by-the-deputy-prime-minister-on-new-international-tax-reform-agreement.html>.

---

[news/2021/10/statement-by-the-deputy-prime-minister-on-new-international-tax-reform-agreement.html](https://www.canada.ca/en/department-finance/news/2021/10/statement-by-the-deputy-prime-minister-on-new-international-tax-reform-agreement.html), 27. 2. 2023.

- Devereux, Michel P. et al., *Taxing Profit in a Global Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Escribano, Eva, „Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges“, *Intertax*, Vol. 49, No. 6&7/2021.
- Ismer, Roland, Jescheck Christoph, „Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing the Boundaries of Article 2 of the OECD Model?“, *Intertax*, Vol. 46, No. 6&7/2018.
- Jones, Ben et al., „Taxing the digital economy: The unilateral approach“, *Tax Journal*, No. 1389/2018.
- Kim, Young R. C., Shanske Darien, „State Digital Services Taxes: A Good and Permissible Idea (Despite What You Might Have Heard)“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 98, No. 2/2022.
- Mason, Ruth, Parada Leopoldo, „The Legality of Digital Taxes in Europe“, *Public Law and Legal Theory Paper Series 2020–50*, April 2020.
- Mpofu, Favourate Y., Moloi Tankiso, „Direct Digital Services Taxes in Africa and the Canons of Taxation“, *Laws: Review*, Vol. 11, No. 57/2022.
- Obuoforibo, Belema R., „A Critical Examination of the Proposed UK Digital Services Tax“, *European Taxation*, Vol. 59, No. 11/2019.
- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, 2013, [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en).
- OECD, Inclusive Framework on BEPS, <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>.
- OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>.
- OECD, *Pillar One – Amount A: Draft Multilateral Convention Provisions on Digital Services Taxes and other Relevant Similar Measures*, OECD Publishing, Paris, 2022, <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-draft-mlc-provisions-on-dsts-and-other-relevant-similar-measures.pdf>.
- OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, OECD Publishing, Paris, 2018, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264293083-en.pdf?expires=1674328688&id=id&accnam e=guest&checksum=CD9FD6519A34BAED64526A60CD799B0E>.
- OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris, 2015, <https://www.oecd.org/tax/beps/>

- addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm*.
- OECD/G20, *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.
- Pirlot, Alice, Culot Henri, „When International Trade Law Meets Tax Policy: The Example of Digital Services Taxes“, *International Trade Law*, Vol. 55, No. 6/2021.
- Поповић, Дејан, *Наука о њорезима и њореско њправо*, Институт Отворено друштво/Институт за уставну и законодавну политику, Београд, 1997. (Popović, Dejan, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo/Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku, Beograd, 1997)
- Schön, Wolfgang, „Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, No. 4–5/2018.
- Simmonds, Laura, „Comments on the Digital Services Tax: A Panacea or Placebo for the Taxation of the Digital Economy?“, *Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights* (eds. Pasquale Pistone, Dennis Weber), IBFD, Amsterdam, 2019.
- Sinnig, Julia, *Taxation, Data and Destination: An Analysis of Destination-Based Taxation from the Perspective of Tax Principles and Data Protection Regulation*, IBFD, Amsterdam, 2022.
- Stevanato, Dario, „Are Turnover-Based Taxes a Suitable Way to Target Business Profits?“, *European Taxation*, Vol. 59, No. 11/2019.
- US Trade Representative, „Report on France’s Digital Services Tax“, Section 301 Investigation, 2 December 2019, [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_On\\_France%27s\\_Digital\\_Services\\_Tax.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_On_France%27s_Digital_Services_Tax.pdf).
- Fullerton, Don, Metcalf Gilbert E., *Tax Incidence*, Working Paper 8829, National Bureau of Economic Research, Cambridge MA, 2002.
- Hohenwarter, Daniela et al., „Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties“, *Intertax*, Vol. 47, No. 2/2019.
- Hufbauer, Gary Clyde, Zhiyao (Lucy) Lu, „The European Union’s Proposed Digital Services Tax: A De Facto Tariff“, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief 18–15, June 2018, <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/pb18-15.pdf>.
- Calvanoa, Emilio, Polo Michele, „Market power, competition and innovation in digital markets: A survey“, *Information Economics and Policy*, Vol. 54, 2021.

Chandler, Simon, „Amazon Makes Marketplace Sellers Pay for French Digital Tax“, *Forbes*, 19 August 2019, <http://perma.cc/24DE-MNZZ>.

Comptroller of Maryland Peter Franchot, „Comptroller Issues Statement on Digital Ad Tax Ruling“, News Release, 20 October 2022, <https://content.govdelivery.com/accounts/MDCOMP/bulletins/33371b7>.

Congressional Research Service, *Digital Services Taxes (DSTs): Policy and Economic Analysis*, CRS Report, 2019, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45532.pdf>.

**Dr Gordana Ilić Popov**

Full professor at University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

**Lidija Živković, LL.M. (WU)**

Assistant at University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

## DIGITAL SERVICES TAX: DESIGN, LEGAL NATURE AND PERSPECTIVES

### Summary

*This paper deals with the concept of digital services tax. This fairly novel type of tax is being introduced by numerous jurisdictions around the world in an attempt to address the challenges posed to the taxation of profits by innovative business models which are at the core of multinational enterprises active in the domain of digital economy. The authors firstly analyse the crucial design elements, as well as the functioning of the digital services tax. Based on the results of the conducted analysis they further question the (hybrid) legal nature of such tax. Finally, they discuss the most important shortcomings of the digital services tax and assess the prospects for its persistence on the international tax scene in the light of the potential implementation of the coordinated approach to the taxation of digital economy envisaged by the OECD Pillar One initiative. The analysis of the digital services tax is especially relevant in the context of the continuous development and growth of the ICT sector in Serbia.*

**Key words:** *Digital Services Tax (DST). – Taxation of the Digital Economy. – Destination-Based Taxation. – Taxing Rights Allocation.*

Датум пријема рада: 10. 3. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 3. 2023.



УДК: 331.103:004.738.5

CERIF: S 144, S 146

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23102A

др **Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ\***  
виши научни сарадник Института друштвених наука у Београду,  
Србија

## СУБОРДИНАЦИЈА *VERSUS* АУТОНОМИЗАЦИЈА И ЊИХОВЕ ГРАНИЦЕ КОД ДИГИТАЛНОГ РАДА\*\*

### Сажетак

*Промене карактеристика економско-социјалног модела капиталистичког привредног система у правцу осигурања веће одрживости, што је резултирало актуелизацијом и промовисањем модела одрживог развоја на међународном нивоу, док се, све више налашава изв. „зелена димензија“ одрживог развоја, неизоставно су захтевале одређена преиспитивања традиционално дефинисаног модела рада. Нарочито се истиче феномен глобализације и дигитализације производње, што води ка својерсној „глобо-дигитализацији“ рада, те неопходности утврђивања концептуалног оквира, као и праћеће нормативног обликовања нових, фактичких форми рада у традиционалним институционалним оквирима заштитне.*

*Сагледавањем теоријских и концептуалних постулата традиционално дефинисаног модела рада, односно традиционалног радног односа,*

---

\* Електронска адреса аутора: [sanzazlatanovic1@gmail.com](mailto:sanzazlatanovic1@gmail.com).

\*\* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2023. годину, који подржава Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

са фокусом на честіо, у літератури, истицаної елементи субординације као йосебно сйорної у околностима убрзане дигіталізації, у раду се настоји да се криїички анализирају елементи йзв. дигіталної радної односа. Осим йоїа, на йримеру решења немачкої йрава, циљ је уйврђивање сйања реїулативе у друїим државама и у домаћем йраву, на начин да се дойрнесе академској расйрави у обласїи која се убрзано развија.

**Кључне речи:** Традиционални радни однос. – Дигітални радни однос. – Елементи радної односа. – Субординација. – Аутономизація.

## I Увод

Развој информационих и комуникационих технологија довео је до значајних промена у организацији пословања и рада, те последично условио појаву нових форми рада. Овде се нарочито издвајају облици када се рад обавља ван пословних просторија послодавца (тзв. рад на даљину), као и уопште без физичког, тј. просторног дефинисања места рада, односно рад преко дигиталних платформи (тзв. платформски рад). Феномен дигиталног рада, термилошки, деривира и везује се за појмове – платформске економије, колаборативне економије, односно гиг економије, те се обично изражава кроз принцип „*Caring is sharing*“. Као предност овог облика рада наводи се осигурање одрживости пословања, али и одрживости рада, у смислу укључивања што већег броја радно способних појединаца у радни процес, као и смањење рада на црно, односно рада у сивој економији. Међутим, независно од неупитних предности дигиталног рада, будућност радног права у смислу развоја и прилагођавања променама економско-социјалног модела, те утврђивања основних концептуално-теоријских постулата, *per se* захтева додатно сагледавање, те усаглашавање традиционалних радноправних института са савременим променама у организацији и начинима рада. С тим у вези, као нарочито изазовно за нормирање и примену правних правила, издваја се питање дефинисања начина делотворног остваривања субординације, као важног елемента традиционалног радног односа. Подређеност запосленог нормативној и дисциплинској власти послодавца код свих форми дигиталног рада начелно је остварена, док се подређеност управљачкој власти често доводи у питање.

У раду се, применом правнотеоријског и аксиолошког метода у једном развојном контексту, анализирају услови и начини за остваривање

субординације, у околностима развоја дигиталних технологија, као и све чешћег радног ангажовања радника путем дигиталних платформи, те путем других облика рада на даљину. Обавезе запослених, односно њихова одговорност везана за физичко присуство на тачно дефинисаном месту рада када послодавац може директно давати управљачке инструкције, као и одговорност у контексту утврђеног радног времена за обављање радних задатака, код скоро свих форми дигиталног рада, занемарују се, односно утврђују се флексибилно. Сада, уместо субординације, аутономизација у погледу радног места и радног времена постаје битан елемент тзв. дигиталног радног односа, док поједини аутори, попут Палинија истичу тзв. „ослабљену субординацију“,<sup>1</sup> односно повећану аутономију запосленог насупрот традиционално дефинисаним оквирима управљачке власти послодавца. Тако, ослабљена аутономија, као тенденција, везује се за италијанску судску праксу, где се тумачењу обележја субординације код утврђивања постојања радног односа приступа све флексибилније, на начин да се, заправо, утврђује врста и природа радне активности појединца, затим његова функционална улога у оквиру организационе структуре компаније, као и саме карактеристике пословања, чиме се појам субординације све чешће релативизује.<sup>2</sup> Као последица све веће аутономизације код дигиталног рада, намеће се питање избора адекватног метода и ефективног квалификационог механизма за оцену и потврду субординираног рада у новим околностима. Редефинисање традиционалних елемената, односно обележја радног односа, са фокусом на, у овом случају, споран елемент субординације, захтева преиспитивање свих „могућих“ елемената традиционалног радног односа, а нарочито обележја интеграције у радну организацију, на страни радника, односно одговорности за ризик пословања, на страни послодавца. Међутим, овде треба имати у виду то, да је утврђивање основних елемената традиционалног радног односа спорно, како у домаћем праву тако и у упоредном, те да не постоји доктринарна али и јуриспруденциона сагласност код дефинисања радног односа, с тим да, ипак, доминира становиште где се основним елементима традиционалног радног односа сматрају добровољност, престација (личног) рада, плаћеност и субординација.<sup>3</sup> Стога, иманентна неуједначеност, односно несасгласност везана за елементе радног односа, што даље условљава различитост дефиниција уговора о раду у теорији, и у упоредном праву везује се за сам настанак радног права,

1 Massimo Pallini, „Towards a new notion of subordination in Italian Labour Law?“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, No. 1/2019, 2.

2 *Ibid.*

3 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за ошказ ујовора о раду*, Београд, 2016, 52.

као гране права, и питања издвајања, односно аутономије у односу на грађанско. Тако, настанак индивидуалног радног права у европско-континенталном правном систему јесте заснован на прокламовању начела слободе рада, уз примену механизма интервенционизма државе, а све са циљем осигурања формалноправне једнакости уговорних страна код закључења уговора о раду, где фактичка неједнакост условљена економском моћи послодавца захтева примену мера државе и заштиту слабије стране у таквом односу.<sup>4</sup> Ипак, овде се поставља питање, да ли је могуће отклонити природну неједнакост радника и послодавца у условима када је субординација дефинисана као битан елеменат радног односа, о чему се и данас воде академске дебате везане за тзв. институционалну, односно уговорну аутономију и фактичку аутономију код уговора о раду.<sup>5</sup> Наведено, нарочито, добија на значају у условима глобализације производње и рада, те пратеће дигитализације, где се чини да „правна“, односно институционална аутономија традиционалног радног односа установљена у време настанка радног права у другој половини 19. и почетком 20. века, сада у околностима IV индустријске револуције, настоји да се идентификује са фактичком аутономијом код тзв. дигиталног радног односа, али и да се, под одређеним условима, изједначи са самосталном предузетничком делатношћу, уклањањем стриктних разлика између зависног традиционалног радног односа и samozапoшљавања, односно независног рада. Ово се, додатно, наглашава утврђивањем категорије економски зависних samozапoслених лица,<sup>6</sup> која уживају одређену радноправну и социјалноправну заштиту. С тим у вези, сагледано у ширем смислу, и на нивоу гране права – иако се онедавно све више налазе академски текстови који указују на тзв. крај радног права<sup>7</sup> у условима глобализације, пратеће експлоатације и дигитализације, могуће је и предметном питању приступити на начин да, наизглед, неповољни спољни услови могу бити искоришћени као потенцијал за развој, односно својеврсну еволуцију традиционалног радног односа. Ово потврђује и чињеница актуелизације и промовисања ширења

4 Бранко Лубарда, *Радно право, Расправа о госпoјансћиву на раду и социјалном гужалоју*, Београд, 2012, 156.

5 Alan Bogg, Cathryn Costello, ACL Davies, Jeremias Prassl (eds.), *The Autonomy of Labour law*, Oxford, 2015, 3.

6 Под економски зависним samozапoсленим лицима подразумевају се они који су правно независни, те се могу класификовати у категорију samozапoслених лица али су економски зависни, односно раде за само једног послодавца, односно клијента или веома мали број њих. Rossella Bozzon, Annalisa Murgia, „Independent or dependent? European labour statistics and their (in)ability to identify forms of dependency in self-employment“, *Social Indicators Research*, No. 160/2022, 201.

7 Martin Vranken, *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*, Carlton, 2009.

радноправне, односно социјалноправне заштите и на субјекте који је до сада нису уживали, попут економски зависних samozапослених лица, као и радника који су ангажовани флексибилно са приличном аутономијом у обављању радних задатака.

## II Редифинисање традиционалног радног односа – ка појмовном одређењу тзв. дигиталног рада

Дефинисање, односно утврђивање постојања радног односа, како у правној теорији, тако и у законодавству и судској пракси, од настанка радног права прате приметне тешкоће и изазови. Оне деривирају из саме идеје признавања радних права и радноправне заштите слабије стране у односима који се заснивају поводом рада и у вези са радом. У основи, проблем изједначавања фактички економски неједнаких страна у односу, повезује се са утврђивањем доминације економских интереса над социјалним и *vice versa*. Наиме, у ширем смислу, према Бодри (*Baudry*) и Шасањон (*Chassagnon*) овде се конфронтирају два основна модела традиционалног радног односа – економски и социјалнополитички, где је први карактеристичан за англосаксонски правни систем, односно за Сједињене Америчке Државе првенствено, док је други својствен европско-континенталном, уз пример Француске, као државе која има дугу правну традицију развоја институција. Тако, економски модел радног односа произлази из либералног концепта тржишта рада и на том основу утврђених улога заинтересованих страна, где се елементи радног односа утврђују преговорима између организација радника и организација послодаваца, те је балансирање моћи уговорних страна препуштено њима самима, док социјалнополитички модел почива на интервенционализму политичких актера, односно државе која доноси, уз одређено учешће представника радника и представника послодаваца, стандарде рада и регулише радни однос.<sup>8</sup> Стога, у основи дефинисања радног односа и елемената уопште јесте култура рада, као и усвојени економски модел функционисања привредних односа. Приметно је да, уколико се сагледају различити правни системи, односно решења упоредног права одабраних, репрезентативних држава, односно Сједињене Америчке Државе, на једној страни, водеће државе Европе, али и Кина, на другој, законодавац је често избегавао да дефинише појам радника, односно послодавца и последично да јасно утврди елементе радног

---

8 Bernard Baudry, Virgile Chassagnon, „The analysis of employment relationship in contract Economic theories: a critical review based on the nature of American and French labor laws“, *Économie et institutions*, Online, Nr. 27/2018, 2.

односа, што је условило проблеме у пракси и значајну неуједначеност.<sup>9</sup> Осим тога, посебан изазов представља и то што се институт радног односа изучава како у оквиру радног права, тако и других сродних научних дисциплина друштвених наука, попут индустријске социологије, политичких наука, социјалне психологије, менаџмента људских ресурса, као и, доминантно, економских наука. С тим у вези, Деакин (*Deakin*) и Ноја (*Njoya*) наглашавају својеврсну „интердисциплинарни отвореност“ појма радног односа, мада би она више била мултидисциплинарна, где радно право приступа сагледавању и анализи радног односа као аутономног институционалног феномена чији је утицај везан за начин на који је економски доминантна јавнополитичка доктрина имплементирана у формалне нормативне оквире, односно дефиниције радног односа произлазе из усвојеног економско-социјалног модела државе, а радно право јесте инструмент остваривања циљева јавне политике.<sup>10</sup> Тако, дефиниције радног односа, у теорији, имају економску, социјалну и психолошку димензију, где економска сагледава радника као „*homo economicus-a*“, односно као рационално биће које водећи се искључиво сопственим профитним интересима продаје одређене услуге, тј. робу, док социо-бихејвиорални приступ подразумева сагледавање радника као комплексног бића које је мотивисано ширим општечовечанским вредностима, као што су слобода, аутономија, статус, сатисфакција, алтруизам, правда и правичност.<sup>11</sup> Данас преовладавају хибридне, односно мешовите дефиниције којима се настоји интегративно сагледати комплексност односа који настају поводом рада и у вези са радом, на начин да укључују како економске карактеристике таквог рада, тако и оне јавнополитичке, социјалне и психолошке. Ипак, традиционалне дефиниције, чак и у условима када се указује на кризу радног односа, те опстанак радног права као правне дисциплине, у светлу појаве нових флексибилних форми рада, и савремених облика експлоатације радника опстају, те се у правној теорији радни однос дефинише као правни однос

9 Hu Dawu, „The criteria for employment relationship in China“, *Labour Law Research Network*, Inaugural Conference, University Barselona, June 2013, доступно на адреси: [chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf\\_Dawu.pdf/cbbdd091-9b68-40fd-a33b-e3ac4e4a164b](chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_Dawu.pdf/cbbdd091-9b68-40fd-a33b-e3ac4e4a164b), 30. 10. 2022, 5.

10 Simon Deakin, Wanjiru Njoya, „The legal framework of employment relations“, Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 349, доступно на адреси: <https://www.cbr.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/wp349.pdf>, 2. 11. 2022, 2–3.

11 John W. Budd, Devasheesh P. Bhave, *The employment relationship: key elements, alternative frames of reference, and implications for HRM*, SAGE Handbook of Human Resource Management, 2019, 43–44.

успостављен између радника и послодавца, слободно и добровољно, уз укључивање у радни процес, где се рад обавља лично у име, за рачун и под управљачком, нормативном и дисциплинском влашћу послодавца, на чијој је, пак, страни обавеза исплате зараде и осигурање других уговорених услова рада.<sup>12</sup> Дакле, основни елементи традиционалног радног односа остају добровољност, плаћеност, лично извршење рада, интегрисаност у радни процес која се, пак, од стране појединих аутора сматра само индицијом субординације, не и посебним елементом радног односа и, свакако, субординација. Приметно, сви наведени елементи правне су природе док они социјалног карактера изостају, примера ради, лојалност на страни радника, односно сношење ризика пословања на страни послодавца или, пак, узајамно поверење, те добра вера уговорних страна. На другој страни, поједини аутори, у настојању да мултидисциплинарно и холистички сагледају радни однос, исти дефинишу као „економски, правни, социјални, психолошки и политички однос где радник посвећује време и даје одређена знања, односно вештине ради остварења интереса послодавца у замену за личне финансијске и нефинансијске користи.“<sup>13</sup> Потоња дефиниција се, под одређеним условима, може применити у условима новог економско-социјалног модела одрживог развоја, где се у контексту остваривања циљева из Агенде о одрживом развоју 2030 Уједињених нација, идеја неограниченог економског раста сагледава у оквирима остваривања циљева социјалне једнакости, односно политике еколошке одрживости. Наиме, уколико се радни однос разматра у ширем контексту усвојеног глобалног модела економско-социјалне политике, а радно право као инструмент имплементације, посебно у условима цивилизацијског напретка и развоја дигиталне технологије, стриктно лимитирање елемената радног односа на оне традиционалне, из времена настанка радног права, као гране права, могу утицати на умањење његовог значаја, без песимистичког прејудицирања његовог краја. Радно право, у смислу остваривања циљева економско-социјалне политике и утврђених доктринарних становишта, неизоставно мора прилагодити институте производним променама и променама у организацији пословања. Радни однос јесте флуидног карактера, условљен је економским условима тј. утврђеним моделом производње и пословања, али и социјалним циљевима, као и самом културом рада у одређеном друштву, док је, данас, исто тако

---

12 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, 39–40.

13 Keri Spooner, Ali Haidar, „Defining the employment relationship“, *Teaching, Learning and Research in Institutions and Regions: Proceedings of the 5th Annual Conference of the Pacific Employment Relations Association* (eds. Dennis Mortimer, Gordon Stewart), Sydney, 2005, 271–272.

зависан и од еколошких политика умањења утицаја и адаптације на климатске промене. Посебно у условима јавноздравствене кризе изазване пандемијом *Covid 19*, али и пре тога, употреба информационих и комуникационих технологија у процесу рада условила је одређене промене самог радног односа. Сада рад може да се обавља ван пословних просторија послодавца, у било које време и са било ког места, сходно природи посла, те се термини *дигитално радно место*, али и *дигитални радни однос* све чешће наводе у стручној јавности и постају предмет академских дебата. У ширем смислу, *дигитални рад* јесте рад применом и преко дигиталних технологија које запослени користе као регуларно средство рада, с тим да укључује и она комуникациона средства која, пак, послодавац користи независно од запосленог са циљем неметаног функционисања пословања, а која се често шире, па укључују примену напредних информационих технологија, а садрже елементе аутоматизације и примене вештачке интелигенције у пословању, односно организацији пословања и самог рада.<sup>14</sup>

Чисто сагледано са правног становишта, радни однос јесте правни однос који настаје закључењем уговора којим се дефинишу услови рада. Овде, елементи добровољности и личног извршења рада, како код традиционалних форми тако и код нових, флексибилних и дигиталних нису спорни, а основ налазе изворно у начелу слободе рада као универзалној етичкој и социјалној вредности, те се могу сматрати истовремено правним и социјалним. Све ово у контексту горе наведене дефиниције која радном односу приступа интегративно и мултидисциплинарно. Даље, плаћеност јесте чисто економска карактеристика радног односа преузета и заштићена правом, и везује се за размену ресурса где лице, у овом случају радник, ставља на располагање своје способности, знање и вештине, док у замену добија одређену финансијску надокнаду. Такође, плаћеност као елеменат традиционалног радног односа примењена је и код дигиталног рада. Међутим, у појединим правним системима, постојање радног односа везано је за утврђивање индикатора, где се као један од могућих јавља и зарада у смислу процене, да ли је она периодичног карактера, као и да ли чини значајан део прихода радника.<sup>15</sup> С тим у вези, код појединих облика дигиталног рада, зарада не испуњава наведене услове. Као нарочито споран елеменат, на крају, остаје субординација, односно подређеност запосленог управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца, чије утврђивање код

14 Elizabeth Marsh, Elvira Perez Vallejos, Alexa Spence, „The digital workplace and its dark side: An integrative review“, *Computers in Human Behavior*, No. 128/2022, 2.

15 *The employment relationship, Report VI, 95<sup>th</sup> Session*, International Labour Organization, Geneva, 2006, 8.



нових флексибилних, односно дигиталних облика рада јесте посебно изазовно и предмет је дебата, како међу теоретичарима, тако и правним практичарима. Прихватање субординације као битног елемента традиционалног радног односа веже се за инхерентну економску природу рада, и послодавца који је власник капитала, односно средстава и опреме за рад, где радник својевољно прихвата ограничења аутономије у обављању радних задатака за послодавца, док у замену поред зараде добија и заштиту од одређених социјалних ризика.<sup>16</sup> Тако, легитимност субординације, односно подређености произлази из аутономије, односно прихвата запосленог и има свој реципроцитет, односно компензована је утврђеним користима за запосленог у смислу заштите од социјалних ризика. Овде ваља указати и на то да се често у литератури интегрисаност у радну средину изједначава са субординацијом,<sup>17</sup> или се пак разматра као индикатор за утврђивање исте код спровођења тестова зависности, односно подређености запосленог и утврђивања постојања радног односа. Тако, техничка и функционална интегрисаност лица у организациону структуру предузећа јесте важан индикатор код утврђивања субординације у државама *common law* система, с тим да је карактеристичан и за државе Европе, односно Француску, Шпанију и Португал.<sup>18</sup> Други аутори, као што је већ речено, интегрисаност квалификују као посебан елемент радног односа. У оба случаја, како субординација, тако и интегрисаност у радну средину, код дигиталног рада добијају флексибилну форму и нису увек јасно диференцирани. Код субординације управљачка овлашћења послодавца према тзв. дигиталном раднику нису увек и фактички остварљива, будући да место рада обично није и место на коме је присутан послодавац, односно време обављања радних задатака није прецизно утврђено, док код платформског рада<sup>19</sup> не постоји обавеза радника да прихвати сваки

16 S. Deakin, W. Njoya, 9.

17 K. Spooner, A. Haidar, 269.

18 Felicia Rosioru, „The changing concept of subordination“, доступно на адреси: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-changing-concept-of-subordination-Ro%C5%9Fioru/fba36801b7baf653a5f51ebedc1e647177413163>, 1. 11. 2022, 25.

19 Поједини аутори платформске раднике класификују у две категорије: као лажно samozапослена лица и оне који су радно ангажовани на основу неког уговора грађанског права, најчешће уговора о делу или ауторског дела. Марио Ређановић, Јована Мисаиловић, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Сирани њравни живоић*, бр. 3/2021, 418. Међутим, овде, под платформским радником се сматра лице које рад обавља користећи одређену дигиталну платформу, односно софтвер као основ за пружање услуга и претпоставку, односно опрему за обављање радних задатака. Дефиниција Вукорепе у том смислу јесте прихватљива, где је платформски рад дефинисан као нови облик рада који је омогућила дигитална технологија, а карактерише га тространи радни однос између

радни задатак, већ је он аутономан у одабиру времена када ће прихватити конкретну понуду. Стога, имајући у виду диверзитет облика рада у дигитално доба, обим, природа и степен контроле, односно зависности радника од послодавца, као и интегрисаност у радну средину добијају нове оквири. Често се они налазе негде на пола пута између традиционалне подређености у оквирима радног права и иманентне аутономије из корпуса основних људских права.

### III Субординација *versus* аутономизација код дигиталног рада – нови-стари елементи радног односа

У условима глобализације и децентрализације производње, економских, социјалних и демографских промена, модел рада добија другачију природу и поприма различите облике, што је додатно подстакнуто технолошким напретком и развојем дигиталних технологија. Повећан ниво образовања тј. квалификација радника, односно улагање у вештине и знање, промовисање концепта целоживотног учења, су све фактори који су утицали на појаву и повећање флексибилности облика рада. Социјална и психолошка димензија рада кога одликује изразита комплексност наглашена је, те индивидуални рад често подразумева иницијативу појединца, односно радника, као и интелигентно поступање и логичко закључивање. Овде је битно истаћи разлику између модела рада у ери Фордизма, где се рад појединца заснивао на претходном планирању индивидуалних радних задатака, и целокупног радног ангажовања од стране послодавца, чија је доминантна одлика репетитивност радних задатака, док данас, у условима економије засноване на знању, иновацијама и изврсности, што је, затим, промовисано у оквирима принципа тржишне конкуренције, целокупан процес рада заснован је на тзв. субјективизму појединаца, односно радника, као својеврсни предуслов интеграције са другим запосленима и уопште интеграције у оквиру целокупне радне организације.<sup>20</sup> С тим у вези, дигитална трансформација условила је преузимање иницијативе и одговорности свих радно ангажованих лица, од главног менаџмента

---

дигиталне платформе, пружаоца услуга, односно радника и клијента, те може бити обављан на основу уговора о раду или уговора о делу, односно ауторском делу. Ivana Vukorepa, „Cross-border platform work: riddles for free movement of workers and social security coordination“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 70, br. 4/2020, 481.

20 Patrick Dieuaide, „Autonomy, general working capacity and collective action“, *Labour and employment in a globalizing world autonomy, collectives and political dilemmas* (eds. Christian Azaïs), Bruxelles, 2011, 141.

компанија, преко средњег руководства до самих радника.<sup>21</sup> Концепција аутономије која се изједначава са „мобилизацијом когнитивних капацитета радника и субјективним залагањем, те враћањем рада раднику“, затим сагледавање аутономије као облика интеграције и повезивања индивидуалног рада појединаца са другим средствима и опремом за рад (данас су то обично технолошки напредни уређаји, односно генерички – информационе технологије) у оквирима процеса рада, где у крајњем аутономија представља део професионалне интеграције и шире социјализације у оквиру радне организације,<sup>22</sup> а супротно од концепта где се аутономија стриктно изједначава са независношћу и непостојањем субординације, подржава модел дигиталног рада, односно дигиталног радног односа и утврђивања радноправне и социјалноправне заштите истог. Аутономизација рада у дигитално доба, јесте и „нематеријална, интелектуална и ментална интеграција у оквиру радне организације“, схваћена у функционалном смислу, односно на начин да се допринесе остваривање циљева послодавца, који, пак, сноси ризик пословања.<sup>23</sup> Наведени покушаји дефинисања појма аутономије у области рада и у контексту дефинисања радног односа ретки су, те је број аутора правничке провинијенције који је приступао анализи института аутономије у праву незнатан, с тим да је питање аутономије било више предмет сагледавања у оквирима политичке филозофије, а у контексту утврђивања повезаности са идејом социјалне правде.<sup>24</sup> Становиште Роналда Дворкина везано за аутономију и социјалну правду засновано је на идеји да аутономија није ништа друго већ приступање појединцу на основу примене начела једнакости, где се код тумачења правних стандарда, треба држати интегративности правних норми и интерпретације на начин утврђивања функције правних правила у систему права, али све то у ширем оквиру утврђених јавних политика.<sup>25</sup> Стога, примењено у доба дигитализације производње и политике економско-социјалног модела одрживог развоја, концепт аутономије као једнакости, укључујући и осигурање једнакости радника у смислу примене антидискриминаторских правила, поред концепта аутономије као функционалне интеграције, подржавају ширење радноправне заштите

21 Olga V. Azoeva, Larisa Yu. Mikhalevich, Vladislav A. Ostapenko, Galina A. Shim, „The labor nature changes and its regulation challenge caused by global digitalization of business“, *International Journal of Organizational Leadership*, No. 9/2020, 173.

22 P. Dieuaide, 135–136.

23 Edoardo Ales, „Subordination at risk (of „Autonomisation“): evidences and solutions from three European countries“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, No. 1/2019, 67.

24 Sanja Stojković Zlatanović, Ivana Ostojić, „Labour law status of platform workers – between autonomy and subordination“, *Regional Law Review*, Belgrade, 2021, 278.

25 Ronald Dworkin, „The model of rules“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1/1967.

и на раднике који су ангажовани преко, односно претежно раде применом информационих технологија. Осим тога, Палинијев појам тзв. „ослабљене субординације“,<sup>26</sup> односно повећане аутономије радника у промењеним условима организације производње и рада имплицира да се аутономија у дигитално доба може сматрати измењеном, односно *прилагођеном субординацијом*, додатно потврђеном, горе наведеним становиштем изједначавања аутономије са когнитивном, односно функционалном интеграцијом у радну организацију, будући да се у теорији али и правној пракси често интеграција користи као индикатор утврђивања традиционалне субординације. Тако, савремена аутономија, тј. аутономија дигиталног рада може се сагледати и као прилагођена субординација, која основ проналази у идеји слободе рада и још шире – идеји социјалне правде, на начин тумачења који *a priori* не подразумева тај да један другог искључују, већ да је традиционалан елемент радног односа, тј. субординација настала на основама аутономије радника из чега, пак, црпи легитимност. Наиме, једно од могућих тумачења јесте и то да појам аутономије и појам субординације у контексту савременог рада чине две стране једне исте медаље – интеграције у радну организацију и обезбеђења функционалности пословања. У том случају, интеграција у радну организацију била би својеврсна замена за традиционалну субординацију, а у условима промена у моделу пословања, укључила како традиционалну субординацију, тако и ону прилагођену, односно ослабљену, односно тзв. аутономизацију.

#### IV Дискусија – пример немачког и поглед на домаће право

У теорији налазе се више могућих предлога модела ширења радно-правне и социјалноправне заштите, на начин да она укључи и радно ангажована лица у формама која се не могу лако квалификовати у једну од постојећих категорија – зависног, односно независног рада и традиционално успостављене бинарне поделе. Тако, доминирају следећа решења: 1. модификација тумачења института субординације у правцу његовог проширења тако да укључи и граничне категорије; 2. увођење нове категорије радног односа тзв. квази-субординираног радног односа који би укључио више могућих облика флексибилног рада чији би се, пак, ниво и степен заштите уредио градијелно; и 3. ширење корпуса основних радних права иза концепта субординантног радног односа.<sup>27</sup> Како би

26 M. Pallini, 2.

27 Nikola Countouris, *Defining and regulating work relations for the future of work*, ILO-Geneva, 2019, 11–14.

се превазишло потенцијално кршење основних економско-социјалних права појединих категорија радника који су негде на пола пута између зависног рада и samozапослености, у теорији али и законодавству и судској пракси, питања избора квалификационог критеријума за оцену и утврђивање савременог радног односа у дигитално доба актуелизована су. Доминантно и често истицано доктринарно становиште јесте *концепт универзалној радној односа*, где се као начин за превазилажење стриктне бинарне поделе рада предлаже ширење дефиниције радника тако што би основни квалификациони елемент било ангажовање лица у корист другог, односно послодаваца, тј. обављање делатности у име и за рачун другог.<sup>28</sup> Овде је важно нагласити да зависан радник не сноси ризик пословања, те стога не дефинише његове циљеве, док код samozапосленог лица ово јесте значајан квалификациони критеријум.

Дигитални рад одликује могућност рада било где и у било које време, док је често усмерен ка резултатима рада, те представља више облигацију циља него средства, што је и био један од разлога искључивања социјалноправне заштите и усмеравања ка односима грађанског права. Све ово уз нејасне контролне могућности послодавца. Стога, поједини аутори, а везано за подручје примене немачког права, где чл. 611 немачког Грађанског законика дефинише уговор о раду као уговор којим се успоставља радноправни однос и тај однос постоји у праву уколико је одређено лице везано инструкцијама послодаваца, односно да су такве инструкције на други начин екстерно утврђене,<sup>29</sup> настоје да направе простор за ширење дефиниције, односно радноправне заштите и на оне који су ангажовани флексибилно. Израз „на други начин екстерно утврђене“ може се тумачити тако да укључује и неке флексибилне облике рада, те да се прошири заштита ван традиционалног субординантног рада. Даље, чл. 611 одређује и то, да степен личне зависности зависи од природе активности, а да би се утврдило постојање уговора о раду, потребно је свеобухватно размотрити све околности, где, ако се из стварног извршења уговорног односа види да се ради о радном односу, ознака у уговору је, у том случају, ирелевантна.<sup>30</sup> Са друге стране, законодавства већине држава Европске уније, односно Француске, Италије, Аустрије, Белгије, Португалије, Шпаније субординацију квалификују као битан елемент радног односа и основ за дистинкцију између зависног и независног рада.<sup>31</sup> Свако другачије тумачење основ је за покретање судских поступака, где се као интересантан пример наводи онај из француске судске праксе, где је постављено питање постојања радног односа

---

28 *Ibid.*, 15.

29 E. Ales, 68.

30 *Ibid.*

31 F. Rosioru, 12.

особа које учествују у ријалити програму, затвореног типа, када су четири пара била „затворена“ на Тајланду, а идеја је била испитивање емоција међу супружницима. Овде је суд донео одлуку да се ова лица сматрају запосленима, будући да су били подређени и под контролом организатора, односно компаније која је стајала иза продукције, у смислу ограничења кретања, дневне рутине, немогућности промене изгледа или начина комуникације и сл., где је, пак, супротно, као противтврђња, изнесен став да се испитивање емоција не може сматрати радом.<sup>32</sup> Невезано за екстремне случајеве, оно што је важно приметити јесте чињеница диверзитета модела организације пословања и организације рада, која, пак, условљава повећан степен аутономије радника, и чини се да традиционално схватање рада није довољно за осигурање и остваривање савремених циљева економско-социјалног развоја, смањења неједнакости, осигурање достојанственог рада и повећања социјалне сигурности различитих категорија становништва уопште. У том смислу, шири јавнополитички циљеви захтевају редефинисање традиционалних радноправних института, укључујући и институт субординације, чиме се у крајњем делује на основама заштитне функције радног права и заштите слабије стране у односима који настају на раду и у вези са радом.

Српски Закон о раду дефинише појам запосленог у члану 5, као физичко лице које је у радном односу са послодавцем, да би чланом 30 даље било прописано да се радни однос заснива уговором о раду.<sup>33</sup> Закон не даје дефиницију нити предвиђа елементе радног односа, а везано за уговор о раду и његово ближе одређење, предвиђена је једино садржина уговора и врсте. Јасно је да законодавац крајње произвољно приступа комплексности квалификационих критеријума за одређење појма запосленог и самог радног односа, а везано за сагледавање диверзитета облика рада савременог друштва, иако је закон релативно новијег датума а пратиле су га и измене и допуне. У самом закону део који се чини да је применљив у контексту дигиталне организације пословања јесте онај којим су дефинисане врсте уговора о раду, односно чл. 42, где је регулисан радни однос ван пословних просторија послодаваца. Формулација законодавца у овом домену таква је да рад ван пословних просторија послодавца укључује рад од куће и рад на даљину. Овде су одређени елементи уговора о раду, где су посебно наведени они који се односе на радно време, у смислу обавезног утврђивања његовог трајања, док су за потребе савременог дигиталног рада од нарочитог значаја они који се тичу утврђивања начина вршења надзора над радом и квалитетом рада запосленог, као и обавеза обезбеђења средстава

32 *Ibid.*, 10.

33 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.

и опреме за рад од стране послодавца, али и начин утврђивања средстава за рад која су у власништву запосленог, те начин накнаде трошкова њихове употребе. Из наведеног се закључује да домаће право, посредно, субординацију, односно контролу дефинише као важан елемент радног односа, што одговара тенденцијама у правној теорији и упоредноправном законодавству и пракси. Међутим, будући да је формулација таква, да се допушта самим уговорним странама да дефинишу начин контроле рада и његовог квалитета, без додатне конкретизације форме, односно врсте надзора, флексибилност је могућа, те код тумачења не мора се *a priori* одбацити примена и код оних облика рада који се обављају преко дигиталних технологија, на даљину, средствима за рад које обезбеђује запослени, а сама контрола је везана за контролу резултата рада, док су управљачка овлашћења послодавца флуидног карактера. То, наиме, допушта законска формулација – утврђивање начина вршења надзора над радом – која је прилично општа, и омогућава одређену ширину у тумачењу.

## V Закључак

Питање субординације *vs.* аутономизације у контексту дигиталног рада, а везано за утврђивање постојања радног односа и, следствено, радноправне и социјалноправне заштите јесте питање обима и домена примене радног права, која, пак, деценијама, а може се рећи и од самог настанка као гране права, представља предмет академских расправа, стручних спорења и проблем судске праксе. Идеја настанка издвајањем из грађанског права заснована је на потреби заштите економски слабије стране у правном односу, што суштински не подржава природу аутономије схваћене у општем смислу као права појединца, односно групе да управља собом и организује самостално своје активности, будући да радноправна заштита коју обезбеђује послодавац, односно заштита од одређених социјалних ризика мора да има реципроцитет, који је, пак, пронађен у институту субординације. Међутим, и само садржинско одређење појма субординације спорно је од свог настанка, где се, данас, иде за тим да, са једне, и даље остане битан елемент радног односа, али са друге стране, предлаже се ширење тумачења, као и дефинисање индикатора као квалификационих критеријума за признавање субординације и утврђивање радног односа. Разлог јесу промене у моделу пословања, организацији и начинима рада условљене глобализацијом производње, и пратећом дигитализацијом. Аутономизација се може, стога, посматрати као својеврсно прилагођена субординација у контексту промене економско-социјалног модела

неолибералне економије у правцу доктрине одрживог економског, социјалног и еколошког развоја. Интеграција радника у радну средину, која се у појединим правним системима сматра посебним елементом традиционалног радног односа, или, пак, индикатором субординације, док постоје и становишта где се ови појмови изједначавају, може послужити као заједнички појам ових института и повезујући основ. То значи да аутономија тзв. дигиталног рада може бити облик функционалне, односно интелектуалне интегрисаности у процес рада сходно природи посла, чиме се не искључује субординација, односно право послодавца да управља процесом рада у смислу дефинисаних циљева радне организације и одговорности за ризик пословања.

### Коришћена литература

- Ales Edoardo, „Subordination at risk (of „Autonomisation“): evidences and solutions from three European countries“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, No. 1/2019.
- Azoeva Olga V., Mikhalevich Larisa Yu, Ostapenko Vladislav A., Shim Galina A., „The labor nature changes and its regulation challenge caused by global digitalization of business“, *International Journal of Organizational Leadership*, No. 9/2020.
- Baudry Bernard, Chassagnon Virgile, „The analysis of employment relationship in contract Economic theories: a critical review based on the nature of American and French labor laws“, *Économie et institutions*, Online, Nr. 27/2018.
- Bogg Alan, Costello Cathryn, Davies ACL, Prassl Jeremias (eds.), *The Autonomy of Labour law*, Oxford, 2015.
- Bozzon Rossella, Murgia Annalisa, „Independent or dependent? European labour statistics and their (in)ability to identify forms of dependency in self-employment“, *Social Indicators Research*, No. 160/2022.
- Budd John W., Bhave Devasheesh P., *The employment relationship: key elements, alternative frames of reference, and implications for HRM*, SAGE Handbook of Human Resource Management, 2019.
- Vranken Martin, *Death of Labour Law? Comparative Perspectives*, Carlton, 2009.
- Vukorepa Ivana, „Cross-border platform work: riddles for free movement of workers and social security coordination“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 70, br. 4/2020.
- Dawu Hu, „The criteria for employment relationship in China“, *Labour Law Research Network*, Inaugural Conference, University Barselona, June 2013,



- доступно на адреси: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRN-Conf\\_Dawu.pdf/cbbdd091-9b68-40fd-a33b-e3ac4e4a164b](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRN-Conf_Dawu.pdf/cbbdd091-9b68-40fd-a33b-e3ac4e4a164b), 30. 10. 2022.
- Deakin Simon, Njoya Wanjiru, „The legal framework of employment relations“, Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 349, доступно на адреси: <https://www.cbr.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/wp349.pdf>, 2. 11. 2022.
- Dieuaide Patrick, „Autonomy, general working capacity and collective action“, *Labour and employment in a globalizing world autonomy, collectives and political dilemmas* (eds. Christian Azaïs), Bruxelles, 2011.
- Dworkin Ronald, „The model of rules“, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1/1967.
- Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за оџказ ујовора о раду*, Београд, 2016. (Ковачевић Љубинка, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Beograd, 2016)
- Ковачевић Љубинка, *Заснивање радној односа*, Београд, 2021. (Ковачевић Љубинка, *Zasnivanje radnog odnosa*, Beograd, 2021)
- Лубарда Бранко, *Радно љраво, Расџрава о достојанству на раду и социјалном дијалоју*, Београд, 2012. (Lubarda Branko, *Radno pravo, Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd, 2012)
- Marsh Elizabeth, Perez Vallejos Elvira, Spence Alexa, „The digital workplace and its dark side: An integrative review“, *Computers in Human Behavior*, No. 128/2022.
- Pallini Massimo, „Towards a new notion of subordination in Italian Labour Law?“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, No. 1/2019.
- Рељановић Марио, Мисаиловић Јована, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Страни љравни живои*, бр. 3/2021. (Reljanović Mario, Misailović Jovana, „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja“, *Strani pravni život*, br. 3/2021)
- Rosioru Felicia, „The changing concept of subordination“, доступно на адреси: <https://www.semanticscholar.org/paper/The-changing-concept-of-subordination-Ro%20%26%20Fioru/fba36801b7baf653a5f51ebedc1e647177413163>, 1. 11. 2022.
- Spooner Keri, Haidar Ali, „Defining the employment relationship“, *Teaching, Learning and Research in Institutions and Regions: Proceedings of the 5th Annual Conference of the Pacific Employment Relations Association* (eds. Dennis Mortimer, Gordon Stewart), Sydney, 2005.
- Stojković Zlatanović Sanja, Ostojić Ivana, „Labour law status of platform workers – between autonomy and subordination“, *Regional Law Review*, Belgrade, 2021.

Countouris Nikola, *Defining and regulating work relations for the future of work*, ILO-Geneva, 2019.

**Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ, PhD**  
Senior Research Associate at the Institute of Social Sciences, Serbia

## SUBORDINATION VS AUTONOMISATION AND THEIR BOUNDARIES IN TERMS OF DIGITAL LABOUR

### Summary

*Changes in the social-economic model in the capitalist production system in terms of ensuring greater sustainability, which further resulted in the actualization and promotion of sustainable development goals at the international level inevitably required redefinition of the traditional employment relationship model. The phenomenon of globalization and digitalization of production stands out, which, consequently, leads to the so-called “Globo digitalization” of work, and impacts the necessity of establishing a novel, improved conceptual framework for traditional labour institutes.*

*By analysing the theoretical and conceptual framework of the traditionally defined model of work, i.e., the traditional work relationship, with a focus on the element of subordination often highlighted in the literature as particularly controversial in the circumstances of accelerated digitization, the paper tries to critically analyse the elements of the modern, so-called digital employment relationship. In addition, considering German legislation in this field, the paper aims to determine the theoretical shortcomings, as well as the gaps in comparative and domestic law, by contributing to the ongoing scholarly debate on the impact of digitalization on employment relationships.*

**Key words:** *Traditional Employment Relationship. – Digital Employment Relationship. – Elements of Employment Relationship. – Subordination. – Automation.*

Датум пријема рада: 20. 11. 2022.

Датум исправке рада: 2. 1. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 1. 2023.

УДК: 347.447.5(37)

CERIF: S 100, S 130

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23103A

др **Владимир ВУЛЕТИЋ\***  
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,  
Србија

## ТАНКА ЈЕ ЛИНИЈА ШТО СПАЈА И РАЗДВАЈА: О НАДМУДРИВАЊУ И ПРЕВАРИ У РИМСКОЈ КЛАСИЧНОЈ ПРОДАЈИ\*\*

### Сажетак

*Римска класична продаја је један од најмаркајнијих израза римској правничкој терминологије. Међутим, у великој мери овај институцијски је осењен утицајима и доприносом савремених античких (у првом реду грчкој) права, постојањем аналогне одговорности купца и продавца, различитих модальности и најзад, специфичним дефинисањем битних елемената уговора, предмета и цене.*

*То се посебно истицало на случајевима робова и стоке на којима су се сусретале уговорне стране у намери да једна другој надмудре и постојину што бољи посао субјективно одређујући границу успеха. Оно што је за продавца добар посао, за купца може бити основ за тужбу до које није било ни лако ни хитро доћи.*

\* Електронска адреса аутора: [aticusbg@gmail.com](mailto:aticusbg@gmail.com).

\*\* Овај рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду за 2022. годину на тему „Савремени проблеми правног система Србије“, подтема: „Историјски, социолошки и језички контекст савремених изазова у Републици Србији“.

*Gde њресѡаје bona fides, ѡge circumscriptio, a ѡge ѡочинье dolus, каква је улоѡа уѡворних сѡрана, a каква њихова ѡѡворносѡи? Да ли су и у којој мери римски јурисѡруденѡи доѡширинели решавању овој ѡроблема?*

*У овом раду насѡѡјали смо да дамо ѡѡговор на ова ѡиѡања јер је ѡанка линија која сѡаја и раздваја надмудривање ѡд ѡреваре.*

**Кључне речи:** *Emptio-venditio. – Invicem se circumscribere. – Bona fides. – Dolus. – Actio empti.*

## I Увод

Нема много правних института који су прошли кроз толико различите фазе у развоју, као што је случај са римском купопродајом. Овај уговор један је од најзначајнијих и најшире тумачених правних института, не само у римском праву, него и у модерним грађанским законцима и позитивним европским правним системима.

Основна идеја еквиваленција у пословним односима, што је централно поље деловања начела *bona fides* у сфери приватног права, позната је већ старим Грцима. Аристотел, разматрајући ово питање у 4. в. п. X, истиче да странке у пословном промету морају бити једнаке, дакле, да се нико не богати на штету другог, а правично је средина између добитка и губитка, односно да се после има исто колико се имало и пре.<sup>1</sup>

Римљани, чини се, на један конкретан и казуистички начин, идеју савесности и поштења постављају у средиште проучавања правног промета. Тако Цицерон у другом в. п. X, разматра питање савесног и поштеног понашања у правним пословима, са посебним освртом на уговор о продаји.

У новим околностима у којима је тржиште далеко проширено, када слаби страх од одмазде богова због прекршаја дате речи, када се уговорне странке више уопште и не познају, чак се, можда, при закључивању

1 „...Важно је само да се уѡврди да један неѡравду ѡрѡи, a друѡи је наноси, да је један ѡиѡеѡи а друѡи је на ѡиѡеѡи. Заѡи судија насѡѡји да ѡакву неѡраведносѡи која се ѡѡлушује ѡ једнакосѡи изједначи. Судија ѡново усѡѡсѡавља једнакосѡи када би ѡд веѡеѡи дела дужи ѡресечене на једнаке делове, ѡдузео онолико колико је ѡај деѡ веѡи ѡд ѡповине и доѡаѡ ѡа мањем делу. Али ако се целина дели између двојице, ѡнда се за свакоѡ ѡд њих каже да је добио свој деѡ ако је добио ѡачно ѡловину. Једнако је, ѡак, ѡрема ариѡмеѡичкој ѡроѡорѡији, средина између ѡревеликоѡи и ѡремалоѡи. Добѡиѡком се назива ѡрираѡиѡај добру које неко ѡседује. Преѡѡриѡеѡи ѡубѡиѡак значи ѡмаѡи мање неѡи ѡиѡо се ѡре ѡѡѡа имало. До ѡѡѡа долази ѡриликом куйѡвине и ѡродаје, и уѡиѡиѡе у свим ѡравним ѡсловима које закон дозвољава...“, Аристотел, Никомахова еѡика (превод Р. Шалабић), Нови Сад, 2003, 1132а, 1132б.

уговора први и последњи пут виде, када опасност од презрења заједнице више није ни изблиза тако јака као у старом праву, неформалним уговорима ваљало је обезбедити одговарајућу правну санкцију, опет темељену на савесности и поштењу. У основи, *bona fides* није престала да буде значајан елемент поступања уговорних странака, једноставно, морала је бити на одговарајући начин „правно институционализована“.

Странке су се сада чешће обраћале јуриспрудентима, тражећи од њих одговоре и савете како да заштите своје интересе, и, у том деловању учених правника, може се потражити додатни аргумент степеног увођења начела *bona fides* у правни поредак, тако што ће на основу ових начела настати право оштећене странке да тражи заштиту. Јуриспруденти су овлашћени на основу *ius publice respondendi ex auctoritate principis* да процењују шта у конкретном случају означава *bona fides*, па су у својим одговорима (*responsa prudentium*) санкционисали долозно и преварно понашање уговорних страна.

## II Од *Invicem se circumscribere* до *quidquid dare facere oportet ex fide bona*

Уговор о продаји, као типичан консенсуални контракт, у класичном периоду омогућавао је странкама да саме одреде цену. При томе су била могућа тзв. заобилажења истине *invicem se circumscribere* која, у основи, нису била ни ретка ни неуобичајена. Наиме, делује природно да у преговорима око куповне цене, продавац тежи да ствар прода што скупље а купац да за ствар да што мање новца.

Ситнија заобилажења истине нису представљала посебан проблем ни за једну од уговорних страна.<sup>2</sup> Међутим, поставља се објективно питање има ли преваре у случају да ситно постане крупно заобилажење истине, тачније, да купац буде прекомерно оштећен плаћајући неку ствар много скупље него што она заиста вреди, а то је учинио услед лукавог и долозног понашања продавца.

Појам *invicem se circumscribere* помињу Дигеста:

„*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*“.<sup>3</sup>

„Помпионије ипак оће изјављује у вези са ценом у случају куйовине и продаје да је сиранама дозвољено да искористије једна друју у складу са иприродним иравом“.

2 Обрад Станојевић, *Римско ираво*, Београд, 2003, 370.

3 *D. 4.4.16.14 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*.

„*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*“<sup>4</sup>

„Као што је код куйовине и прогаје природно да стране могу да куйе нешто више или мање и штога обострано варају једна групу, правило је исто и у давању и узимању у закуп“.

Да ли је овде реч о класичној превари? Може ли се овај појам подвести под значење преваре, упркос чињеници да је правнотехнички појам за превару *dolus* односно *fraus*? Неки класични правници их изједначавају,<sup>5</sup> други одричу ово изједначавање.<sup>6</sup>

Професор Маријан Хорват у свом познатом чланку „*Circumsriptio* и *bona fides* код купње“, залаже се за прихватање става да се не могу изједначити ова два појма, да се *circumvenire* не може подвести под *dolus*.<sup>7</sup> Према Хорвату, не може се долозно окарактерисати понашање странке које тежи да за себе извуче корист из уговора, и негира да је странка код уговора о продаји дужна радити против својих интереса у корист друге странке, која је евентуално у незнању.<sup>8</sup>

У прилог својој тези, он наводи и мишљења неких класичних правника (Диоген Бабилоњанин), иако истовремено признаје да има правника који се са тим не слажу (Цицерон, Стоик Антипатер), која му омогућавају да закључи да је „нормално да се код продаје зарађује и да

4 *D. 19.2.22.3 (Paulus libro 34 ad edictum).*

5 Тако чини Лабееон у својој дефиницији *dolus*-а: *D. 4.3.1.2 (Ulpianus libro 11 ad edictum).*

6 Тако чини Павле: *D. 17.2.3.3 (Paulus libro 32 ad edictum).*

7 „Прије свега, тај *circumscribere* ограничава се само на формирање висине цијене, а не односи се на евентуалне правне и физичке скривене мане због којих се цијена евентуално указује неадекватном. Надаље, „природа промета робом“, вриједност одређена потребама (субјективна вриједност) и дјеловање закона понуде и потражње на римском либералистичком тржишту били су одлучни за формирање цијена и на тој бази долази до могућности да се ствар продаје и купује изнад или испод њене објективне вриједности, дакле да долази до несразмјера објективне вриједности и цијене, иако су субјективно обје странке с тиме задовољне.“  
Marijan Horvat, „*Circumsriptio* i *bona fides* kod kupnje“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wroclawskiego, Zeszyty nakowe, Nauki spoleczne*, A 34/1961, 33.

8 Хорват полемише и са Цицероном, односно његовим наведеним примером трговца који продаје свој товар жита на Родосу, не обавештавајући становнике да се острву приближавају и остале лађе. При том, недвосмислено критикује Цицеронов став по којем је продавац жита био дужан да обавести о доласку осталих лађа, сматрајући да Цицерон има на уму етички идеал *bonus vir* а да правници ипак оперишу са појмом *sapiens vir*, односно онај који штити своје интересе. Marijan Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939, 83 и даље.

несразмер цена, уколико се не ради о правој превари, класични правници сматрају дозвољеним и нормалним.<sup>9</sup>

Чини се да би се Хорватов закључак могао додатно проблематизовати. Прво, овај уважени романиста пренебрегава чињеницу коју и сам признаје: не влада потпуно сагласје међу класичним римским правницима у вези са карактером *circumsriptio*. Као да ту чињеницу заобилази, помало, можда, олако изводи закључак да није реч о преварном понашању. Друго, за тренутак се ваља задржати на термину који Хорват користи: „...уколико се не ради о правој превари...“. И он, изгледа, прихвата могућност да несразмер цена буде проблематичан за купца, међутим, не санкционише га уколико није реч о правој превари. Ова могућност је, чини се, довољна да се постави питање има ли ситуација у којима та могућност постаје реалност? Са друге стране, треба проблематизовати: каква је то права превара?

Да ли је ту реч о већој несразмери или о долознијем поступању продавца, односно, да ли је критеријум обим несразмере или обим одсуства *bona fides*? Делује да би ипак могао да се понуди одговарајући другачији став који не би тако искључиво негирао *circumsriptio* као превару.

Иако Павлов цитирани став да је било уобичајено покушати продати мање вредну ствар за више новца, не представља преварно понашање, иако се либерално тржиште Рима често сусретало са оваквим ситуацијама, закључити да римско класично право не поставља захтев за правичном ценом, савесношћу и поштењем, делује, ипак, површно.

Наведеним текстовима и ставовима могу се супротставити Помпонијеви одломци:

„*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimendo et iniuria fieri locupletiores*“.<sup>10</sup>

„Праведно је и у складу са природним правом да се нико не обојати на штењу и неправду учињену другоме“.

„*Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur*...“.<sup>11</sup>

„Вредности ствари треба да се процени, не према наклоности или појединачној користи, већ према томе за коју цену може да се прода приликом уобичајене продаје.“

---

9 М. Horvat (1939), 83 и даље.

10 D. 50.17.206 (Pomponius libro nono ex variis lectionibus).

11 D. 35.2.63 (Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam).

Ставови да нико не треба да се обогати на штети и неправди учињеној другој, и да се цена ствари не одређује на основу наклоности или корисности за појединца, него уопштено, омогућавају да се постави питање да ли је класично римско право потпуно неограничено либерално поставило правила о *circumscribere*? Може ли се претпоставити да је већ у овом периоду било интервенција које ће штитити купца од преварних радњи продавца, невезано за обим или степен несразмере цене или његове дољности?

Мишљење које се у овом раду истиче охрабрено је ставом Цимермана који наводи да либерализам класичног периода није неограничен.

Подређен је строгим моралним схватањима ауторитативног патерфамилијаса, који је био свестан да, поред својих интереса, има обавезу да води рачуна и о слабијим, сиромашнијим припадницима своје заједнице.<sup>12</sup>

Дакле, види се да је ипак у одређеним случајевима либерализам тржишта морао да уступне пред захтевом да се мора поступати савесно и поштено, да неке радње продавца ипак нису могле бити карактерисане само као ситно заобилажење истине, да *circumsriptio*, у одређеним ситуацијама, може да значи и превару. Међутим, које су то ситуације? Како повући границу између дозвољене и недозвољене преваре?

Иако се уобичајено сматра да је морал строжи од права, да није све што је допуштено уједно и часно,<sup>13</sup> превара се у продајним уговорима процењује са правног, а не са моралног аспекта. Постоје случајеви када јавни поредак интервенише у заштити слабије уговорне стране: заштиту ужива лице млађе од 25 година (*minor*) уколико је уговор за њега неповољан због знатне несразмере између вредности ствари и цене, и, мада се не ради о превари, може захтевати повраћај у пређашње стање из разлога незрелости (*restitutio in integrum ob aetatem*).<sup>14</sup> Ливије спомиње едиле који су 299. г. п. X. енергично спречили подизање цене

12 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1995, 256. На ово мишљење Цимермана надовезује се и Магдолна Сич, која истиче да, с обзиром на то, да се на строга морална схватања *bonus pater familias* није могло више рачунати од времена када се трговина проширила на област Медитерана (друга половина периода републике), претор је морални принцип савесности и поштења санкционисањем претворио и у правни принцип. Према томе, слободи уговарања цене, самим тим и *circumsriptio*, биле су постављене не само моралне, него и правне границе, Магдолна Сич, „Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје“, *Зборник Мајице српске за друшћивене науке*, 2006, 204.

13 *D. 50.17.144 (Paulus libro 62 ad edictum)*: „*Non omne quod licet honestum est.*“

14 *D. 4.4.9 (Ulpianus libro 11 ad edictum)*.



жита намењеног подели сиромашним грађанима (*cura annonae*).<sup>15</sup> Поред тога, Улпијан наводи закон *Lex Iulia de annonae* којим су била забрањена удружења чији је циљ био подизање цене жита.<sup>16</sup>

Међутим, све су ово примери интервенционизма државе више у сфери јавног него приватног права. Значи ли то да интервенција у приватноправним односима није било? На ово питање треба, изгледа, дати негативан одговор, односно став је да су и у приватним односима постојале околности које су захтевале правно санкционисање. Те околности би биле превасходно, чини се, злонамерно навођење купца на закључивање за њега неповољног уговора и прикривање физичких мана ствари.

То је, треба истаћи, граница, од које ситна превара постаје крупна околност која заслужује заштиту купчевих права. То је, уосталом, а надаље ће анализа покушати да докаже, основ којим се римска класична јурипруденција руководила стварајући своју (р)еволуционарну клаузулу – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*.

У вези са овом клаузулом, важно је дати одговор на два питања: како и зашто? Може се почети од оног несумњивијег, односно, треба се позабавити постепеним начином претварања *iudicia stricta* у *iudicia bonae fidei*.<sup>17</sup>

Облигационе обавезе, за разлику од стварноправних, утуживе су у Риму посебном групом тужби – *actiones in personam*.<sup>18</sup>

С обзиром на то да су ово тужбе које је предвиђало *ius civile*, њихове формуле засноване су *in ius conceptae*, па се дужничка обавеза изражава у формули термином „oportere“<sup>19</sup>, а сам садржај његове обавезе

---

15 D. 48.12.1. (*Ulpianus libro nono de officio proconsulis*).

16 D. 48.12.2. (*Ulpianus libro nono de officio proconsulis*).

17 Има различитих ставова у вези са временом настанка *iudicia bonae fidei*. Мејер верује да је то време Цицерона и његовог дела *De Officiis*. Rudolf Meyer, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 2004, 77. Шермајер одбацује овај став и временски оквир смешта у другу половину другог века п. Х. Martin Josef Schermaier, „Bona Fides in Roman Contract Law“, *Good Faith in European Contract Law* (ed. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge, 2000, 75. Има и аутора који се опредељују за трећи век п. Х. К. Zweigert, H. Kötz, 116.

18 „Поступци *in personam* су, по својој структури, облици формализоване и контролисане освете због учињене „неправде“ и показују велике сличности с развојем поступка у другим примитивним правима. Као и код других народа, и у Риму су први предмет процесне заштите били деликти (вероватно *iniuria* и *furtum*) да би касније правни послови добили заштиту тако што се неизвршење обавезе схвата као деликт.“ Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2016, 191, фн. 74.

19 *Dare oportere* је већ раније компонента *legis actio sacramento in rem*. M. J. Schermaier, 73.

термином „*dare*,” уколико је реч о преносу одређеног права, односно „*dare facere*“<sup>20</sup> у осталим случајевима.<sup>21</sup>

У зависности од степена слободе судије при одлучивању, односно његове могућности да прихвата и додатке формули, тужбе *in personam* се могу поделити на тужбе *stricti iuris* (*iudicia stricta*, *iudicia stricti iuris*) и на тужбе *bonae fidei* (*iudicia bonae fidei*).

Тужбе *stricti iuris* судији остављају могућност само да утврђује исправност тужбеног захтева, прецизно сагледавајући све обавезне делове у формули. Његова слобода при одлучивању је сведена на најмању меру, јер је самом формулом и њеним деловима он потпуно везан, и самим тим није у позицији да прихвата било какве додатке формули, приговоре, адјудикације и остале налоге, укључујући, при том, и околности које би могле битно утицати на оправданост тужбеног захтева.

Опште узев, судија и није у прилици да уопште процењује оправданост тужбеног захтева. Ово је посебно изражено уколико је тужбени захтев *certum* (*certa pecunia* у случају да тужилац потражује одређену количину новца, или *certa res*, уколико се потражује одређена ствар) односно уколико је тачно објективно одређен.

У овом случају, судија је у потпуно подређеном положају формули: његов задатак је само да оцени да ли тужени по цивилном праву дугује нешто или не, да утврди исправност саме формуле, и, уколико утврди да је она испрвна и да тужени заиста нешто дугује, његов посао је практично окончан.

То колико тужени дугује опет није на судији да процени, јер је предмет дуга већ наведен у формули и према њему судија само треба да донесе пресуду.<sup>22</sup>

20 Ово се односи на експлицитну обавезу туженог. Он је мора извршити јер је по закону обавезан на то. Како Виеакер каже: „Подношење правног захтева тужиоца ритуалним изговарањем формуле, сада је преформулисано у објективно формулисан основ за доношење одлуке магистрата“. Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, 102.

21 Тако и Милошевић: „Улоге тужиоца и туженог се јасно разликују већ на почетку суђења: та разлика је још израженија у даљем току спора, јер за тужиоца неуспех значи само да није имао право, док неуспех туженог увек води, у крајњој линији, дужничком ропству.“ М. Милошевић, 197.

22 Донекле је само различита ситуација у случају *certa res* захтева, јер би судија морао да, након литисконтестације, процени вредност ствари која се дугује (*quanti ea res est*). Управо из овог разлога, опасност да тужени изгуби спор због плуспетиције је велика, јер би тужба била одбијена *a limine* уколико захтева више него што му припада или захтева нешто друго у односу на оно што му припада. Овако и Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1954, 39; М. Милошевић, 192; Biondo Biondi, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1920, 86.

Ове тужбе *certum* су апстрактне, јер се не види правни основ обавезе, па су се називале и кондикције, при том, задржавајући једноставну структуру легисакција из којих су настале. Тако интенција кондикције којом се потражује одређена свота новца (*condictio certae creditae pecuniae*)<sup>23</sup> гласи:

„*Gaius*<sup>24</sup> *iudex esto. Si paret N(umeriu)m N(egidiu)m A(ul)o A(geri)o*<sup>25</sup> *sestertium decem milia*<sup>26</sup> *dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemna; si non paret, absolve.*“<sup>27</sup>

Дакле, уколико би А. А. доказао правни основ, износ дуга који му дугује Н. Н. и доспелост обавезе, на судији је само да то и констатује, чиме је већ, уједно спремна и осуђујућа пресуда садржана у кондемпнацији. Судија није у могућности да води рачуна о било каквим изјавама туженог, осим, евентуално, о оним које би оспоравале формалну исправност самог захтева, јер му елементи формуле то не омогућавају. Улога судије, делује, овде је сведена на једноставну примену тужиоачевог захтева из формуле.

Нешто је другачија ситуација у случају *iudicia stricta* када тужиоачев захтев није одређен, него је *incertum (quidquid dare facere oportet)*. Осим већ наведене обавезе судије да процени да ли је тужиоачев захтев формално исправан по цивилном праву, у овом случају, судија добија и нешто шире овлашћење: мора проценити и шта је то што тужени дугује, односно, колики је обим његове обавезе. Опасност да тужилац изгуби спор због плуспетиције, овде је знатно мања, управо због неодређености захтева, међутим, у демонстрацији је могуће навести правни основ дужникове обавезе, који би судији служио као путоказ приликом одређивања пресуде.

Приметно је да је у оба наведена случаја, било да је реч о одређеном или одредивом тужиоачевом захтеву, судија у врло стешњеном маневарском

---

23 Код кондикције, ова формула је била доступна за сва потраживања *certam rem dare*. Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München 1954, 592.

24 Обично је ово општи назив за изабраног судију, па се оставља на почетку празно место у формули коју је претор издао у свом едикту, како би судија могао бити изабран и његово име уписано. Исто: В. Biondi, 88.

25 *Aulus Agerius* је назив за тужиоца а *Numerius Negidius* за туженог. Оба имена су фиктивна и садрже гентилско име и тужиоачев *agere* и негирање тужиоачевог потраживања од стране туженог (*negare*) – *Ibidem*.

26 Гај у Институцијама, 4.41, наводи пример дуга од десет хиљада сестерција садржан у демонстрацији у тужби *certae crediate pecuniae*.

27 За случај да се потражује одређена ствар (*condictio certae rei*, у време Јустинијана *condictio triticaria*) формула кондикције *certae rei* гласи: „*Si paret Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam iudex, Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret, absolvito.*“

простору. Наиме, чињеница да он није у прилици да се базира на наводе туженог, него да само испитује формалу исправност тужиоачевог захтева, омогућавала је да долозно понашање једне стране тријумфује у односу на номинално позивање на *bona fides* у свим правним пословима.

Занимљива је, на пример, ситуација у којој продавац тужи купца којем је продао болесног коња, или долозно учини било какву другу превару приликом продаје. Купац, тужени, покушава судији да укаже на те додатне, али изузетно важне околности, које би могле битно да утичу да његову одлуку. Међутим, судија на то не обраћа пажњу, оцењујући само да ли су сви елементи формуле исправно попуњени и да ли постоји формална оправданост тужиоачевог захтева. Ту ће оправданост судија, несумњиво, утврдити, али, истовремено, његова пресуда, изразом модерне терминологије, иако легална, није и легитимна.

Пре свега делатношћу старих правника (*veteres*),<sup>28</sup> у интенцији формуле судија сада бива упућен да суди тако да процени све оно што тужени дугује на основу добре вере – *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Ово је револуционарни тренутак и у заштити права купца. Проширење интенције формуле клаузулом *ex fide bona* омогућава судији да, приликом одређивања пресуде,<sup>29</sup> води рачуна о свим приговорима купца као туженог, који могу битно утицати на исход суђења.<sup>30</sup> Он је сада слободан

28 Израз *veteres* представљао је назив за старе правнике који су деловали пре краја републике, и који су, у знак великог поштовања, називани *cīari* од стране јуриспрудената класичног периода. Најпознатији правници који су својим угледом утицали на потоње били су, између осталих, Секст Елије (који је објавио прву правну књигу, састављену од три целине: текста Закона 12 таблица, тумачења овог текста и збирке легисакција *Ius Aelianum*), Маније Манилије, Марко Јуније Брут, Квинт Муције Сцевола (најугледнији правник Републике, конзул и *pontifex maximus*), и Цицерон. Вид. више: Обрад Станојевић, *Gaius noster (у рлој историји римске правне науке)*, Београд, 1976; Обрад Станојевић, „О Гајевом делу *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–4/1983.

29 *Iudicia bonae fidei*, следствено овоме, представља битно обележје у историјској еволуцији од поступка *legis actio sacramento* до когниционог поступка. Шермајер истиче да је најважнији моменат сједињавање начела *bona fides* са формулом, и њихово интегрисање у законску процедуру. Резултат је проширење овлашћења судије. М. Ј. Schermaier, 76.

30 Инсистирањем на позивању на *fidem bonam*, судија сада не узима у обзир само изричите додатке странака формули, тумачећи их строго према употребљеним изразима и речима, него и све евентуалне долозне радње или преваре на које му може указати тужени да их је тужилац починио. То ће у великој мери судијску одлуку учинити веродостојнијом. R. Meyer, 92. У истом смислу Хорват, Цимерман и Витакер – Судија може да прихвати све додатне споразуме странака (*pacta adiecta*), може уважити свако преварно и непоштено поступање странака, па се тужени могао позивати пред судијом на тужиоачев *dolus*, макар у формули није предвиђен *exceptio doli* (*doli exceptio bonae fidei iudiciis inest*). Судија и без приговора

да самостално размотри тужбени захтев и да процени, у складу са добром вером, да ли је и у коликој мери само потраживање засновано.<sup>31</sup> У овом смислу *officium* судије је проширен од пуког примењивања чињеница из формуле на процену оправданости тих чињеница *ex fide bona*.

Поставља се питање, уколико *circumscribere* није представљало било какву превару, или је представљало само ситну превару која не подлеже правном санкционисању, како се неки аутори залажу, уколико је прихватан либерализам тржишта а самим тим и потпуно слободно закључивање уговора о продаји, зашто је уопште постојала потреба да се уводи једна нова клаузула у формулу која је толико променила положај оштећене и преварене стране?

Није ли могуће да су римски правници, управо сагледавајући честе случајеве најразличитијих превара, од којих су, вероватно, најбројније биле код уговора о продаји, као најважнијег и најраспрострањенијег, дошли на револуционарну идеју увођења клаузуле *ex fide bona*? Да су ситне преваре биле увек само ситне, тешко би се, чини се, појавила свест о потреби заштите преварене стране. Делује, стога, могуће да, поред рекација државе на јавноправном пољу, ово бива одговор претора и јуриспруденције у приватноправним односима, чиме није умањен дотадашњи либерализам у закључивању правних послова, нити је тржиште, историјски је већ показано, трпело било какве последице.

Чини се да је ова клаузула не само револуционарна, него и „еволуционарна“, с обзиром на то да од њеног увођења почиње потпуно другачији, за важан степен виши, обим заштите права оштећене стране, у нашем случају, купца. После њеног увођења, у појму заштите преварене стране више ништа није као раније. До тада етички, морални кодекс понашања приликом закључивања правних послова, постао је правни институт<sup>32</sup> који је и даље живо развијан делатношћу јуриспрудената.

---

уважава силу и принуду као основе који могу одбити тужиоцев захтев. М. Horvat (1954), 40; Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law* (ed. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge, 2000, 49.

31 Иако је везан формулом коју претор издаје, судији клаузула *ex fide bona* омогућава да обликује суштински садржај формуле. Тиме је омогућено да се смекшају стари, крути, формализовани поступци да би се постигли праведнији резултати. М. J. Schermaier, 76.

32 Клаузула *quidquid dare facere oportet ex fide bona* односила се и на обавезе странака у компензацији. Судија је могао пребити и све захтеве туженог из истог правног посла (*ex eadem causa*), чак и уколико нису биле истоврсне (*ex eadem specie*). Начело *bona fides* не би дозволило да тужени своју обавезу мора да испуни у целини, уколико постоји контразахтев туженог из истог правног посла. R. Zimmermann, S. Whittaker, 52.

Судије, лаици, у начелу, нису били у могућности да примењују клаузулу на конкретне случајеве, па су помоћ и савете тражили од учених правника, чија ће делатност у овом сегменту развоја права бити незаобилазна. *Iudicia bonae fidei* су на тај начин омогућили најшири оквир деловања класичне римске јуриспруденције, која је различита несавесна понашања продаваца санкционисала као *mala fides* активност, што је сада судија, по службеној дужности, био дужан да узме у обзир.

### III Проширено дејство *actio empti*

„*Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdidit, praestalis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum quod in locates doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert*“<sup>33</sup>

„Ако ми продаш пловило било које врсте и тврдиш да има одређену запремину или одређену тежину, а има недоследности у било ком аспекту, ја моћу да подиђем тужбу из кувовине продајне тебе. Али, ако ми продаш вазу и гарантујеш да је савршена, а истовремено се другачије, мораш ми надокнадиш губиштак који сам могао претрпети због тога. Али, ако се не одразумева да гарантујеш да је савршена, онда ћеш бити одговоран само за превару. Лабео има другачије мишљење и верује да треба смањити да стварања мора да гарантује да је ваза савршена, ако другачије није било договорено, и ово мишљење је исправно. Миниције каже да је Сабин навео као своје мишљење да слична гаранција треба да се одразумева у случају да су бурићи унајмљени“.

Лабеонов став у овом фрагменту о исправности пловила које се продаје, указује, чини се, да римско традиционално схватање полази од тога да је продавац одговоран само уколико је код њега постојала зла намера, односно знање да пловило није потпуно и читаво исправно. Међутим, из овог текста се, изгледа, види да Лабео не инсистира на изричитој гаранцији *dicta et promissa*. Продавац, према њему, не мора да да гаранцију да је пловило подобно за употребу; напротив, уколико жели да не буде одговоран за неисправност пловила, мора посебно искључити своју новчану обавезу која би, и према Јулијану,<sup>34</sup> била

33 D.19.1.6.4 (*Pomponius libro nono ad Sabinum*).

34 D.19.1.13 (*Ipianus libro 32 ad edictum*): „...aut enim, qui peas morbosum aut tiguum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum,

условљена са *actio quanti minoris aestimatoria*. Дакле, изгледа како је продавац у начелу одговоран за све недостатке, чак и за оне скривене, за које није ни знао да постоје. Једини начин да ограничи своју одговорност је изричит исказ да не одговара за неки потенцијални недостатак.

Међутим, делује да се јасно види да се уместо овог едилског правног средства користи *actio empti*. То је потврђено и текстом о продаји одеће за коју се испостави да је обнављана а не нова,<sup>35</sup> па се и том случају већ потпуно отворено користи *actio empti*.

Ово је јасан показатељ у ком правцу је деловало класично римско право. Тамо где су остала процесна средства показивала недостатке у примени или при доказивању купчевог права заштите, класична римска јуриспруденција реаговала је елегантно: искористила је клаузулу *ex fide bona* да би проширила дејство *actio empti*. Наиме, позивајући се на ову клаузулу, купац није морао више да доказује долозност продавца, него је процес био потпуно обрнут: продавац је тај који је у обавези да искључи своју одговорност, тако што ће изричито негирати све недостатке ствари, било да су видљиви или латентни.

То није све. Продавац је сада одговоран чак и за оне недостатке за које није ни знао, што његову одговорност објективизира а купца поставља у неупоредиво бољи положај него раније. Ово проширење заштите права купца било је изводљиво управо уз помоћ *actio empti* и њеног „мотора“ – клаузуле „*ex fide bona*“.

Ова тужба је сада могла да конзумира сва остала правна средства, чак и она која су, временом застарела, и да се користи у најразличитијим ситуацијама, увек уз позивање на *bona fides*. Овакво проширење ју је начинило процесним средством „широког спектра.“ Све се ово дешава у време класичног римског права, што тврди и наш уважени романиста Драгомир Стојчевић, који верује да је већ класично право начинило одлучујуће напоре да прошири одговорност продавца и боље заштити интересе купца,<sup>36</sup> а сличан став заузимају и неки од светски познатих романиста.<sup>37</sup>

---

*quanto minoris essent emptoris, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pectoris perierunt quod interfuit idonea venisse erit praestandum.“*

35 *D.18 l. 1. 45 (Marcianus libro quarto regularum).*

36 Када су се ове промене догодиле, не може се са сигурношћу утврдити. Тешко је веровати да класично право ту ништа није допринело и да је стипулација била обавезна све до Јустинијана. Зато више привлачи мишљење да је то дело класичних правника. Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985, 263.

37 Казер, такође, инсистира на томе да већ у класичном праву постоји енергичан напор да се успостави општа новчана обавеза продавца за латентне физичке мане

Околност, не мало важна, говори у прилог чињеници да су одредбе едилског едикта постепено све више налазиле место у *ius civile*-у. Развој привреде, тржишне економије, укупна растућа сложеност економског живота у Риму, утицала је тако да је све мање било оправдања за примену правила *caveat emptor*.

#### IV Закључак

Уочили смо настанак, развој и предоминантност стандардне праксе додавања изричитих гаранција за квалитет робе при продаји, што ће, веома брзо, постати општа пракса, не само на пијацама.<sup>38</sup> Осим тога, едилска правила нудила су врло разумна решења која су учени правници обилато користили не би ли објективну потребу веће заштите купца, учинили изражајнијом. Њихов баланс је представљао значајну врлину: продавчева је одговорност, са једне стране, била проширена услед *actio empti*, а, са друге стране, купац је могао да захтева пуну накнаду штете (*quod interest*). Не мање битно је и то што је њихово поље примене било везано за претежно физичке недостатке ствари, чак и оне латентне и оне за чије постојање продавац не зна. Посебно место у овом систему

---

ствари, М. Kaser, 409. У прилог томе говори и Цуљуета, који наводи да су у тренуцима када су форме других тужби биле застареле сматрано да су покривене са *actio empti*. Тако он објашњава да ће у Јустинијановом праву само да се потврди интенција класичне јуриспруденције о *actio empti*. И *actio redhibitoria* која укључује и *restitutio in integrum* у року од шест месеци (*tempus utile*) и *actio quanti minoris* која се мора подићи у року од *annus utilis*, своје место уступају имплицитно већ у класичном праву, а у Јустинијановом експлицитно *actio empti*. Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part I: Text with Critical Notes and Translation*, Oxford, 1958, 48. Исто и Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902, 222–223. Цимерман ово потврђује, цитирајући још један фрагмент из Дигеста (D.18.1.45), који се бави продајом одеће за коју се испоставило да је обнављана а не нова, тако да купац подизањем *actio empti* може постићи смањење куповне цене, па износи мишљење да су едилска средства функционисала „под маском“ *actio empti*. R. Zimmermann (1995), 321. Бехман, очигледно суштински на истој доктринарној линији, верује да су временом хонорарна правна средства курилских едила прихваћена као *ius civile*, јер је било све мање оправдања за доследно придржавање правила *caveat emptor*. А. Вечман, *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Weimar, 266. Цуљуета ова правна средства види као добро избалансирана уз *actio empti*, јер намећу проширену одговорност продавцу и добијају статус *naturalia negotii*. F. de Zulueta, 51. Цимерман закључује да су *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris* уневши „oportere ex fide bona“ за *actio empti*, заиста, не само проширили њено поље деловања, већ у великој мери учинили да заштита права купца услед ове тужбе буде потпуна и изражајна. R. Zimmermann (1995), 322.

38 Таква пракса ће толико постати стандардна да ће изгубити статус *accidentalialia negotii* и добити нови – *naturalia negotia*. R. Zimmermann (1995), 321.



заштите права купца има проширење *actio empti* на основу клаузуле *ex fide bona*, што га је употпунило и учинило свеобухватним.

Степеновање одговорности, а самим тим и новчане обавезе продавца такође су омогућила ова правна средства, о чему нам сведочи Јулијан.<sup>39</sup> Он јасно разликује несавесног од савесног продавца. Први је одговоран за *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*, док је други одговоран само за *quantum minoris*.<sup>40</sup>

Делује да су гаранције за латентне дефекте фактички биле имплициране у уговору о продаји, чак и у ситуацијама у којима продавац, видели смо, није знао за постојање тих недостатака, односно, уколико је поступао долозно. Овакво решење, чини се, дугује се проширеној функцији *actio empti*.

Јустинијану заиста није остало много шта да учини. Класично право му је омогућило прокрчен пут који је он само требало да следи. Све је било ту: и *actio redhibitoria*, уколико је купчева намера да раскине уговор и *actio quanti minoris aestimatoria*, уколико жели да га одржи на снази уз сразмерни повраћај новца и проширено дејство *actio empti* за све случајеве латентних дефеката, па чак и за одређене случајеве које су решавала едилска средства. Неко би, можда, очекивао да Јустинијан укине едилска средства јер је *actio empti* „преузимала“ у великој мери и њихову надлежност, али то се није догодило. Напротив, она су не само задржана, него су њихова надлежност и обим примене проширени и изван продаје робова и стоке, на све случајеве продаје ствари. Тиме је римско класично право заиста успело да начини одређене значајне кораке ка потпуној заштити купца, да је сама природа продаје, као *bonae fidei* контракта, омогућила да одговорност продавца буде проширенија и свеобухватнија и да се заснује, поред хонорарних правних средстава, и на цивилној *actio empti*.

### Коришћена литература

Аристотел, *Никомахова еџика*, Нови Сад, 2003. (Aristotel, *Nikomahova etika*, Novi Sad, 2003)

Bechman August von., *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Weimar, 1876.

Biondi Biondo, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1920.

Wieacker Franz, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988.

---

39 *D.19.1.13. (Ulpianus libro 32 ad edictum).*

40 *D.19.1.13. (Ulpianus libro 32 ad edictum).*

- De Zulueta Francis, *The Institutes of Gaius. Part I: Text with Critical Notes and Translation*, Oxford, 1958.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1995.
- Zimmermann Reinhard, Whittaker Simon, *Good Faith in European Contract Law* (eds. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge, 2000.
- Kaser Max, *Das Römische Privatrecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht)*, München, 1954.
- Милошевић Мирослав, *Римско право*, Београд, 2016. (Milošević Miroslav, *Rimsko pravo*, Beograd, 2016)
- Meyer Rudolf, *Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 2004.
- Roby Henry John, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902.
- Сич Магдолна, „Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке* 2006. (Sić Magdolna, „Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 2006)
- Станојевић Обрад, *Gaius noster (прилој историји римске правне науке)*, Београд, 1976. (Stanojević Obrad, *Gaius noster (prilog istoriji rimske pravne nauke)*, Beograd, 1976)
- Станојевић Обрад, „О Гајевом делу *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–4/1983. (Stanojević Obrad, „O Gajevom delu *Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–4/1983)
- Станојевић Обрад, *Римско право*, Београд, 2003. (Stanojević Obrad, *Rimsko pravo*, Beograd, 2003)
- Стојчевић Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1985. (Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1985)
- Schermaier Martin Josef, „Bona Fides in Roman Contract Law“, *Good Faith in European Contract Law* (eds. R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge, 2000.
- Horvat Marijan, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, 1939.
- Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1954.
- Horvat Marijan, „Circumsriptio i bona fides kod kupnje“, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wroclawskiego, Zeszyty nakowe, Nauki społeczne*, A 34/1961.

**Vladimir VULETIĆ, PhD**

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

## **THERE'S A THIN LINE THAT JOINS AND DIVIDES: ON OUTWALKING AND FRAUD IN ROMAN CLASSICAL SALES**

### **Summary**

*The Roman classical sale is one of the most striking expressions of the Roman legal genius. However, to a large extent, this institute is overshadowed by the influence and contribution of foreign ancient (primarily Greek) law, the existence of analogous responsibility of the buyer and seller, different modalities and, finally, the specific definition of the essential elements of the contract, object and price.*

*This was particularly evident in the slave and livestock markets, where contracting parties met in order to outsmart each other and achieve the best possible deal by subjectively determining the limit of success. What is a good deal for the seller, for the buyer can be a basis for a lawsuit that was not easy to come by quickly.*

*Where does bona fides end, where does circumscriptio, and where does dolus begin, what is the role of the contracting parties and what is their liability? Did Roman jurists contribute to solving this problem and to what extent?*

*In this paper, we tried to answer these questions because there is a thin line that connects and separates trickery from fraud.*

**Key words:** *Emptio-venditio. – Invicem se circumscribere. – Bona fides. – Dolus. – Actio empti.*

Датум пријема рада: 1. 12. 2022.

Датум исправке рада: 10. 3. 2023.

Датум прихватања рада: 13. 3. 2023.

УДК: 366.5(497.11)

CERIF: S 130

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23104A

др *Андреј* МИЋОВИЋ\*

ванредни професор Универзитета у Крагујевцу – Факултет за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи, Србија

## ЗАШТИТА КОЛЕКТИВНОГ ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА\*\*

### Сажетак

*За разлику од индивидуалне заштите, која се остварује у оквиру посредства које покрену сами потрошачи, колективна заштита интереса потрошача се остварује посредно, уз помоћ изв. квалификованих субјеката, који подносе тужбене захтеве у име потрошача. У ситуацијама када се услед савременог начина живота мноштво повећао ризик да велики број људи трпи штету због истао незаконитог пословања, колективна заштита интереса потрошача добија на значају. То је разлог што је донета Директива 2020/1828, којом се на квалификовано нов начин, у односу на досадашња решења, настоји да се повећа ниво заштите потрошача. Уз указивање на посвојена решења о колективној заштити, која су садржана у Закону о заштити потрошача, у чланку ће примарно бити анализирана правила из Директиве 2020/1828 којима се уређује правни оквир за примену правила и она која*

---

\* Електронска адреса аутора: [andrej.micovic@kg.ac.rs](mailto:andrej.micovic@kg.ac.rs).

\*\* Рад је настао као резултат научноистраживачког рада истраживача Факултета за хотелијерство и туризам у Врњачкој Бањи Универзитета у Крагујевцу, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

указују на специфичности колективне заштите; правила о квалификованим субјектима; правила о мерама колективне заштите интереса потрошача.

**Кључне речи:** Представничка тужба. – Колективна заштита. – Квалификовани субјекти. – Потрошач. – Мере.

## I Увод

Потрошачи могу остваривати заштиту својих права пред одговарајућим органом непосредно и посредним путем.<sup>1</sup> Непосредна се заштита реализује у поступцима које потрошачи сами покрећу према одређеном трговцу или даваоцу услуга који су им својим радњама повредили или угрозили поједина права. Посредно се заштита потрошача врши у случајевима у којима поступак покрећу организације потрошача или тела која су овлашћена да заступају интересе потрошача.

Заштита која се остварује непосредним путем је индивидуалистичког карактера. Она је примарно усмерена ка остваривању индивидуалне правде у конкретном случају, односно остваривању повређених или оспорених права индивидуалних субјеката.<sup>2</sup> У ситуацијама када треба заштити права великог броја људи, када се услед глобализације и дигитализације повећао ризик од тога да велики број потрошача трпи штету због истог незаконитог поступања,<sup>3</sup> индивидуалистичка концепција права на правну заштиту не може да одговори захтевима за ефикасном заштитом потрошача. Због тога се препознаје потреба да се колективни интереси потрошача штите применом посебних правила, у оквиру посебног поступка за заштиту колективних интереса, а преко лица која су овлашћена да заступају њихове интересе.<sup>4</sup> На овај

---

1 Гордана Станковић, „Методи за судску заштиту права потрошача“, *Og caveat emptor go caveat venditor* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, 415.

2 Татјана Зороска Камилевска, Татјана Схтерјова, „Поступци за заштиту колективних права и интереса са освртом на стање у Републици Македонији“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9/2014, 43.

3 Уводна изјава 1 Директиве ЕУ 2020/1828 о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача и стављању изван снаге Директиве 2009/22/ЕЗ (*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 (Text with EEA relevance)*, OJ L 409 од 4. 12. 2020). У даљем тексту Директива.

4 Увођење ове заштите узроковано је низом недостатака који су се испојили у пракси индивидуалне заштите у потрошачким споровима. Прво, потрошачи ретко покрећу потрошачке спорове јер се по правилу ради о споровима мале вредности,

начин може да се оствари двојак резултат: ефикаснији приступ правди и растерећење судског и уопште правног система.<sup>5</sup>

За разлику од Закона о заштити потрошача из 2010. године, којим је било предвиђено да се поступак за заштиту колективних интереса потрошача остварује пред надлежним судом,<sup>6</sup> уз примену правила парничног поступка, ако није законом другачије прописано (чл. 139), према важећем Закону о заштити потрошача<sup>7</sup> заштита се остварује у управном поступку.<sup>8</sup> Поводом колективне заштите, у Закону о парничном поступку из 2011. године био је успостављен и општи законски оквир за покретање и спровођење поступка за заштиту колективних права и интереса грађана, али је Уставни суд Републике Србије 2013. године та правила (чл. 494 до 505) прогласио неуставним.<sup>9 10</sup>

који су скупи и дуготрајни. Друго, судска одлука делује *inter partes*. Она обавезује конкретног потрошача и трговца који су били странке у поступку. По правилу се не односи на потрошаче који у поступку према истом трговцу нису учествовали, због чега постоји могућност покретања нових поступака о ствари о којој је већ одлучено, што би могло довести до доношења различитих одлука. Вид. Боровије Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, 385; Марко Баретић, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, *Og caveat emptor go caveat venditor* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, 96; Александра Маганић, „Процесноправна заштита потрошача у Републици Хрватској“, *Og caveat emptor go caveat venditor* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, 424.

5 Т. Зороска Камилоска, Т. Схтерјова, 46.

6 У теорији је присутан став према коме је судски начин заштите ефикаснији чак и када се упореди са механизмима вансудског решавања спорова, за које се истиче да омогућују једноставно, брзо и јефтино поступање. Разлог томе је што се поступак води пред особом која није нужно судија, а донето решење није нужно обавезујуће. Ипак, преовлађује мишљење да судски поступак заштите има мане зато што изазива значајне трошкове, зато што је компликован и дуготрајан. О томе: Паула Порети, „Судска заштита права потрошача – (нај)бољи пут?“, *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/18, 564; Борко Михајловић, „Заштита колективних интереса потрошача кроз облике алтернативног решавања спорова“, *Колективна заштина интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020, 294.

7 Закон о заштити потрошача – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021.

8 О томе: Бранка Бабовић, „Заштита колективних интереса потрошача“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 2/2014, 216.

9 Као кључни разлог, због чега су та правила проглашена неуставним, наведено је непостојање прецизне дефиниције колективног интереса. Због тога није могуће да се одреди када један грађанскоправни спор има карактер спора о колективним правима. О томе: Татјана Јованић, „Улога управе у заштити колективних интереса потрошача“, *Јачање заштите потрошача у Србији / Strengthening Consumer Protection in Serbia* (eds. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić), Београд, 2013, 315.

10 За разлику од Републике Србије, у Републици Хрватској Закон о парничном поступку (*Narodne novine*, бр. 57/11) садржи *lex generalis* правила о колективној за-

Поступак колективне заштите<sup>11</sup> покреће се подношењем захтева, односно тужбе од стране овлашћених лица, с тим што активну легитимацију немају трговци и потрошачи (они би могли тражити само заштиту својих индивидуално повређених права).<sup>12</sup> Заштита може да се оствари уз помоћ различитих облика колективних тужби.<sup>13</sup> У Директиви се говори да се поступак ради заштите колективних интереса

штити (чл. 502а–502х) која се примењују ако правилима *lex specialis*, којима се регулише заштита потрошача, није другачије прописано. Овим одредбама попуњене су празнине које су се појавиле када је у правни систем уведена могућност судске заштите колективних интереса и права, а да нису усвојена процесна правила којима би се регулисали такви поступци. Више о томе: Младен Павловић, „Значај тужбе за заштиту колективних интереса и права“, *Зборник радова Правног факултета у Силбиу*, бр. 3/2015, 799–818). Овакво решење је у складу са одређењем из Директиве о процесној аутономији (уводна изјава бр. 12), према коме државе чланице имају слободу да уреде поједине аспекте поступка, као што су допустивост тужбе, докази или правни лекови.

- 11 У континенталној Европи, поступци заштите колективних права и интереса творевина су двадесетог века, а англосаксонски правни поредак познаје институт заштите колективних права и интереса још од средњег века. О томе: Ема Менђушић Шкугор, *Удружна тужба као механизам заштите колективних права и интереса*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2012, 8.
- 12 Михајло Дика, „Поступак у споровима за заштиту колективних интереса и права“, *Новела Закона о њарничном њосћујуку из 2011*, Загреб, 2011, 59.
- 13 Између осталог, то су: удружна тужба (њоме се поставља кондемнаторни захтев, који гласи на испуњење негативне неновчане чинидбе; удружење покреће поступак ради пружања апстрактне заштите права и интереса својих чланова, у циљу уклањања неприхватљивог поступања трговаца, без обзира на то да ли су таквим поступањем повређена права и интереси конкретног потрошача); групна тужба (поставља се кондемнаторни захтев, који гласи на испуњење позитивне, углавном новчане, чинидбе); скупна тужба (за разлику од групе тужбе коју може да подигне неко лице, иако не припада групи у чијем се интересу заштита тражи, скупну тужбу подижу особе које су повезане истом или сличном фактичком или правном ситуацијом; тужилац иницира поступак не само у своје име, већ и у име других лица, која се налазе у истој или сличној правној ситуацији); популарна тужба (захтева се уклањање извора опасности или уздржавање од делатности од које произлази узнемиравање или опасност штете); представничка тужба (овлашћење за подношење тужбе у име групе ради добијања обештећења се даје квалификованом субјекту) и друге. Удружна и популарна тужба (популарна тужба у пракси се ретко користи, с обзиром на то да се у ситуацији када има места за ову тужбу прибегава другим механизмима, као што је обавештавање надлежних органа о опасним производима) су погодни инструменти за заштиту колективних интереса потрошача, а групна и скупна су погодни механизми за колективну заштиту индивидуалних интереса потрошача. Вид. Марко Баретић, „Индивидуална и колективна заштита потрошача у хрватском праву“, *Зборник радова – Хрвајска на њују ѡрема еуройском ѡравосудном ѡодручју* (уредник Весна Томљеновић *et al.*), Ријека, 2009, 250; Синиша Трива, Михајло Дика, *Грађанско ѡроцесно ѡраво*, Загреб, 2004, 825; Е. Менђушић Шкугер, 4–6. Mateja Djurovic, Hans Micklitz, *Internationalization of consumer law: a game changer*, Springer, 2017, 81; Jagna Mucha, „Heading towards an Effective Mechanism for the Protection of Collective Interests of Consumers – Some

потрошача може покренути подношењем представничке тужбе.<sup>14</sup> Оно што делимично повезује ову и удружну тужбу, то је критеријум *rationae personae* (круг особа овлашћених на покретање поступка колективне заштите) који се користи приликом дефинисања наведених термина.<sup>15</sup> Иначе, представничка тужба представља један од најраспрострањенијих модела који се користе за заштиту колективних интереса потрошача, а који карактерише покретање поступка од стране овлашћених лица.<sup>16</sup>

Заштита колективног интереса потрошача регулисана је у чл. 170–180 ЗЗП. Међутим, како је у Директиви учињен значајан искорак у погледу колективне заштите, у односу на постојећа правила, у чланку ће бити примарно анализирана решења из Директиве, у склопу питања о: правном оквиру за примену правила о колективној заштити; субјектима, који су овлашћени да покрећу поступак; мерама, које се могу изрећи ради заштите потрошача. У оквиру тих питања биће указано на главне разлике између наших правила и оних из Директиве.

## II Правни оквир за примену правила и особености колективне заштите потрошача

Оквир за примену правила о заштити колективних интереса потрошача утврђен је у Прилогу I Директиве<sup>17</sup> у коме је наведено укупно 66 правних аката<sup>18</sup> који садрже одредбе којима се штите<sup>19</sup> потроша-

Comments on the Proposal for a Directive on Representative Actions“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2019, 207.

- 14 То је тужба за заштиту колективних интереса потрошача коју је поднео квалификовани субјект у име потрошача којом тражи меру забране или меру поправљања штете, или обоје (чл. 3 ст. 1 тач. 5 Директиве). Иначе, с обзиром на то да тужба може да се поднесе надлежном суду или управном органу, очигледно је да се тај термин не користи у класичном значењу да се ради о захтеву који се подноси суду ради доношења пресуде.
- 15 Паула Порети, „Колективно правна заштита према новом хрватском Закону о заштити потрошача из 2014. године – отворена питања“, *Услуге и заштитна корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015, 1017.
- 16 О томе: Т. Зороска Камиловска, Т. Схтерјова, 49.
- 17 Заштита колективних интереса потрошача подразумева претходно одређење *rationae materiae*, одређење оквира за примену правила. О томе: Т. Јованић, 321.
- 18 У Директиви 2009/22, која се са доношењем Директиве 2020/1828 ставља изван снаге, почев од 25. јуна 2023. године, било је наведено 13 правних аката са одредбама чијом повредом се штете или могу наштетити колективни интереси потрошача.
- 19 Како би се избегле сумње, подручје примене Директиве је утврђено прецизно. Зато је поводом одређених аката (укупно их је 22), наведених у Прилогу I, који садрже одредбе које се не односе на заштиту потрошача, извршено упућивање на одредбе којима се њихови интереси штите (уводна изјава 16 Директиве).



чи.<sup>20</sup> Тај корпус правних аката ће се мењати (а то значи и додатак Директиве) са доношењем нових правила која су од значаја за заштиту колективних интереса потрошача,<sup>21</sup> с тим што и државе чланице ЕУ могу да га употпуне националним правилима која се примењују у подручјима која нису обухваћена у Прилогу I.<sup>22</sup> С обзиром на бројност аката ЕУ који садрже правила којима се штите потрошачи и чињеницу да су она инкорпорисана у различите законе (о заштити потрошача, о заштити података, о финансијским услугама, лековима, туристичким услугама, енергетици, телекомуникацијама)<sup>23</sup> постојећа решења,<sup>24</sup> која се примењују приликом одређења када постоји повреда колективних интереса потрошача (односно када се може покренути поступак за заштиту колективних интереса потрошача), морају да се поједноставе, али тако да буду саобразна са правилом из Директиве којим се дефинише подручје њене примене. То би могло да се учини на тај начин што би се полазећи од термина „пракса“<sup>25</sup> одредило да повреда колективних интереса потрошача постоји када трговци следе праксу, која је у супротности са важећим нормама (општим и секторским) о заштити потрошача и која штети или може да наштети колективним интересима потрошача.

- 20 Према уводној изјави 14, Директивом су обухваћене повреде одредаба права Уније из Прилога I у мери у којој се тим одредбама штите интереси потрошача, независно од тога ли се ти потрошачи називају потрошачима, путницима, корисницима, клијентима, малим улагачима или некако другачије. Директивом се штите само интереси физичких лица којима је нанесена штета или којима се може нанети штета повредама ако се те особе сматрају потрошачима (нису обухваћене повреде којима се наноси штета физичким лицима која се сматрају трговцима).
- 21 Уводна изјава 17 Директиве.
- 22 Уводна изјава 18 Директиве.
- 23 С обзиром на то да се размере права ЕУ брзо мењају, поједине чланице (Белгија, Португалија) су покретале иницијативу да се уместо набрајања прописа у оквир примене Директиве укључи свака пракса која шкоди колективним интересима потрошача. О томе: Катарина Иванчевић, „Заштита интереса потрошача сагласно одредбама Директиве 98/27/ЕС у Европској унији и српском праву“, *Право и привреда*, бр. 7–9/11, 260.
- 24 Једно од тих је оно које је усвојено у ЗЗП где се наводи да повреда колективних интереса потрошача постоји онда када се укупном броју од најмање десет потрошача (тај број, под одређеним условима може да буде и мањи), истоветном радњом, односно на истоветан начин, од стране истог лица, повређује право које им је гарантовано законом, или у случају уговарања неправичних одредби у потрошачким уговорима (чл. 170). Друго је оно које садржи хрватски ЗЗП (*Narodne novine*, бр. 19/2022) где се таксативно наводе закони чијим се кршењем стичу услови за покретање поступка колективне заштите потрошача (чл. 114).
- 25 Под термином „пракса“ подразумева се сваки чин или пропуст трговца (чл. 3 ст. 1 тач. 8 Директиве).

Особености колективне заштите потрошача, оно по чему се овај облик у доброј мери разликује од индивидуалне заштите потрошача, су следеће:

1. Према Директиви (чл. 7 ст. 1), колективна заштита интереса потрошача може да се оствари у оквиру судског или управног поступка.<sup>26</sup> Државама чланицама дата је слобода избора поступка<sup>27</sup> у коме ће се остваривати колективна заштита (у зависности од привредног сектора о коме се ради, може се предвидети да се заштита остварује негде у судском, а негде у управном поступку), с тим што морају да осигурају право потрошачима и трговцима на ефикасан правни лек пред судом против сваке управне одлуке донесене на основу националних прописа. То право укључује и могућност да странка у поступку може да захтева доношење одлуке, у складу са националним прописима, којом се налаже суспензија извршења спорне одлуке.<sup>28</sup>

2. Поступак колективне заштите покреће се на основу представничке тужбе коју подносе квалификована (овлашћена) лица (чл. 4 ст. 1 Директиве) против трговаца и удружења трговаца (коморе, интересна удружења, носиоци кодекса којим се подстиче коришћење непоштене пословне праксе), у случајевима када удружења својим закључцима или

26 Према ЗЗП, заштита се остварује у управном поступку: поступак покреће и води Министарство, по захтеву овлашћеног лица или по службеној дужности (чл. 171 и 172). Ово решење одступа од онога које је већински прихваћено у праву европских земаља (у ЗЗП Црне Горе је одређено да у поступку по колективној тужби поступа суд опште надлежности, као и да се на питања у вези са поступком примењује закон којим се уређује парнични поступак – чл. 121 и 129; у ЗЗП Хрватске је одређено да поступак води трговачки суд у складу са прописом којим се уређује парнични поступак – чл. 118 и 130). О овоме: Стеван Лилић, Катарина Тоскић, „Инспекцијски надзор и колективна заштита потрошача у управном поступку: студија примера“, *Колективна заштитна интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020, 138.

27 У прилог управноправне заштите наводи се да је то ефикаснији и јефтинији модел, са више дистрибутивних ефеката и бољом превентивном улогом у поређењу са судском заштитом. Међутим, чак и они који прихватају аргументе о ефикасности и економичности управноправне заштите указују да то не значи да је тај облик заштите делотворнији, у погледу заштите права потрошача, у односу на судску заштиту. Јер, мере које органи управе могу да изрекну (узимајући у обзир постојећа решења у нашем праву) и ефекти који се тиме постижу у погледу права потрошача, и даље нису такви да могу у потпуности да надоместе заштиту пред судом. О томе: Татјана Јованић, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2013, 186; Јелена Јеринић, „Посебности управног поступка за заштиту колективног интереса потрошача“, *Колективна заштитна интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020, 111 и 119.

28 Уводна изјава 19 Директиве.

препорукама трговце подстичу на предузимање недопуштених радњи.<sup>29</sup> У вези са наведеним потребно је уочити следеће: прво, термин „тужба“ је одговарајући када се колективна заштита остварује у судском поступку, али не и онда када се то чини у управном поступку (у том случају се то чини подношењем захтева надлежном телу које је овлашћено за покретање поступка);<sup>30</sup> друго, потрошачи немају активну легитимацију за покретање поступка; треће, статус пасивно легитимисаних, односно тужених у поступку имају трговци, како је то одређено у Директиви, с тим што се националним правилима тај појам шири и на трговачка удружења. У складу са начелом процесне аутономије, тужбени захтев којим се захтевају реститутивне мере (мере којима се отклањају последице повреде права) имаће квалитет представничке тужбе ако је њом обухваћен онај број потрошача који је одређен националним прописима.<sup>31</sup>

Представничком тужбом могу да се обухвате не само повреде које су у току, већ и повреде које су престале пре подношења представничке тужбе или пре него што је поступак по тужби завршен (чл. 2 ст. 1 Директиве), јер и даље може бити потребно да се забраном праксе спречи њено понављање, да се утврди да одређена пракса представља повреду или олакша правна заштита потрошача.<sup>32</sup>

3. Квалификовани субјекти су овлашћени да поднесу представничку тужбу не само када се ради о домаћем спору,<sup>33</sup> већ и у случају прекограничног спора (чл. 6 ст. 1 Директиве), подношењем тужбе у држави која није држава у којој је квалификовани субјект именован.<sup>34</sup> Сходно наведеном, у ЗЗП Републике Црне Горе је одређено да су организације потрошача овлашћене и за покретање поступка за заштиту колективних интереса потрошача пред надлежним телом неке од других држава чланица Европске уније (чл. 119 ст. 3). Наш ЗЗП не регулише питање

---

29 Вид. чл. 171 ст. 2 ЗЗП; чл. 114 ст. 2 ЗЗП РХ; чл. 118 ст. 2 ЗЗП ЦГ (*Сл. лист ЦГ*, бр. 2/14, 6/14 – исп., 43/15, 70/17, 67/19).

30 О томе: Г. Станковић, 414; К. Иванчевић, 270.

31 Уводна изјава 12 Директиве. За разлику од нашег ЗЗП, где се, између осталог, наводи минимални број потрошача (чл. 170), у ЗЗП ЦГ и РХ не наводи се број потрошача као услов за подношење представничке тужбе.

32 Уводна изјава 20 Директиве.

33 Спор у коме у време закључења уговора потрошач има пребивалиште или бора-виште, а трговац седиште или издвојени организациони део у РС (чл. 148 ст. 2 ЗЗП).

34 Ако повреда права утиче или је вероватно да ће утицати на потрошаче у различитим државама чланицама, представничку тужбу пред судом или управним телом државе чланице може поднети неколико квалификованих субјеката из различитих држава чланица у сврху заштите колективних интереса потрошача (чл. 6 ст. 2 Директиве).

активне легитимације овлашћених лица у случају прекограничних спорова, а с обзиром на начин како је одређен прекогранични потрошачки спор,<sup>35</sup> могло би се закључити да право на подношење прекограничне тужбе имају само страни квалификовани субјекти.

4. Како би се избегле злоупотребе процесних овлашћења, у Директиви је одређено да суд или управни органи врше процену допустивости представничке тужбе, те да могу да је одбију ако је очигледно да је неутемељена (чл. 7 ст. 3 и 7). Одговор о томе шта се подразумева под стандардом „допустивост“ у одређеној мери може се наћи у ЗЗП, где је одређено да се поступак заштите колективних интереса потрошача покреће ако се утврди да учесник на тржишту чињењем или нечињењем угрожава или прети да угрози колективни интерес потрошача (чл. 171 ст. 1). Овај услов је у хрватском Закону о парничном поступку на другачији начин формулисан. Наиме, заузет је став према коме за покретање поступка није довољно да постоји било каква повреда интереса потрошача.<sup>36</sup> И зато је одређено да интереси морају да буду теже повређени или озбиљно угрожени (чл. 502а ст. 1). За суд или управно тело остаје да у сваком конкретном случају утврди да ли постоји тежа повреда или озбиљно угрожавање интереса потрошача.<sup>37</sup>

5. За разлику од ЗЗП у коме није предвиђено да се поступак колективне заштите потрошача може спровести по хитном скраћеном поступку, у Директиви је одређено да представничке тужбе треба разматрати са примереном процесном експедитивношћу (чл. 17 ст. 1). С тим у вези предлаже се да: када је повреда у току, експедитивност у поступању би требало да буде већа; када се предлаже доношење привремене мере забране, представничку тужбу би требало разматрати у скраћеном поступку како би се спречило да било каква штета или нека будућа штета буде проузрокована повредом.<sup>38</sup>

6. Покретању, односно спровођењу поступка колективне заштите потрошача претходе одређене активности на основу иницијативе која може потећи било од учесника у поступку било од надлежног органа. У Директиви је дата могућност државама чланицама да уведу одговарајуће

35 Спор у коме у време закључења уговора трговац има седиште или издвојен организациони део у РС, а потрошач нема ни пребивалиште ни боравиште у РС (чл. 148 ст. 3 ЗЗП).

36 Како би спречили хиперпродукцију колективних тужби усвојен је критеријум озбиљности повреде као један од услова допуштености тужбе. О томе: М. Павловић, 803.

37 Стојана Петровић, Јелена Кобања, „Поступак за заштиту колективних интереса потрошача према Новели ЗПП РС“, *Услуге и заштитни корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015, 1036.

38 Уводна изјава 67 Директиве.

процесне претпоставке, као услов за покретање поступка колективне заштите, односно наставак расправе.<sup>39</sup> Наиме, сходно решењу које је у одређеној мери садржано у Директиви 2009/22 (чл. 5), националним правилима може да се предвиди да квалификовани субјект може да тражи меру забране или реститутивну меру, под условом да пре покретања поступка са трговцем покуша да постигне договор о престанку недозвољене праксе.<sup>40</sup> Ако до престанка недозвољене праксе не дође у року од две недеље, рачунато од дана пријема од стране трговца захтева да се тим поводом спроведе саветовање (оно може да се одржи уз асистенцију независног јавног тела), овлашћено лице стиче право да поднесе тужбу (чл. 8 ст. 4 и уводна изјаве 41 Директиве).<sup>41</sup> У оквиру поступка по представничкој тужби за реститутивне мере (чл. 11 Директиве): а) квалификовани субјект и трговац могу заједнички предложити суду или управном телу нагодбу у погледу отклањања последица повреде права за потрошаче на које се односи; или б) суд или управно тело, након саветовања с квалификованим субјектом и трговцем, може да их позове да започну преговоре у циљу постизања нагодбе о отклањању последица повреде права у разумном року. Постигнуту нагодбу одобрава надлежни орган, с тим што има право да одбије одобрење ако је неправична (када је противна императивним законским нормама или садржи одредбе које се не могу извршити, узимајући у обзир права и интересе свих странака, а нарочито потрошача на које се односи). У случају одбијања одобрења наставља се расправа, односно спроводи се поступак по поднетој представничкој тужби. Одобрена нагодбе су обавезујуће за учеснике у поступку, као и за потрошаче на које се односе (у Директиви се оставља могућност да се националним прописима призна право потрошачима да одбију да буду обавезани нагодбом).<sup>42</sup>

39 П. Порети (2015), 1008.

40 Поступак претходног саветовања, односно консултовања није већински прихваћен међу државама чланицама ЕУ, а међу потрошачким организацијама је присутан став да би се на овај начин непотребно продужио поступак по тужбама. О томе: К. Иванчевић, 266.

41 Слично решење (уместо консултација говори се о писаном упозорењу које овлашћено лице доставља лицу које намерава да тужи, односно о покретању поступка мирења) је унето у црногорски ЗЗП (чл. 120) и хрватски ЗЗП (чл. 117). У нашем ЗЗП садржано је другачије решење. Поступак колективне заштите може да се обустави ако се трговац корективном изјавом обавезе да неће наставити са повредама колективних интереса потрошача, а преузете обавезе испуни или их не прекрши у року од три месеца, рачунато од давања изјаве (чл. 178).

42 Решавање спора поводом повреде колективног интереса потрошача путем консултација и нагодбе (сврставају се у облике који су погодни за алтернативно решавање спорова који произлазе из повреде колективних интереса потрошача) представља најбољу и најефикаснију алтернативу класичном решавању спора пред судом или органом управе, нарочито ако се има у виду да није неопходно учешће независног

7. У циљу побољшања положаја потрошача, усвојено је правило о проширеном дејству правноснажних пресуда (одлука) донетих у поступку заштите колективних интереса потрошача. Поводом тога је одређено да: правноснажну 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 органима) траже реститутивне мере против истог трговца за исту праксу (чл. 15 Директиве). У складу са принципом независности правосуђа, овим правилом се не доводи у питање национално право о оцени доказа.<sup>43</sup>

У теорији се истиче да се на овај начин врши асиметрично ширење (у корист потрошача) субјективних граница правноснажних одлука донетих у поступку колективноправне заштите,<sup>44</sup> како би се олакшало остварење права потрошача у накнадно покренутом индивидуалном поступку. С тим у вези, у ЗЗП је одређено да покретање или вођење поступка за заштиту колективног интереса не спречава потрошача да пред надлежним судом покрене други поступак ради остварења својих права (чл. 179), али нема правила о дејству одлука донетих у поступку колективне заштите. За разлику од нашег ЗЗП, и црногорски и хрватски ЗЗП садрже правило према коме у поступку по појединачној тужби, против туженог који је био тужен и у поступку по колективној тужби, која је усвојена, суд ће одлучивати у складу са правноснажном одлуком из поступка по колективној тужби<sup>45</sup> (одлучује се о постојању и висини штете, а не о одговорности туженог за одређено понашање).<sup>46</sup>

### III Квалификовани субјекти као активно легитимисана лица за подношење тужбе

Статус активно легитимисаног лица за подношење представничке тужбе имају квалификовани субјекти,<sup>47</sup> лица која су националним

---

јавног тела везано за консултације или постизање нагодбе. О томе: Б. Михајловић, 301.

43 Уводна изјава 64 Директиве.

44 М. Дика, 61; П. Порети (2015), 1012; Е. Менђушић Шкугар, 32.

45 Вид. чл. 126 ЗЗП ЦГ и чл. 126 ЗЗП РХ.

46 О томе: Никола Дожић, „Колективна заштита потрошача у Црној Гори – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Колективна заштитна интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020, 184.

47 То су организације или јавна тела које је држава именовала квалификованим за подношење тужбе (чл. 3 ст. 1 тач. 4 Директиве).

правилима, у складу са критеријумима утврђеним у Директиви, овлашћена да заступају интересе потрошача. У неким државама се та лица наводе у одговарајућем закону, а негде се то чини путем одлуке коју доноси надлежни државни орган;<sup>48</sup> негде се круг квалификованих лица одређује на конкретан, а негде на апстрактан начин.<sup>49</sup> Према ставу исказаном у Директиви, тај статус би свакако могле имати организације потрошача<sup>50</sup> (чл. 4 ст. 2).<sup>51</sup> Овлашћени субјекти, односно организације потрошача могу да буду легитимисани за подношење прекограничних представничких тужби, ако испуњавају следеће критеријуме (националним прописима може се одредити да се исти критеријуми примењују и на квалификоване субјекте који су овлашћени на подношење домаћих представничких тужби):

- а) да је правно лице које може доказати да је дванаест месеци пре подношења захтева јавно деловало у подручју заштите интереса потрошача;
- б) да има доказан легитиман интерес за заштиту интереса потрошача;<sup>52</sup>

---

48 О томе: К. Иванчевић, 264.

49 У случају конкретног (затвореног) начина, наводи се *numerus clausus* која су лица активно легитимисана за подношење тужбе, док се код апстрактног начина то не чини. Тако, у хрватском Закону о парничном поступку се одређује да тужбу могу да поднесу удружења, тела, установе или друге организације које се у склопу своје делатности баве заштитом колективних интереса и права (чл. 502а). О томе: П. Порети (2015), 1007; С. Петровић, Ј. Копања, 1031.

50 У Француској, удружења потрошача су се појавила почетком XX века, али им није дата одмах могућност да заступају потрошаче пред судом. Тек са доношењем закона бр. 73–1193 од 27. децембра 1973. године овлашћеним удружењима потрошача признато је право покретања поступака у случајевима повреде колективних интереса потрошача. О томе: Agata de Laforcade, „L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs: vers un détachement du droit pénal de leur action en justice“, *Révue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Nr. 4/11, 712.

51 У ЗЗП је одређено да поступак заштите колективних интереса покреће надлежно министарство по службеној дужности или по захтеву који могу да поднесу евидентирана потрошачка удружења, која се налазе на листи коју води Министарство унутрашње и спољне трговине. Листу видети на: <https://must.gov.rs/extfile/sr/553/Prilog%201%20-%20EVIDENCIJA%20UDRU%C5%BDENJA.pdf>, 19. 2. 2023.

52 Постојање легитимног интереса за заштиту потрошача доказује се на основу статутарног циља квалификованог субјекта, а он мора да буде везан за заштиту потрошача. С тим у вези, истицање у теорији да је за подизање тужбе битно овлашћење, а не легитимни интерес квалификованог лица, да суд не утврђује постојање тог интереса, те да квалификована лица могу да злоупотребе овлашћење тако што ће заступати сопствене интересе, који се могу разликовати од интереса потрошача (О теоријским ставовима: Милена Јовановић Zattila, „Мере колективне заштите потрошача – *pro et contra*“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, 229; С. Петровић, Ј. Копања, 1032, немају упориште у експлицитној одредби Директиве. Постојање

- в) да је непрофитна организација;
- г) да се против ње не води поступак због инсолвентности нити да је проглашена инсолвентном;
- д) да је независна и да није под утицајем особа које нису потрошачи, нарочито трговаца;
- ђ) да на једноставном и разумљивом језику, било којим примереним средством, нарочито на својим интернет страницама, чини јавно доступним информације којима се доказује да је субјект усклађен с критеријумима наведенима у тачкама од (а) до (д) и информације о изворима свог финансирања уопште, својој организационој и управљачкој структури, структури чланства, свом статутарном циљу и својим активностима (чл. 4 ст. 3).

На основу поднетог захтева, једно лице може добити статус квалификованог субјекта и на *ad hoc* основи, у сврху подношења одређене домаће представничке тужбе, под условом да испуњава услове предвиђене националним прописима (чл. 4 ст. 6 Директиве).

Процесна легитимација организације за заштиту потрошача заснива се на изричитој законској одредби према којој захтев за заштиту могу да поднесу евидентирана (евиденцију води надлежно министарство) удружења односно савези (чл. 173 ЗЗП). Евидентирањем се потврђује кредибилитет потрошачких организација које су испуниле прописане законске услове и стиче апстрактна способност бављења заштитом колективних интереса и права потрошача.<sup>53</sup> Та способност се губи у случају њиховог брисања из евиденције, до чега може да дође из различитих разлога (престану да испуњавају услове за евидентирање, не одреде свог представника за члана саветодавног тела и комисије за решавање рекламација потрошача, због теже повреде закона или нарушавања етичког кодекса, због пропуста у погледу достављања извештаја надлежном министарству о спроведеним активностима и постигнутим резултатима – чл. 145 ЗЗП).<sup>54</sup>

Поводом подношења тужбеног захтева у теорији је постављено питање да ли су квалификовани субјекти дужни да то учине увек када

---

легитимног интереса је кључно за добијање овлашћења и активности квалификованог лица морају да се одвијају у оквирима тог интереса. У супротном, један субјект не може да добије статус квалификованог лица, а ако га има, може да га изгуби.

53 М. Дика, 58.

54 У Директиви је одређено да се најмање сваких пет година врши процена да ли су квалификовани субјекти и даље усклађени са критеријумима наведеним у чл. 4 ст. 3 (чл. 5 ст. 3).



су колективни интереси и права потрошача повређени или, у том случају, поступају *sua sponte*?<sup>55</sup> У Директиви се то питање разрешава тако што се одређује да они могу да га поднесу (чл. 4 ст. 1), што значи да се ради о овлашћењу, а не о дужности. Ради подстицања квалификованих субјеката да користе своје овлашћење у Директиву је унета одредба о помоћи. Наиме, како би се осигурало да трошкови поступка повезани са представничким тужбама не спречавају квалификоване субјекте да га покрену, допуштена је подршка у облику јавног финансирања или путем максимизирања административних и судских такси, које се могу наплатити поводом поступака колективне заштите, односно могућност наплате скромне накнаде од потрошача који изразе вољу да буду заступани у поступку у коме се истиче захтев за поправљање штете (чл. 20 Директиве). Ради отклањања ризика од злоупотребе процесних овлашћења судовима и управним органима дато је право да врше процену да ли у случају финансирања представничких тужби за реститутивне мере постоји сукоб интереса између лица које пружа финансирање и квалификованог субјекта (треба сматрати да сукоб постоји у случају директног финансирања представничке тужбе од стране трговца који послује на истом тржишту као и туженик, јер би тај трговац могао имати економски интерес за исход тужбе). Ако је било какав сукоб интереса потврђен, суд или управно тело могу да предузму одговарајуће мере, као што је захтевање од квалификованог субјекта да одбије или промени релевантно финансирање и, ако је потребно, одбијање активне процесне легитимације квалификованог субјекта или проглашење представничке тужбе недопуштеном (чл. 10 Директиве и уводна изјава 52).<sup>56</sup>

#### IV Мере колективне заштите интереса потрошача

Према ЗЗП, ако је утврђено постојање повреде колективног интереса, одређује се мера заштите колективног интереса потрошача, којом се може наложити лицу против кога је вођен поступак да предузме одређено понашање или може да му се забрани одређено понашање, а нарочито да: прекине са кршењем одредби закона којима се угрожава колективни интерес потрошача и уздржи се од будућег кршења; да отклони утврђену неправилност; без одлагања обустави уговарање неправичних уговорних одредаба (чл. 176). Ради се о мерама које се, према

---

55 С. Петровић, Ј. Копања, 1032.

56 Према чл. 145 ЗЗП, квалификовани субјект (удружење, односно савез који се воде у евиденцији код надлежног министарства) биће брисано из евиденције ако прекрши правила о финансирању, односно о забрани примања средстава од лица са којима постоји сукоб интереса.

решењима из Директиве, могу сврстати у мере забране. Оне се изричу независно од тога да ли је потрошач претрпео било какву штету,<sup>57</sup> с тим што се право на накнаду штете не може остварити у оквиру поступка колективне заштите интереса потрошача. Тек у накнадно покренутом индивидуалном поступку потрошачи могу да захтевају накнаду штете.

Како би се побољшало одвраћање од незаконитих пракси, било је потребно да се ојачају процесни механизми заштите потрошача тако да се њима обухвате мере забране и реститутивне мере.<sup>58</sup> Тај циљ је постигнут доношењем Директиве у којој је одређено да квалификовани субјекти имају право да траже, у оквиру јединствене представничке тужбе, мере забране и реститутивне мере (чл. 7 ст. 4 Директиве).<sup>59</sup>

Мерама забране се налаже, у привременом или коначном облику, престанак или забрана праксе за коју се сматра или је утврђено да је противна правилима којима се штите колективни интереси потрошача. Ако је предвиђено националним правом, коначне мере могу да укључе меру којом се утврђује да пракса представља повреду којом се штети или може наштетити колективним интересима потрошача и обавезу да се одлука о мери у целисти или делимично објави у облику који надлежни орган сматра прикладним или обавезу да се објави изјава која садржи исправку (чл. 8 ст. 1 и 2 Директиве). Ради се о акцесорним мерама, које могу да буду изречене само ако је усвојена основна, коначна мера.<sup>60</sup>

Привременим мерама могле би се обухватити мере опреза и превентивне мере за заустављање праксе која је у току или за забрану праксе у случају да она није спроведена, али постоји ризик да би могла проузроковати озбиљну или непоправљиву штету потрошачима.<sup>61</sup> Мере

57 Уз помоћ ових мера остварује се апстрактна заштита колективних интереса потрошача. О томе: М. Баретић (2009), 97.

58 У теорији је истицано да без увођења могућности накнаде штете, механизми колективне заштите не могу да допринесу ефикасној заштити потрошача. О томе: П. Порети (2018), 565.

59 Захтев за наведеним мерама може да се истиче и у оквиру засебних представничких тужби. У оквиру јединствене представничке тужбе, квалификованим субјектима треба омогућити да траже све релевантне мере у моменту подношења представничке тужбе или да прво траже мере забране, а потом, према потреби, мере поправљања штете (Уводна изјава 35 Директиве).

60 Стојана Копанџа, „Специфичности поступка заштите колективних интереса потрошача пред судом према ЗЗП у БиХ и Републици Српској“, *Услужни њослови* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2014, 869.

61 И у ЗЗП је одређено да се може изрећи привремена мера (траје до доношења решења којим се одлучује о постојању повреде), којим се, ради отклањања опасности од наступања штетних последица по права и интересе потрошача, налаже престанак вршења одређених радњи, односно обавеза предузимања радњи којима се спречавају или отклањају штетне последице (чл. 177).

забране могле би укључивати и мере којима се утврђује да одређена пракса представља повреду у случајевима у којима је та пракса престала пре него што су представничке тужбе биле поднесене, али је и даље потребно да се установи да је пракса представљала повреду, примерице како би се олакшале даље тужбе за реститутивне мере<sup>62</sup> или како би се забраном спречило њено понављање.

Како би квалификовани субјект затражио меру забране, потрошачи не морају да изразе вољу да их заступа тај субјект. Од квалификованог субјекта се не захтева да докаже стварни губитак или штету коју су претрпели поједини потрошачи на које је утицала повреда (мерама забране може се од трговаца захтевати да предузму одређено деловање, попут пружања потрошачима информације коју су претходно изоставили, при чему је дошло до повреде законске обавезе) или намеру, односно немар трговца (чл. 8 ст. 3 Директиве).

Реститутивном мером од трговца се захтева да потрошачима на које се мера односи пружи правну заштиту као што је накнада штете, поправка, замена, снижење цене, раскид уговора или враћање плаћене цене (чл. 9 ст. 1 Директиве). Правном заштитом предвиђеном реститутивним мерама у оквиру представничке тужбе не доводи се у питање било која додатна правна заштита доступна потрошачима на основу права Уније или националног права која нису обухваћена представничком тужбом (чл. 9 ст. 9 Директиве).

Државе чланице утврђују правила о томе како и у ком стадијуму представничке тужбе за мере поправљања штете поједини потрошачи на које се та представничка тужба односи изричито или прећутно изражавају вољу, у примереном року након подношења те представничке тужбе, да их квалификовани субјект заступа или не заступа, да буду или не буду везани исходом представничке тужбе (чл. 9 ст. 2 Директиве).<sup>63</sup> Ако је прописано да се представничка тужба подноси у складу са механизмом учествовања (модел *opt-in*),<sup>64</sup> потрошачи би требало да изричито изразе вољу да их квалификовани субјект заступа, а ако је прописано да се то чини у складу са механизмом изузимања (модел *opt-out*), потрошачи би требало да изричито изразе своју вољу да

62 Уводна изјава 40 Директиве.

63 Другим речима, државе чланице треба да дефинишу у којој фази поступка потрошачи могу да остваре своје право да учествују у представничкој тужби или да се изузму из ње (Уводна изјава 43 Директиве).

64 Када потрошачи немају уобичајено боравиште у држави у којој је поднесена представничка тужба, морају изричито да изјаве вољу да буду заступани како би били везани исходом представничке тужбе (чл. 9 ст. 3 Директиве).

их квалификовани субјект не заступа у представничкој тужби за мере поправљања штете.<sup>65</sup>

Потрошачи који су изричито или прећутно изразили вољу да буду заступани у представничкој тужби, не могу да буду заступљени у другим представничким тужбама с истим разлогом тужбе и против истог трговца, нити могу поднети тужбу појединачно с истим разлогом тужбе и против истог трговца. Ради спречавања могућих злоупотреба, потребно је да се успоставе посебни механизми уз помоћ којих би се осигурало да потрошачи више пута не приме накнаду штете за исти разлог тужбе против истог трговца (чл. 9 ст. 4 Директиве).

У складу са правилом према коме је надлежни орган везан границама тужбеног захтева (*neto iudex extra petita partium*) одлука о мери којом се утврђује и прецизира повреда може да се донесе само ако је у захтеву повреда наведена и прецизирана.<sup>66</sup> Осим предмета, тужбени захтев мора да буде одређен или, барем, одредив и у погледу потрошача који су њиме обухваћени. У том циљу је прописано да ако се мером поправљања штете не одређују појединачни потрошачи који имају право да остваре користи од правне заштите предвиђене мером поправљања штете, њоме се барем описује група потрошача који имају право да остваре корист од те правне заштите (чл. 9 ст. 5 Директиве).

Трговац који је извршио повреду требало би о свом трошку да обавести све потрошаче којих се то тиче о правноснажним мерама забране и поправљања штете. Ако на основу националног права квалификовани субјект или суд или управно тело потрошачима на које се представничка тужба односи доставља информације у вези с правноснажним одлукама и одобреним нагодбама, од трговца не би требало захтевати да још једном доставља те информације. Квалификовани субјект требало би да обавести потрошаче којих се то тиче о правноснажној одлуци о одбацивању или одбијању представничких тужби за мере поправљања штете (чл. 13 Директиве).

Како би се јемчила делотворност представничких тужби, трговци који врше повреде требало би да буду изложени ефикасним, одвраћајућим и пропорционалним санкцијама за пропуст или одбијање поступања у складу с мером забране. Државе чланице требало би да

65 У већини држава је усвојен мешовит систем, што значи да, ако није нешто друго одређено, у зависности од околности, суд доноси одлуку који ће се механизам применити, уз остављање рока потрошачима да се изјасне да ли прихватају или не да буду везани исходом представничке тужбе. О томе: Алекса Радоњић, „Судска заштита колективних интереса потрошача у Европи – Поуке за право Србије“, *Колективна заштитна интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020, 335.

66 П. Порети (2015), 1011; М. Баретић (2009), 272.

осигурају да те санкције могу да буду у облику новчаних казни (условне новчане казне, периодично плаћање или плаћање пенала). Такође, требало би да постоје санкције за пропуст или одбијање поштовања обавезе информисања потрошача о правоснажним одлукама којима се предвиђају мере забране и поправљања штете.<sup>67</sup>

## V Закључак

Заштита колективних интереса потрошача, са ширењем подручја у оквиру кога се преко овлашћених субјеката може остваривати, добија све више на значају. С обзиром на то да се од 13 правних аката дошло до 66, који се наводе у Директиви, а поводом којих може да се остварује колективна заштита, неопходно је да се на другачији начин од оног који је садржан у ЗЗП, који би био једноставан и свеобухватан, одреди када постоји повреда колективних интереса потрошача. То би могло да се учини уз помоћ термина „пракса“, чије значење је дефинисано у Директиви, тако што би се одредило да повреда колективних интереса потрошача постоји када трговци следе праксу, која је у супротности са важећим нормама (општим и секторским) о заштити потрошача и која штети или може да наштети колективним интересима потрошача.

Значај колективне заштите, сходно решењима из Директиве, не проистиче само из чињенице што је поље примене правила о колективној заштити вишеструко проширено, него и због тога што је, ради подизања нивоа заштите потрошача, квалификованим субјектима, који представљају колективне интересе потрошача, омогућено подношење представничких тужби не само ради доношења мера забране (које се уобичајено доносе у поступку колективне заштите, па су дефинисане и у нашем ЗЗП), већ и реститутивна мера против трговаца који врше повреде, које штете или могу наштетити колективним интересима потрошача.

Новим правилима о колективној заштити учињен је још један квалитативан помак у односу на досадашња решења кроз увођење процесних предуслова за покретање поступка (представничка тужба за доношење мере забране или поправљања штете може да се поднесе само ако трговац и након упозорења не престане са поступцима којима се нарушавају колективни интереси потрошача), односно спровођење поступка колективне заштите интереса потрошача (између трговца и квалификованог субјекта постигнута нагодба о поправљању штете и одобрена од стране надлежног органа, због чега се поступак обуставља).

---

67 Уводна изјава 69 Директиве.

Тежиште нових решења је на постизању колективне заштите потрошача у што краћем року, са што мање трошкова, без покретања, односно вођења поступка.

### Коришћена литература

- Бабовић Бранка, „Заштита колективних интереса потрошача“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2014. (Babović Branka, „Zaštita kolektivnih interesa potrošača“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 2/2014)
- Баретић Марко, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, *Og caveat emptor go caveat venditor* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009. (Baretić Marko, „Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj – trenutno stanje i perspektive“, *Og caveat emptor do caveat venditor* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2009)
- Баретић Марко, „Индивидуална и колективна заштита потрошача у хрватском праву“, *Зборник радова Хрватска на путу према европском правосудном подручју* (уредник Весна Томљеновић *et al.*), Ријека, 2009. (Baretić Marko, „Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu“, *Zbornik radova Hrvatska na putu prema europskom pravosudnom području* (urednik Vesna Tomljenović *et al.*), Rijeka, 2009)
- de Laforcade Agata, „L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs: vers un détachement du droit pénal de leur action en justice“, *Révue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, Nr. 4/11.
- Дика Михајло, „Поступак у споровима за заштиту колективних интереса и права“, *Новела Закона о парничном поступку из 2011*, Загреб, 2011. (Dika Mihajlo, „Postupak u sporovima za zaštitu kolektivnih interesa i prava“, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2011*, Zagreb, 2011)
- Djurovic Mateja, Micklitz Hans, *Internationalization of consumer law: a game changer*, Springer, 2017.
- Дожић Никола, „Колективна заштита потрошача у Црној Гори – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Колективна заштита интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020. (Dožić Nikola, „Kolektivna zaštita potrošača u Crnoj Gori – *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Kolektivna zaštita interesa potrošača* (urednik Katarina Ivančević), Beograd, 2020)

- Зороска Камиловска Татјана, Схтерјова Татјана, „Поступци за заштиту колективних права и интереса са освртом на стање у Републици Македонији“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9/2014. (Zoroska Kamilovska Tatjana, Shterjova Tatjana, „Postupci za zaštitu kolektivnih prava i interesa sa osvrtom na stanje u Republici Makedoniji“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7–9/2014)
- Иванчевић Катарина, „Заштита интереса потрошача сагласно одредбама Директиве 98/27/ЕС у Европској унији и српском праву“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011. (Ivančević Katarina, „Zaštita interesa potrošača saglasno odredbama Direktive 98/27/EC u Evropskoj uniji i srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2011)
- Јеринић Јелена, „Посебности управног поступка за заштиту колективног интереса потрошача“, *Колективна заштита интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020. (Jerinić Jelena, „Posebnosti upravnog postupka za zaštitu kolektivnog interesa potrošača“, *Kolektivna zaštita interesa potrošača* (urednik Katarina Ivančević), Beograd, 2020)
- Јованић Татјана, „Улога управе у заштити колективних интереса потрошача“, *Зборник радова Јачање заштите потрошача у Србији / Strengthening Consumer Protection in Serbia* (eds. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić), Београд, 2013. (Jovanić Tatjana, „Uloga uprave u zaštiti kolektivnih interesa potrošača“, *Zbornik radova Jačanje zaštite potrošača u Srbiji / Strengthening Consumer Protection in Serbia* (eds. Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić), Beograd, 2013)
- Јованић Татјана, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правог факултета Универзитета у Београду*, бр. 2/2013. (Jovanić Tatjana, „Upravnopravna zaštita potrošača“, *Anali Pravog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 2/2013)
- Јовановић Затила Милена, „Мере колективне заштите потрошача – *pro et contra*“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011. (Jovanović Zattila Milena, „Mere kolektivne zaštite potrošača – *pro et contra*“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2011)
- Копања Стојана, „Специфичности поступка заштите колективних интереса потрошача пред судом према ЗЗП у БиХ и Републици Српској“, *Услужни послови* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2014. (Koranja Stojana, „Specifičnosti postupka zaštite kolektivnih interesa potrošača pred sudom prema ZZP u BiH i Republici Srpskoj“, *Uslužni poslovi* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2014)
- Лилић Стеван, Тоскић Катарина, „Инспекцијски надзор и колективна заштита потрошача у управном поступку: студија примера“, *Колективна заштита интереса потрошача* (уредник Катарина

- Иванчевић), Београд, 2020. (Lilić Stevan, Toskić Katarina, „Inspeksijski nadzor i kolektivna zaštita potrošača u upravnom postupku: studija primera“, *Kolektivna zaštita interesa potrošača* (urednik Katarina Ivančević), Београд, 2020)
- Маганић Александра, „Процесноправна заштита потрошача у Републици Хрватској“, *Od caveat emptor go caveat venditor* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009. (Maganić Aleksandra, „Procesnopravna zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj“, *Od caveat emptor do caveat venditor* (urednik Miodrag Mićović), Крагујевац, 2009)
- Менђушић Шкугор Ема, *Удружна тужба као механизам заштите колективних права и интереса*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2012. (Menđušić Škugor Ema, *Udružna tužba kao mehanizam zaštite kolektivnih prava i interesa*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2012)
- Mucha Jagna, „Heading towards an Effective Mechanism for the Protection of Collective Interests of Consumers – Some Comments on the Proposal for a Directive on Representative Actions“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2019.
- Михајловић Борко, „Заштита колективних интереса потрошача кроз облике алтернативног решавања спорова“, *Колективна заштита интереса потрошача* (уредник Катарина Иванчевић), Београд, 2020. (Mihajlović Borko, „Zaštita kolektivnih interesa potrošača kroz oblike alternativnog rešavanja sporova“, *Kolektivna zaštita interesa potrošača* (urednik Katarina Ivančević), Београд, 2020)
- Павловић Младен, „Значај тужбе за заштиту колективних интереса и права“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 3/2015. (Pavlović Mladen, „Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3/2015)
- Петровић Стојана, Копанја Јелена, „Поступак за заштиту колективних интереса потрошача према Новели ЗПП РС“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015. (Petrović Stojana, Kopanja Jelena, „Postupak za zaštitu kolektivnih interesa potrošača prema Noveli ZPP RS“, *Usluge i zaštita korisnika* (urednik Miodrag Mićović), Крагујевац, 2015)
- Познић Боривоје, Ракић Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010. (Poznić Borivoje, Rakić Vodinelić Vesna, *Građansko procesno pravo*, Београд, 2010)
- Порети Паула, „Колективно правна заштита према новом хрватском Закону о заштити потрошача из 2014. године – отворена питања“, *Услуге и заштита корисника* (уредник Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2015. (Poreti Paula, „Kolektivno pravna zaštita prema



- novom hrvatskom Zakonu o zaštiti potrošača iz 2014. godine – otvorena pitanja“, *Usluge i zaštita korisnika* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2015)
- Порети Паула, „Судска заштита права потрошача – (нај)бољи пут?“; *Зборник радова, Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2018. (Poreti Paula, „Sudska zaštita prava potrošača – (naj)bolji put?“, *Zbornik radova, Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2018)
- Радоњић Алекса, „Судска заштита колективних интереса потрошача у Европи – Поуке за право Србије“, *Колективна заштита интереса потрошача* (urednik Katarina Ivančević), Београд, 2020. (Radonjić Aleksa, „Sudska zaštita kolektivnih interesa potrošača u Evropi – Pouke za pravo Srbije“, *Kolektivna zaštita interesa potrošača* (urednik Katarina Ivančević), Beograd, 2020)
- Станковић Гордана, „Методи за судску заштиту права потрошача“, *Od caveat emptor do caveat venditor* (urednik Miodrag Mićović), Крагујевац, 2009. (Stanković Gordana, „Metodi za sudsku zaštitu prava potrošača“, *Od caveat emptor do caveat venditor* (urednik Miodrag Mićović), Kragujevac, 2009)
- Трива Синиша, Дика Михајло, *Грађанско процесно право*, Загреб, 2004. (Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Građansko procesno pravo*, Zagreb, 2004)

**Andrej MIĆOVIĆ, (PhD)**  
Associate Professor at the Faculty of Hotel Management and Tourism in  
Vrnjačka banja, University of Kragujevac, Serbia

## PROTECTION OF THE COLLECTIVE INTEREST OF CONSUMERS

### Summary

*Unlike individual protection, which is realized within the framework of procedures initiated by consumers themselves, collective protection of consumer interests is achieved indirectly, with the assistance of the so-called qualified subjects, who submit claims on behalf of consumers. In situations where, due to the modern way of life, the risk of a large number of people suffering damage due to the same unlawful actions has increased manifold, the collective protection of consumer interests gains importance. This is the reason why Directive 2020/1828 was adopted, as it aims to increase the level of consumer protection in a qualitatively new way, compared to previous solutions. With reference to the existing solutions on collective protection, which are contained in the Law on Consumer Protection, the article primarily analyses the provisions of the Directive 2020/1828 related to: legal framework for the application of the rules, particularly those that indicate the specifics of collective protection; provisions on qualified subjects; provisions on measures for the collective protection of consumer interests.*

**Key words:** *Representative action. – Collective protection. – Qualified subject. – Consumer. – Measures.*

Датум пријема рада: 20. 11. 2022.

Датум исправке рада: 19. 2. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 2. 2023.

УДК: 339.13:621.39(497.11) ; 346.546(497.11)

CERIF: S 140, S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23105A

др **Никола ИЛИЋ**\*

доцент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

**Стефан САВИЋ**\*\*

адвокат – Адвокатска канцеларија Карановић и партнери, Србија

## ДОКТРИНА НЕОПХОДНИХ КАПАЦИТЕТА И ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У СРБИЈИ: СЕКТОР ТЕЛЕКОМУНИКАЦИЈА\*\*\*

### Сажетак

*У раду се размајрају моућности за њрмену доктрине неопходних капацитета у домаћем сектору телекомуникација и њоследице ње њрмене њо заштитиу конкуренције. На основу налаза у раду, закључак је, између осталој, да доктрину неопходних капацитета на различите начине и њод различитим условима моу да њрмене Регулаторна агенција за електронске комуникације и њошћанске услуге (РАТЕЛ), Комисија за*

\* Електронска адреса аутора: [nikola.ilic@ius.bg.ac.rs](mailto:nikola.ilic@ius.bg.ac.rs).

\*\* Електронска адреса аутора: [stefan.savic@karanovicpartners.com](mailto:stefan.savic@karanovicpartners.com).

\*\*\* Чланак је настао као резултат рада на пројекту Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“. Захваљујемо на коментарима и корисним сугестијама Борису Беговићу, Бојану Вучковићу, Бојану Ристићу и Зорану Шољаги. Одговорност за евентуалне преостале грешке и вредносне судове који су изнети у овом раду носе искључиво аутори.

защити конкуренције (КЗК), као и Ујравни суд. При томе, имајући у виду постојећи однос између тих тела, као и однос између њих о конкуренцији и секторских њих, може се закључити да би КЗК примарно требало да примењује доктрину неопходних капацитета, док РАТЕЛ треба да унапређује конкуренцију у оквиру сектора на основу секторске регулације.

**Кључне речи:** Право конкуренције. – Закон о електронским комуникацијама. – Доктрина неопходних капацитета. – Телекомуникације. – Заједничко коришћење.

## I Увод

Доктрина неопходних капацитета представља скуп начела према којима учесник на тржишту који поседује неопходни капацитет, под одређеним условима, мора да омогући другим учесницима на тржишту приступ том капацитету.<sup>1</sup> Наиме, уколико је дати капацитет неопходан, онемогућавање приступа том капацитету другим учесницима на тржишту би значило формирање прохибитивно високих баријера уласку на тржиште, што би имало за последицу спутавање конкуренције и значајно умањење друштвеног благостања.<sup>2</sup> Због тога, по правилу, надлежни орган може одлуком да успостави приступ неопходном капацитету уколико учесници на тржишту самостално не постигну сагласност о томе.<sup>3</sup>

1 У домаћој правној литератури се може наћи и термин „теорија неопходних средстава“. Међутим, сматрамо да је „доктрина неопходних капацитета“ адекватнији термин из најмање два битна разлога. Прво, теорија подразумева одређене премисе односно хипотезе како би се дошло до правилности или законитости које објашњавају стварност, што није случај са поменутом доктрином неопходних капацитета. Друго, имајући у виду да је та доктрина, као скуп начела а не као теорија, настала у Сједињеним Америчким Државама (САД) и да је изворни назив „essential facilities doctrine“, „доктрина неопходних капацитета“ је адекватан превод на српски језик. О различитим погледима на доктрину неопходних капацитета и њен назив вид. Phillip Areeda, „Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 3/1990, 841–843; Waller W. Spencer, „Areeda, Epithets, and Essential Facilities“, *Wisconsin Law Review*, 2008, 361–366; Inge Graef, „Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy“, *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, Vol. 53, No. 1/2019, 40–41.

2 Вид., нпр. Alexander Larson, Dennis Weisman, “The Economics of Access Pricing, Imputation and Essential Facilities, with Application to Telecommunications Policy“, *Communication Law and Policy*, Vol. 3, No. 1/1998, 9–10.

3 Историјски посматрано, доктрину неопходних капацитета први су применили и дефинисали судови у САД. Међутим, водећи се истим начелима (ограничавање

Неопходни капацитет се може дефинисати као „онај капацитет или инфраструктура који су неопходни да би се допрело до купаца и/или који су неопходни како би конкуренти наставили са својим пословањем. Капацитет је неопходан ако је његова изградња немогућа или изузетно тешка услед физичких, географских, правних или економских ограничења“.<sup>4</sup> Међутим, правно обавезујућа дефиниција неопходног капацитета, као и услови под којима титулар права мора да омогући приступ том капацитету другим учесницима на тржишту, значајно се разликују у упоредним правним системима.<sup>5</sup> Додатно, чак и у оквиру једног правног система, дефиниција и услови за примену доктрине неопходних капацитета могу битно да се разликују у зависности од конкретног тржишта односно сектора привреде.

Основни циљ овог рада је да одговори на питање да ли постоји правно обавезујућа дефиниција неопходног капацитета у домаћем сектору телекомуникација? У случају да је одговор потврдан, следећи циљ рада је да одговори да ли је (и под којим условима) могуће применити доктрину неопходних капацитета и какве последице та примена може да има по заштиту конкуренције у сектору телекомуникација? Имајући у виду постављене циљеве, у другом делу рада се детаљно разматрају прописи о заштити конкуренције и о пословању у сектору телекомуникација, у потрази за дефиницијом неопходног капацитета. У трећем делу рада се разматрају могућности за примену доктрине неопходних капацитета и последице те примене по примену права конкуренције. У четвртом делу се разматрају упоредно-правна решења у вези са применом доктрине неопходних капацитета у сектору телекомуникација, како би се

---

слободе уговарања у интересу слободне конкуренције), доктрину неопходних капацитета почели су у основи да примењују и други органи и регулаторна тела. Грегори Верден (Gregory Werden) је међу првима закључио да је питања у вези са коришћењем неопходних капацитета најбоље решавати на нивоу привредних сектора, путем усвајања законских и подзаконских аката. Вид. Gregory J. Werden, „The Law and Economics of Essential Facilities“, *Saint Louis University Law Journal*, 1987, 479–80. Додатно, вид. Antonio Bavasso, „Essential Facilities in EC Law: The Rise of an ‘Epithet’ and the Consolidation of a Doctrine in the Communications Sector“, *Yearbook of European Law*, Vol. 21, No. 1/2011, 65.

- 4 Бојан Ристић, Душан В. Поповић, Борис Беговић, *Глосаријум њрава конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 60. У домаћој литератури се поред термина „неопходни капацитет“ користе и термини „неопходна средства“ или „неопходна инфраструктура“. Вид. Душан Поповић, „Теорија неопходних средстава: последице по права интелектуалне својине“, *Право и њривреда*, бр. 1–4/2008, 27; Додатно, вид. Душан Поповић, *Искључива њрава интелектуалне својине и њрава конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 128.
- 5 Вид. нпр. Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Essential Facilities Concept*, OECD Publications Service, Paris, 1996, 37–93.

у петом делу одговорило на постављена питања и на тој основи изнели предлози за унапређење домаћих прописа и праксе.

## II Неопходни капацитет у сектору телекомуникација

Сектор телекомуникација подразумева сегмент домаће привреде који је заснован на обављању привредних активности у вези са комуникацијама на даљину.<sup>6</sup> Посматрано према процентима од укупних прихода тог сектора у 2021. години, највеће уделе у оквиру сектора имају услуге мобилне мреже (60,2%), фиксни широкопојасни приступ интернету (13,2%), дистрибуција медијских садржаја (12,7%), фиксна мрежа (10,5%) и говорне услуге које се пружају коришћењем интернета (1,9%).<sup>7</sup> Те услуге пружа релативно мали број учесника на тржишту. На пример, услуге мобилне телефоније су у 2021. години пружала три оператора, док је на тржишту фиксног приступа интернету пословало једанаест оператора, при чему су два од тих једанаест имала 85% удела на релевантном тржишту.<sup>8</sup> Због релативно малог броја учесника на релевантним тржиштима и економске природе привредних активности које ти учесници обављају (велики фиксни трошкови и друге препреке у изградњи капацитета), у сектору телекомуникација се често могу јавити неопходни капацитети. Због значаја који ти капацитети имају за обављање тих привредних делатности, режим приступа може у великој мери да утиче на тржишну конкуренцију а самим тим и на конкурентски притисак унутар сектора телекомуникација и благостање потрошача.<sup>9</sup>

Конкуренција на тржишту у оквиру домаћег сектора телекомуникација се примарно штити Законом о заштити конкуренције (ЗЗК).<sup>10</sup>

6 Према анализи тржишта коју Регулаторна агенција за електронске комуникације и поштанске услуге (РАТЕЛ) спроводи на годишњем нивоу, на тржишту електронских комуникација у 2021. години је остварен укупан приход од 220,7 милијарди динара, што је 3,5% бруто домаћег производа Србије. Вид. РАТЕЛ, *Преглед тржишта електронских комуникација и поштанских услуга у Републици Србији у 2021. години*, РАТЕЛ, Београд, 2022, 8–10.

7 *Ibid.*, 9.

8 *Ibid.*, 44 и 84.

9 Вид, нпр., А. Bavasso, 65; G. J. Werden, 480; Требало би имати у виду да сектор телекомуникација представља сектор привреде који је кључан за функционисање читаве привреде и друштва. Тај сектор пружа услуге у вези са електронским комуникацијама односно преносом података на даљину и неопходан је за остваривање конкуренције у многим другим секторима, као што су електронска трговина и финансијске услуге. Имајући то у виду, заштита конкуренције у сектору телекомуникација је један од кључних приоритета за секторске регулаторе и тела надлежна за заштиту конкуренције широм света.

10 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013.

Тај Закон, између осталог, уређује забрану злоупотребе доминантног положаја, забрану рестриктивних споразума између оператора и контролу концентрација у сектору телекомуникација. Међутим, ниједна одредба ЗЗК-а не дефинише неопходни капацитет нити експлицитно уређује питања у вези са употребом тих капацитета. У складу са ЗЗК, власник неопходног капацитета би могао да одговара само ако би начином употребе одређеног капацитета, превасходно онемогућавањем приступа другим учесницима на тржишту, злоупотребио доминантан положај или уколико би учинио другу повреду конкуренције прописану тим законом. Чак и у том случају, делује да неопходни капацитет као појам у великој мери остаје „испод радара“ Комисије за заштиту конкуренције (КЗК). Наиме, КЗК по правилу доноси решење којим утврђује повреду конкуренције и у оквиру тог решења може да одреди мере заштите и мере отклањања повреде конкуренције.<sup>11</sup> КЗК на тај начин може посредно да утиче на приступ неопходним капацитетима у сектору телекомуникација али нема основ за непосредну примену доктрине неопходних капацитета без претходно учињене повреде конкуренције.<sup>12</sup>

Поред ЗЗК-а, понашање учесника на тржишту у домаћем сектору телекомуникација регулисано је секторским законима и подзаконским актима. Међу њима се посебно издваја Закон о електронским комуникацијама (ЗЕК),<sup>13</sup> који дефинише два института која би могла значајно да утичу на заштиту конкуренције у сектору телекомуникација односно да омогуће примену доктрине неопходних капацитета. То су право службености (чл. 50 ЗЕК) и право заједничког коришћења (чл. 51 ЗЕК).<sup>14</sup>

---

11 *Ibid.*, чл. 38 и чл. 57.

12 КЗК би евентуално могла да омогући приступ одређеном капацитету одређивањем привремене мере у складу са чл. 56 КЗК. Међутим, чак и привремена мера подразумева претходно покретање поступка испитивања повреде конкуренције и не може трајати дуже од доношења решења у том поступку.

13 Закон о електронским комуникацијама, *Сл. гласник РС*, бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014 и 95/2018 – др. закон; Влада Србије је усвојила нови Предлог закона о електронским комуникацијама на 32. седници која је одржана 9. фебруара 2023. године (доступан на: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/683067>, 20. 2. 2023). У даљем тексту ћемо анализирати важећа законска решења уз поређење тих решења са новим Предлогом када Предлог садржи другачија решења; Већина законских и подзаконских аката који су релевантни за сектор телекомуникација су доступни на адреси РАТЕЛ-а: <https://www.ratel.rs/cyr/page/cyr-dokumenti>, 20. 2. 2023.

14 Поред та два института, ЗЕК предвиђа претходну регулацију (чл. 59–71) и међуповезивање (чл. 53). Међутим, у случају претходне регулације регулатор *ex ante* одређује операторе са значајном тржишном снагом, који имају законску обавезу да омогуће приступ елементима мреже и другим средствима. У том случају постоји необорива претпоставка (*praesumptio iuris et de iure*) да је омогућавање

Начелно посматрано, учесници на тржишту у домаћем сектору телекомуникација би могли да користе капацитете конкурената и трећих лица на основу права службености које дефинише ЗСПО.<sup>15</sup> У том смислу, ЗЕК детаљније дефинише право службености у односу на ЗСПО и изричито прописује да: „*Оператор има право да захтева право пролаза или право коришћења њуђе неокрећносћи (службеносћи), када је то неоходно ради израдрње или њосћављања елекћронских комуникационих мрежа и њрипадајућих средсћава*“.<sup>16</sup> Међутим, на основу тако дефинисаних службености, као неопходни капацитет се може квалификовати једино непокретност, не и мрежа или елементи мреже односно друга средства конкурената и трећих лица.<sup>17</sup> Другим речима, чл. 50 ЗЕК превише уско дефинише неопходни капацитет и самим тим не оставља значајан простор за примену доктрине неопходних капацитета. Због тога, као и због чињенице да је за пословање у сектору телекомуникација кључан приступ мрежи, односно различитим елементима мреже и другим средствима учесника на тржишту, а не непокретности *per se*, право службености неће бити предмет даљег разматрања.<sup>18</sup>

Поред права службености, ЗЕК предвиђа и право заједничког коришћења то јест да: „*Оператор има право да захтева заједничко*

приступа у интересу конкуренције и регулатор евентуално одлучује о цени и другим условима под којима се омогућава приступ капацитету али не примењује доктрину неопходних капацитета јер обавеза омогућавања приступа постоји *ex ante* и делује *erga omnes*. Из тога произлази да претходна регулација ефективно ограничава успостављање службености и заједничког коришћења само у односу на операторе који немају значајну тржишну снагу и у односу на трећа лица; За разлику од претходне регулације, у случају међуповезивања нема једног капацитета, већ две или више комуникационих мрежа које се међусобно повезују (интерконекција) како би се корисницима услуга различитих оператора омогућила међусобна комуникација (интероперабилност). Због тога сматрамо да ни у случају међуповезивања нема простора за примену доктрине неопходних капацитета.

15 Закон о основама својинскоправних односа (ЗСПО), *Сл. њласник СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лисћ СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. њласник РС*, бр. 115/2005 – др. Закон, чл. 49–60.

16 ЗЕК, чл. 50 ст. 1. Нови Предлог ЗЕК додаје да поред оператора право да захтева успостављање службености има и „лице које искључиво за сопствене потребе гради или поставља електронску комуникациону мрежу и њрипадајућа средства“ (чл. 53 Предлога ЗЕК).

17 Исто важи и за одредбе ЗСПО које дефинишу опште право службености на непокретности.

18 У пракси би одређени делови мреже могли да се квалификују као непокретност (нпр. инсталације) али то не мења изнети закључак јер мрежа као функционална целина најчешће подразумева различите елементе од којих многи не могу да се квалификују као непокретности (нпр. електронска комуникациона опрема), због чега омогућавање приступа искључиво непокретности не оставља значајан простор за примену доктрине.



коришћење (укључујући и физичку колокацију)<sup>19</sup> елемената мреже и припадајућих средстава другој оператору или трећем лицу, као и неоекрећности за чије коришћење је други оператор или треће лице засновало право службености или неоекрећности која је прибављена у воступку експлоатације, када је то неопходно ради конкурентној, економичној и ефикасној обављања делатности или када нову електронску комуникациону мрежу и припадајућа средства није могуће изградити или воставити без штетних последица по животној средину, јавну безбедност, реализацију програмних планова или очување културних добара“.<sup>20</sup> Тумачењем цитиране одредбе, може се закључити да се као неопходни капацитети у домаћем сектору телекомуникација могу квалификовати: елементи мреже и припадајућа средства другог оператора или трећег лица, као и непокретности. При томе, надлежни регулатор у односу на непокретности може да успостави право службености или право заједничког коришћења у корист оператора који то захтева, док у односу на елементе мреже и припадајућа средства оператора или трећег лица може да успостави право заједничког коришћења. Другим речима, ЗЕК садржи релативно широку дефиницију неопходних капацитета, што омогућава примену доктрине неопходних капацитета, примарно у виду успостављања заједничког коришћења, у односу на операторе који немају значајну тржишну снагу<sup>21</sup> и у односу на трећа лица.<sup>22</sup>

### III Услови за примену доктрине неопходних капацитета

С обзиром на то да на подстицање односно заштиту конкуренције у домаћем сектору телекомуникација могу да утичу и РАТЕЛ и КЗК, потребно је размотрити да ли и под којим условима они могу да примене доктрину неопходних капацитета. Другим речима, потребно је размотрити под којим условима та тела могу да омогуће приступ неопходном капацитету без сагласности оператора то јест ученика на тржишту и какав је однос између надлежности и правних дејстава одлука та два тела. У том смислу, потребно је ближе размотрити и улогу управног суда који

---

19 Закон дефинише колокацију као услугу пружања физичког простора и техничких средстава на одређеној локацији, потребних ради смештаја и повезивања електронске комуникационе опреме (ЗЕК, чл. 4).

20 ЗЕК, чл. 51 ст. 1.

21 Вид. фн. 14.

22 Важно је истаћи да трећа лица често могу да имају веома значајну улогу за обављање делатности у сектору телекомуникација. На пример, предузећа за производњу и промет електричне енергије и железнице често поседују инфраструктуру која је погодна за инсталирање различитих елемената мреже и других средстава то јест која може да представља неопходни капацитет за операторе у сектору телекомуникација.

одлучује у управном спору односно у поступку по тужби против одлука које доносе РАТЕЛ и КЗК.

## 1. Регулаторна агенција за електронске комуникације и поштанске услуге

РАТЕЛ је основан као независна регулаторна агенција која, између осталог, има за циљ да подстиче конкуренцију у сектору телекомуникација, да унапређује капацитете тог сектора и квалитет услуга, односно да доприноси развоју тржишта и заштити интереса корисника електронских комуникација.<sup>23</sup> На основу одредаба ЗЕК-а, надлежности РАТЕЛ-а укључују доношење подзаконских аката као и одлучивање о правима и обавезама оператора и корисника њихових услуга.<sup>24</sup>

Већ на основу циља и основних надлежности, делује да РАТЕЛ има овлашћења за примену доктрине неопходних капацитета то јест да може да омогући употребу неопходног капацитета конкурентима у циљу подстицања конкуренције. То овлашћење је и изричито наведено у чл. 51 ЗЕК, који прописује да РАТЕЛ може на захтев заинтересоване стране или *ex officio* да донесе решење којим утврђује заједничко коришћење капацитета.<sup>25</sup> Међутим, за разлику од надлежности, која је неспорна у случају утврђивања заједничког коришћења, услови за примену доктрине неопходних капацитета односно за утврђивање заједничког коришћења и компетентност регулатора могу бити доведени у питање.

Пре свега, ЗЕК наводи услове који морају да буду испуњени да би оператор стекао право да захтева заједничко коришћење неопходног капацитета то јест заједничку употребу елемената мреже, припадајућих средстава или непокретности другог оператора или трећег лица. Према чл. 51 ЗЕК, оператор стиче то право уколико је одређени капацитет:

1) *Неоиходан ради конкуренційної, економичної и ефикасної обављања делайносійи;*

или

2) *Нову електронску комуникациону мрежу и йррийадајућа средсійва није моїуће изйрадийи или йосійавийи без шийейних йоследица йо живойну средину, јавну безбедносій, реализаційу йросійорних йланова или очување кулийурних добара.*<sup>26</sup>

23 *Ibid.*, чл. 7.

24 *Ibid.*, чл. 8.

25 Вид. ЗЕК, чл. 51 ст. 3. Нови Предлог ЗЕК укида могућност доношења решења *ex officio* (чл. 55 Предлога).

26 Чл. 51 ст. 1. Додатно, чл. 52 ЗЕК предвиђа и да РАТЕЛ води ажурну базу података о капацитетима који могу бити предмет заједничког коришћења и приступа.

У основи, први услов се може свести на трошкове оператора односно трошкове које генерише изградња неопходног капацитета и обављање делатности оператора, јер трошкови одређују конкурентност и ефикасност.<sup>27</sup> Обављање делатности је истовремено конкурентно и ефикасно само уколико су трошкови оператора најмањи могући. Уколико су трошкови обављања делатности већи од најмањих доступних, такво обављање делатности може бити конкурентно али свакако није ефикасно. У том смислу, одређени капацитет је неопходан за конкурентно и ефикасно обављање делатности увек када обављање делатности на основу заједничког коришћења датог капацитета генерише мање трошкове од трошкова обављања делатности уз изградњу истог или сличног капацитета. Међутим, уколико би се прописани услов тумачио на тај начин био би бесмислен то јест не би имао сврху, јер оператор свакако не би захтевао заједничко коришћење капацитета ако сам може да изгради исти или сличан капацитет уз мање трошкове обављања делатности. Због тога би наведени услов требало тумачити у складу са циљем правног института заједничког коришћења и циљевима чијем остварењу тежи РАТЕЛ а то су, између осталих, подстицање конкуренције и ефикасности, као и обезбеђивање максималне користи за кориснике електронских комуникација у виду цене и квалитета услуга.<sup>28</sup> У том смислу, у складу са налазима савремене економске теорије, заједничко коришћење капацитета требало би омогућити када на неком сегменту тржишта постоји природни монопол односно када се јавља субадитивност трошкова.<sup>29</sup> Другим речима, требало би применити доктрину

---

Може бити спорно да ли је интенција законодавца била да тиме ограничи неопходне капацитете искључиво на капацитете који се налазе у бази података или не. Тумачењем прописаних услова за заједничко коришћење, може се закључити да упис у базу података РАТЕЛ-а нема конститутивно дејство, односно да елементи мреже, припадајућа средства и непокретности другог оператора (или трећег лица) могу бити предмет заједничког коришћења без обзира на то да ли се налазе у тој бази података или не.

27 Није јасно шта је законодавац хтео да каже када је као услове навео економичност и ефикасност, с обзиром на то да су та два појма синоними. Савремена економска литература познаје само категорију ефикасност, а у овом контексту јасно је да се ради о производној ефикасности, то јест о ситуацији у којој се дати обим производње постиже уз најмање могуће трошкове. У појединим старим домаћим уџбеницима та ситуација се назива економичност. Вид. нпр. Стеван Куколеца, *Економика предузећа I*, Савремена администрација и институт за економска истраживања, Београд, 1971, 504; Имајући то у виду, услов економичности ће бити изостављен у даљим разматрањима.

28 ЗЕК, чл. 3.

29 Субадитивност подразумева да је трошак обављања делатности једног оператора мањи од суме трошкова обављања те исте делатности од стране два или више оператора. Математички се исказује на следећи начин:  $C(x) < C(x^1) + \dots + C(x^i)$ , где је  $C$  трошак обављања делатности оператора  $X$ , при чему је сума обима производње

неопходних капацитета и дозволити заједничко коришћење када постоји природни монопол то јест када је сума трошкова пословања два или више оператора већа од трошкова пословања једног оператора, односно када то увећава ефикасност, што *ceteris paribus* доводи до увећања укупног друштвеног благостања.<sup>30</sup> Само такво тумачење дефинисаног услова омогућава остваривање циљева који су постављени пред РАТЕЛ и због којих је, између осталог, уведен институт заједничког коришћења капацитета. Због тога би било пожељно да се прецизира наведени законски услов, односно да се изостави сувишни термин (економичност) и да се прецизира да се ради о неопходности за ефикасно обављање делатности свих (постојећих и потенцијалних) оператора и јачање конкуренције између њих. При томе, приликом оцењивања испуњености тог услова, свакако би требало имати у виду да један оператор може истовремено да буде учесник на више различитих релевантних тржишта,<sup>31</sup> као и да оператор који поседује неопходни капацитет има различите подстицаје да омогући приступ том капацитету, који у великој мери зависе од степена његове искоришћености.<sup>32</sup>

За разлику од првог, други (алтернативни) услов који треба да буде испуњен како би оператор имао право да захтева заједничко коришћење

свих оператора  $1...i$ ,  $(x^1...x^i)=x$ ; Вид. Peter Z. Grossman, „Is Anything Naturally a Monopoly?“, *The End of a Natural Monopoly: Deregulation and Competition in the Electric Power Industry* (eds. Peter Z. Grossman, Cole Daniel), Elsevier Science, Oxford, 2003, 17–18. Додатно, вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 40–41.

30 Вид. Бојан Ристић, Дејан Трифуновић, *Полијтика заштитне конкуренције: принципи и примена*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 42–43.

31 На пример, један оператор би истовремено могао да послује на релевантном тржишту за пружање услуга мобилне телефоније, приступа интернету и на тржишту за дистрибуцију медијских садржаја. У том случају, просечни трошкови произвођача се не смањују само услед економије обима већ и услед економије опсега.

32 Са једне стране, оператор има подстицај да уступи вишак свог капацитета и увећа своје приходе, па тиме и профит по основу накнаде коју добија за уступање. Са друге стране, он има подстицај да онемогући приступ том капацитету и увећа свој профит тако што спутава конкуренцију, чиме остварује одређену тржишну моћ. Који од та два подстицаја ће бити јачи зависи, између осталог, од степена искоришћености капацитета оператора. Регулатор би требао да има у виду и да оператор може да омогући приступ капацитету али да након тога утиче на смањење квалитета услуга које добијају корисници његовог конкурента, као што се десило у случају *Verizon v. Trinko*, о коме ће бити више речи касније. Нови Предлог ЗЕК (чл. 55) у потпуности изоставља први услов за успостављање заједничког коришћења и омогућава заједничко коришћење само ако је испуњен наведени алтернативни услов. Тиме се проблем оцењивања испуњености услова конкурентност и ефикасности „гура под тепих“ а регулатору се одузима инструмент (укида се правни институт) којим би могао значајно да утиче на унапређење конкуренције и повећање ефикасности у сектору телекомуникација.

капацитета своди се на друштвене трошкове изградње новог капацитета. Наиме, оператор има право на заједничку употребу капацитета уколико изградња или постављање новог капацитета није могуће без штетних последица по животну средину, јавну безбедност, реализацију просторних планова или очување културних добара. Све те штетне последице у основи стварају трошкове широј заједници односно друштву (без обзира на то да ли ће ти трошкови на крају бити преваљени на оператора или не). Кључни проблем који се јавља приликом тумачења тог услова је квантификација трошкова односно „штетних последица“ – ЗЕК не прописује било какве ближе одреднице.<sup>33</sup> На пример, тешко је и замислити да је могуће изградити нову мрежу или елементе мреже без (макар минималних) трошкова по животну средину. У том случају, када изградња није могућа без штетних последица по животну средину, макар те последице биле минималне, прописани законски услов би био испуњен и оператор би имао право да захтева заједничко коришћење капацитета.

Јасно је да се РАТЕЛ неће стриктно придржавати језичког тумачења законске норме и да ће у пракси бити уведена одређена квантификација „штетних последица“ по животну средину приликом одлучивања да ли одређени оператор има право на заједничку употребу капацитета или не. Међутим, то доводи до проблема компетентности, који може да се јави и у случају тумачења првог наведеног услова који је потребно испунити како би оператор могао да захтева заједничко коришћење капацитета. Наиме, основано је поставити питање да ли РАТЕЛ, са кадровским капацитетом којим располаже, може довољно добро да сагледа и оцени стање конкуренције, односно утицај изградње датог капацитета на конкурентност и ефикасност учесника на тржишту, на животну средину, јавну безбедност, и слично? Према ЗЕК-у, одговор на то питање је потврдан. Међутим, када су у питању заштита и подстицање конкуренције у оквиру сектора телекомуникација, потребно је детаљније размотрити однос између РАТЕЛ-а и КЗК, односно да ли и под којим условима КЗК може да примени доктрину неопходних капацитета и какав је однос између надлежности и одлука та два тела.

## 2. Комисија за заштиту конкуренције

КЗК је самостална и независна организација која врши јавна овлашћења у складу са одредбама ЗЗК.<sup>34</sup> У циљу заштите конкуренције и економског напретка КЗК је надлежна да одлучује о правима и обавезама учесника на тржишту у складу са ЗЗК, да одређује управне мере,

33 Исто важи и за нови Предлог ЗЕК, вид. чл. 55 Предлога.

34 Вид. ЗЗК, чл. 20.

као и да „прати и анализира услове конкуренције на појединачним тржиштима и у појединачним секторима“,<sup>35</sup> укључујући сектор телекомуникација.

Као што је раније поменуто, ЗЗК не дефинише неопходни капацитет нити КЗК има овлашћење да непосредно утиче на употребу тих капацитета када оператори не постигну споразум о заједничкој употреби. Међутим, оператори најчешће не постижу тај споразум због високе цене или других захтева титулара права који нису прихватљиви за оператора који захтева приступ одређеном неопходном капацитету. У том смислу, када кретање цене или друге околности указују на могућност ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције, КЗК има изричито овлашћење да покрене поступак испитивања повреде конкуренције, као и овлашћење да анализира стање конкуренције и споразуме у сектору телекомуникација.<sup>36</sup> Додатно, КЗК може да тражи од оператора да достави све неопходне податке и документа, као и да спроводи истраживања и увиђаје.<sup>37</sup> У изузетним случајевима, када се основано сумња да постоји опасност од уклањања или измене доказа који се налазе код оператора или трећег лица, КЗК може да одреди и извођење ненајављеног увиђаја.<sup>38</sup>

Дакле, у случају када један оператор (титулар права) одбија да омогући приступ неопходном капацитету (капацитет је неопходан да би оператор допрео до купаца и/или како би наставио са пословањем, при чему је изградња капацитета немогућа или изузетно тешка услед физичких, географских, правних или економских ограничења)<sup>39</sup> и када околности указују на могућност повреде конкуренције, КЗК има низ овлашћења која може да користи. С обзиром на то да оператор који је титулар права, по правилу, има доминантан положај и/или може значајно да утиче на услове конкуренције на тржишту, скоро свако одбијање уступања неопходног капацитета може да представља основ за реаговање КЗК.<sup>40</sup>

35 *Ibid.*, чл. 21.

36 Вид. ЗЗК, чл. 35 и 47.

37 *Ibid.*, чл. 47 и 52. Са друге стране, оператори имају обавезу да доставе КЗК тражене податке и документа односно да омогуће увид (ЗЗК, чл. 48).

38 *Ibid.*, чл. 53–55. Више о спровођењу ненајављеног увиђаја, вид. Борис Беговић, Никола Илић, „Ненајављени увиђај и (не)сразмера између овлашћења и обавеза Комисије за заштиту конкуренције“, *Правни записи*, Vol. 13, бр. 1/2022.

39 Битно је нагласити да КЗК неопходни капацитет посматра кроз призму повреде конкуренције, што значи да КЗК није везана релативно уским дефиницијама неопходног капацитета које садрже секторски прописи. Због тога се неопходни капацитет посматра у ширем смислу, као што је наведено у загради.

40 Према чл. 35 ЗЗК, Комисија покрене поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности, када на основу достављених иницијатива, информација и

Уколико КЗК у покренутом поступку утврди да је оператор који онемогућава приступ неопходном капацитету повредио право конкуренције, она може да одреди меру отклањања повреде конкуренције, меру заштите конкуренције, односно неку другу управну меру коју прописује ЗЗК.<sup>41</sup> Наиме, у оквиру решења којим утврђује повреду конкуренције, КЗК може да одреди мере које имају за циљ да отклоне утврђену повреду и/или да спрече могућност настанка исте или сличне повреде у будућности. Те мере (мере понашања) КЗК одређује у форми налога за омогућавање приступа неопходном капацитету и/или забране понашања којим се онемогућава употреба тог капацитета.<sup>42</sup> Додатно, у случају када постоји опасност понављања исте или сличне повреде конкуренције, као непосредна последица структуре учесника на тржишту, КЗК може да наложи и развргавање постојеће структуре, нарочито у виду продаје или трајног уступања (делова) неопходног капацитета (структурне мере).<sup>43</sup>

Имајући у виду све наведено, могу се издвојити два основна услова која морају да буду испуњена како би КЗК могла да примени доктрину неопходних капацитета у сектору телекомуникација:

- 1) *Капацитет је неопходан да би оператор дойрео до кућаца и/или како би наставао са пословањем, при чему је изградња капацитета немогућа или изузетно тешка услед физичких, географских, правних или економских ограничења.*

и

- 2) *Онемогућавањем приступа капацитету, оператор је злоупотребио доминантан положај или на други начин повредио конкуренцију.*

Први услов није законски али се подразумева да мора бити испуњен јер представља општу дефиницију неопходног капацитета. За

---

расположивих података, основано претпостави постојање повреде конкуренције на релевантном тржишту.

41 *Ibid.*, чл. 57. Додатно, у изузетним случајевима (кад постоји опасност од наступања ненадокнадиве штете), КЗК може и у току поступка испитивања повреде конкуренције да донесе привремену меру односно може закључком да наложи оператору обавезу привременог уступања неопходног капацитета (то јест, обавезу преузимања радњи којима се отклањају или спречавају штетне последице, у складу са чл. 56 ЗЗК).

42 *Ibid.*, чл. 59 ст. 1.

43 *Ibid.*, чл. 59 ст. 3. Делује мало вероватно да ће КЗК имати правни основ за одређивање структурних мера у случају када оператор одбија уступање неопходног капацитета јер мерама понашања односно одређивањем заједничке употребе неопходног капацитета КЗК у потпуности елиминише опасност од понављања исте или сличне повреде конкуренције.

разлику од поменуте дефиниције коју садржи ЗЕК, предложена општа дефиниција узима у обзир тржишне услове и трошкове оператора (без обзира ко иницијално сноси те трошкове) који су од значаја за стање конкуренције на релевантном тржишту.<sup>44</sup> Наиме, ако оператор може на други начин да допре до купаца или настави са својим пословањем уз релативно мале трошкове, дати капацитет није неопходан без обзира на то колики су трошкови изградње истог или сличног капацитета. Само у случају када оператор не може да допре до купаца или настави са пословањем без употребе датог капацитета, при чему су трошкови изградње истог или сличног капацитета изузетно велики (изградња је изузетно тешка), ради се о неопходном капацитету.

Уколико чињенице датог случаја могу да се супсумирају под предложену дефиницију неопходног капацитета а оператор одбија да омогући приступ том капацитету, могло би се основано претпоставити да у датом случају постоји повреда конкуренције. Другим речима, КЗК има основа да покрене поступак испитивања повреде конкуренције у складу са чланом 35 ЗЗК. Уколико у оквиру тог поступка КЗК утврди да је оператор злоупотребио доминантан положај на тржишту или на други начин повредио конкуренцију, испуњени су сви услови да примени доктрину неопходних капацитета у виду одређивања мере понашања.<sup>45</sup>

За разлику од РАТЕЛ-а, неспорно је да је КЗК компетентно тело да оцени да ли се у датом случају ради о неопходном капацитету или не, односно да ли постоји субадитивност трошкова или не, као и на који начин онемогућавање приступа капацитету може да утиче на заштиту конкуренције на тржишту. Међутим, проблем може да настане у односу између та два тела јер тренутно нема препрека за паралелно покретање и вођење два поступка. Другим речима, РАТЕЛ може на захтев странке или *ex officio* да одлучује о заједничком коришћењу елемената мреже и припадајућих средстава, док КЗК може *ex officio* (са или без иницијативе учесника на тржишту) истовремено да покрене поступак испитивања повреде конкуренције и одлучује о употреби истог тог капацитета. У Табели број 1 су сумиране кључне разлике и сличности између та два поступка.

---

44 Вид. фн. 3.

45 Наравно, у случају одређивања мере понашања и КЗК би, између осталог, требала да размотри да ли постоји субадитивност трошкова то јест да ли би одређивањем мере увећала ефикасност учесника на тржишту и ојачала конкуренцију између њих (и тиме увећала укупно друштвено благостање) или не.



Табела 1 – Разлике у поступцима који омогућавају примену доктрине неопходних капацитета

		Поступак одлучивања о захтеву за заједничко коришћење	Поступак испитивања повреде конкуренције
Општи подаци	Органнадлежан за вођење поступка	Регулаторна агенција за електронске комуникације и поштанске услуге (РАТЕЛ)	Комисија за заштиту конкуренције (КЗК)
	Закон на основу кога се води поступак	Закон о електронским комуникацијама, <i>Сл. гласник РС</i> , бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014 и 95/2018 – др. закон.	Закон о заштити конкуренције, <i>Сл. гласник РС</i> , бр. 51/2009 и 95/2013.
Материјални услови	Дефиниција капацитета	елементи мреже, припадајућа средства другог оператора или трећег лица и непокретности.	/
	Својства капацитета	1) Елементи мреже и припадајућа средства, као и непокретности су неопходни ради конкурентног, економичног и ефикасног обављања делатности (нови Предлог ЗЕК изоставља овај услов); или 2)Нову електронску комуникациону мрежу и припадајућа средства није могуће изградити или поставити без штетних последица по животну средину, јавну безбедност, реализацију просторних планова или очување културних добара.	1) Капацитет је неопходан да би оператор допрео до купаца и/или како би наставио са пословањем, при чему је његова изградња немогућа или изузетно тешка услед физичких, географских, правних или економских ограничења; и 2)Одбијањем да уступи капацитет, оператор је злоупотребио доминантан положај или на други начин повредио конкуренцију на тржишту.
Процесни услови	Време покретања	60 дана након почетка преговора о заједничком коришћењу	Након одбијања захтева за заједничко коришћење
	Начин покретања	на захтев странке или <i>ex officio</i> (нови Предлог ЗЕК искључује могућност покретања поступка <i>ex officio</i> );	<i>ex officio</i> , на основу закључка председника КЗК, уз могућност да странка достави иницијативу за покретање поступка;
	Одлучивање у поступку	Решењем се утврђује заједничко коришћење капацитета	Решењем утврђује повреду конкуренције и одређује меру понашања која се односи на употребу капацитета
	Својства одлуке	Решење је коначно и против њега се може поднети тужба Управном суду, у року од 30 дана од пријема	Решење је коначно и против њега се може поднети тужба Управном суду, у року од 30 дана од пријема

Вођење два различита поступка о истој ствари пред два различита државна органа може да створи значајну правну несигурност. То свакако негативно утиче на спровођење права конкуренције и на заштиту конкуренције на тржишту. Наиме, и поред тога што КЗК и РАТЕЛ поступају по различитом основу (повреда конкуренције у првом случају односно захтев за заједничку употребу у другом) постоји реална могућност да оператори добију две различите одлуке у вези са истим капацитетом. На пример, РАТЕЛ би могао да успостави заједничко коришћење капацитета под једним условом а КЗК под другим, РАТЕЛ би могао да одбије захтев за успостављање заједничког коришћења а КЗК би могла да одреди меру понашања која подразумева заједничко коришћење и слично.

Како би се умањила значајна правна несигурност и омогућила ефикаснија примена права конкуренције, требало би додатно ускладити секторске законе и подзаконске акте са ЗЗК односно требало би успоставити ближу сарадњу између РАТЕЛ-а и КЗК. Начелно је та сарадња већ предвиђена законима. Са једне стране, ЗЕК прописује да РАТЕЛ: „сарађује са органима и организацијама надлежним за област [...] заштите конкуренције [...]“.<sup>46</sup> Додатно, ЗЕК предвиђа да РАТЕЛ најмање једном у три године врши анализу релевантних тржишта у оквиру сектора и да у поступку анализе: „[...] сарађује са органом надлежним са заштиту конкуренције“.<sup>47</sup> Са друге стране, ЗЗК предвиђа да КЗК: „сарађује са државним органима [...] ради обезбеђивања услова за примену овог закона [ЗЗК] и других прописа којима се уређују питања од значаја за конкуренцију“.<sup>48</sup> Поред тога, исти закон садржи и овлашћење КЗК да захтева од других државних органа достављање информација и обавезу тих органа да захтеване информације доставе.<sup>49</sup> Међутим, ниједна од одредаба о сарадњи та два тела не спречава покретање паралелних поступака у вези са употребом неопходног капацитета у сектору телекомуникација, нити предвиђа сарадњу та два тела током трајања тих поступака.<sup>50</sup> Ту сарадњу би требало изричито дефинисати секторским прописима и то на начин да поступак испитивања

46 ЗЕК, чл. 8 ст. 1.

47 *Ibid.*, чл. 60. Ти извештаји су доступни на: <https://www.ratel.rs/cyr/page/cyr-analize-trzista>, 20. 2. 2023.

48 ЗЗК, чл. 21 ст. 1.

49 *Ibid.*, чл. 49.

50 У том смислу, похвално је да нови Предлог закона о електронским комуникацијама у чл. 33 прописује да РАТЕЛ сарађује са „органом надлежним за заштиту конкуренције, на начин да захтева мишљење тог органа или предлаже покретање поступка пред тим органом у свим случајевима спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције у складу са законом којим се уређује заштита конкуренције“.

повреде конкуренције пред КЗК има приоритет у односу на поступак пред РАТЕЛ-ом у коме се одлучује о заједничком коришћењу. Наиме, РАТЕЛ је секторски регулатор и он примарно уређује односе и подстиче конкуренцију на тржиштима у сектору телекомуникација, посебно у виду поменуте претходне регулације.<sup>51</sup> Међутим, изузетно, уколико и поред свих уведених мера регулације постоји основана сумња да је дошло до повреде конкуренције, орган који је надлежан да реагује у том случају је КЗК. У том смислу, важно је нагласити да реаговање КЗК представља изузетак а не правило, али уколико дође до тог изузетка, поступак у коме се одлучује о повреди конкуренције би требао да има предност у односу на поступак у коме се одлучује о заједничком коришћењу.

Наиме, уколико се ради о неопходном капацитету у смислу чл. 51 ЗЕК а оператор одбија да омогући приступ том капацитету, постоје снажне индикације да је оператор својим одбијањем повредио конкуренцију. Због тога би РАТЕЛ прво требало да информисе КЗК о захтеву за утврђивање заједничке употребе и о осталим релевантним чињеницама, након чега би требало да застане са поступком док КЗК не одлучи да ли ће покренути поступак испитивања повреде конкуренције односно до окончања тог поступка. Такав след радњи односно таква сарадња произлази из законом дефинисаних циљева чијем остварењу РАТЕЛ треба да тежи. Ти циљеви су, између осталог, подстицање конкуренције у оквиру сектора телекомуникација, унапређење капацитета и квалитета услуга, односно развој тржишта и заштита интереса корисника електронских комуникација.<sup>52</sup> За постизање било ког од тих циљева, на првом месту је неопходно обезбедити да нема повреда конкуренције. Додатно, такав след радњи и вид сарадње је логичан и због потребе РАТЕЛ-а да одлучи да ли је дати капацитет неопходан ради конкурентног (економичног) и ефикасног обављања делатности. Да би донео ту одлуку, РАТЕЛ прво мора да буде упознат са стањем конкуренције односно да изврши анализу тржишта, за чије спровођење је компетентнија КЗК, посебно имајући у виду пословање трећих лица, која нису из сектора телекомуникација. Међутим, уколико се током или након анализе може основано претпоставити постојање повреде конкуренције, КЗК покреће поступак испитивања *ex officio*, у складу са чл. 35 ЗЕК. У том случају, поново је логично да РАТЕЛ застане са одлучивањем о успостављању заједничког коришћења јер спречавање повреде конкуренције има приоритет у односу на подстицање конкуренције. При томе, одлука у

---

51 Вид. фн. 14.

52 Чл. 3. Важно је напоменути и да ЗЕК не наводи заштиту конкуренције као један од циљева тог закона.

поступку испитивања повреде конкуренције може бити релевантна за РАТЕЛ приликом одлучивања да ли је дати капацитет заиста неопходан ради конкурентног и ефикасног обављања делатности или не. Обрнуто, не би имало смисла да КЗК застане са поступком испитивања повреде конкуренције када оператор који захтева успостављање заједничке употребе од РАТЕЛ-а истовремено достави информације КЗК, на основу којих се може основано претпоставити постојање повреде конкуренције.<sup>53</sup> И у том случају, заштита конкуренције би требало да има приоритет у односу на подстицање конкуренције.

Уз наведено, требало би имати у виду и да је Управни суд надлежан да одлучује у управном спору који оператор може да покрене против одлуке РАТЕЛ-а.<sup>54</sup> Управни суд може да пресуди у спору ограничене јурисдикције или у спору пуне јурисдикције.<sup>55</sup> У оба случаја, да би суд донео пресуду о законитости решења односно да би сам решио управну ствар, пожељно је да има увид у све чињенице конкретног случаја, укључујући чињенице о стању конкуренције на тржишту, за чије прикупљање и стручну анализу је надлежна и компетентна КЗК. У том смислу, чак и евентуални поступак пред Управним судом налаже да РАТЕЛ прво обавести КЗК о захтеву за заједничко коришћење и да застане са одлучивањем уколико КЗК одлучи да има довољно елемената за покретање поступка испитивања.

На крају, потребно је истаћи и да су капацитети КЗК ограничени и да из објективних разлога не може да процесуира и санкционише све повреде конкуренције до којих долази у различитим секторима, укључујући и сектор телекомуникација. Међутим, само сазнање да КЗК у сваком тренутку може да покрене поступак испитивања повреде конкуренције и да тај поступак не зависи од секторског регулатора, ствара снажан подстицај за учеснике на тржишту односно за оперatore

53 Исто решење садржи секторски закон у САД (енгл. *The Telecommunications Act of 1996*), који садржи одредбу у којој се изричито наводи да се тај закон не може тумачити тако да мења, нарушава или замењује примену било ког антимонополског закона (закон о заштити конкуренције). Додатно, слично становиште односно став да секторска регулација не спречава примену права конкуренције је заузела и Европска Комисија (ЕК) у случају *Deutsche Telekom* (Commission Decision No 2003/707/EC of 21 May 2003, *Deutsche Telekom AG*, 2003, L 263/9–41). Додатно, вид. Robert Klotz, Jérôme Fehrenbach, „Two Commission Decisions on Price Abuse in the Telecommunication Sector“, *Competition Policy Newsletter*, No. 3/2003, 12–13.

54 ЗЕК, чл. 22. Закон о управним споровима – ЗУС, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 3.

55 ЗУС, чл. 42 и 43. За разлику од англосаксонске правне праксе, мало је вероватно да ће у Србији Управни суд одлучивати о приступу неопходним капацитетима у спору пуне јурисдикције. За то постоји више разлога а основни разлог је недостатак стручних знања која су неопходна за анализу стања конкуренције на тржишту и карактеристика неопходних капацитета.

и трећа лица да не одбијају олако захтеве за омогућавање приступа неопходном капацитету. На тај начин се може очекивати и да регулатор има мање посла то јест да буде мање случајева у којима учесници на тржишту одбијају да омогуће приступ капацитету. То не значи да би требало укинути могућност да регулатор успостави заједничко коришћење капацитета када је то неопходно ради конкурентног и ефикасног обављања делатности (као што то предвиђа нови Нацрт ЗЕК и тиме проблем који се везује за оцењивање испуњености услова конкурентности и ефикасности „гура под тепих“), већ да би РАТЕЛ и КЗК требало да сарађују у тим случајевима и да би КЗК требало да реагује када основано претпостави да је одбијањем уступања учињена повреда конкуренције.

#### IV Упоредна примена доктрине неопходних капацитета

За разлику од Србије, доктрина неопходних капацитета се примењује у САД већ дуже од једног века.<sup>56</sup> Уз све контроверзе које прате њену примену, та доктрина је реципирана и више пута примењивана и у ЕУ.<sup>57</sup> Без амбиција да детаљно прикажемо њен развој и примену, у наставку ћемо размотрити кључне случајеве у којима је примењена доктрина неопходних капацитета у сектору телекомуникација у САД и ЕУ, као и однос између секторских прописа и општих прописа о заштити конкуренције, то јест однос између различитих тела која могу да примене доктрину неопходних капацитета.

##### 1. Сједињене Америчке Државе

У поређењу са Србијом, у САД постоји релативно велики број секторских прописа у области телекомуникација, за чију примену је надлежно више различитих регулаторних тела на локалном, регионалном и федералном нивоу. Основни закони у тој области су Закон о комуникацијама (енгл. *Communications Act of 1934*), Закон о заштити корисника кабловске телевизије и конкуренцији (енгл. *The Cable*

---

56 Настанак доктрине неопходних капацитета се везује за случај Врховног суда САД из 1912. године *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* (224 U.S. 383, 1912), када је суд обавезао туженог да омогући приступ неопходном капацитету (железничкој инфраструктури) конкурентима. Вид. нпр. Robert Pitofsky, Donna Patterson, Jonathan Hooks, „The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, No. 2/2002, 445–450.

57 Вид. нпр. John Temple Lang, „The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner“, *Journal of Network Industries*, Vol. 1, Issue 4/2000.

*Television Consumer Protection and Competition Act of 1992*) и Закон о телекомуникацијама (енгл. *The Telecommunications Act of 1996*).<sup>58</sup>

На основу Закона о комуникацијама формирано је основно тело које врши контролу над сектором телекомуникација у САД – Федерална Комисија за комуникације (енгл. *Federal Communications Commission*; ФЦЦ). Поред те комисије, у САД постоје и регулатори на нивоу савезних држава, комисије за јавне делатности (енгл. *Public Service Commission*; РСЦ) и тела надлежна за регулисање кабловских оператора (енгл. *Local Franchise Authority*).<sup>59</sup>

Истовремено, поред усклађивања са секторским прописима, оператори у САД морају да ускладе своје пословање и са општим прописима о заштити конкуренције. Ти прописи су базирани на три кључна федерална закона, који су добро познати и изван граница САД. То су: Шерманов закон (енгл. *Sherman Antitrust Act of 1890*), Клејтонов закон (енгл. *The Clayton Antitrust Act of 1914*) и Закон о Федералној трговинској комисији (енгл. *The Federal Trade Commission Act of 1914*), при чему је за примену тих законских прописа у првом степену надлежна Федерална трговинска комисија (ФТЦ) и Министарство правде САД.<sup>60</sup>

Однос између секторских прописа и општих прописа о заштити конкуренције, као и надлежних тела за њихову примену у САД, до сада је најдетаљније дефинисао Врховни суд у случају *Verizon v. Trinko*.<sup>61</sup> Наиме, у том случају *Verizon* је био оператор „староседелац“, односно оператор који је већ обављао делатност у грани и који је у складу са поменутиим Законом о телекомуникацијама (и одлукама регулатора) омогућио свом конкуренту *AT&T*-у да приступи локалним телекомуникационим мрежама у Њујорку. *Trinko* је био корисник телекомуникационих услуга које пружа *AT&T*, при чему је тврдио да *Verizon* дискриминише кориснике својих конкурената тако што им омогућава услуге лошијег квалитета у односу на услуге које пружа својим корисницима и да је тиме

58 Закон о заштити корисника кабловске телевизије и конкуренцији и Закон о телекомуникацијама су усвојени као амандмани на Закон о комуникацијама из 1934. године и садрже значајне измене у односу на тај закон. Те измене се примарно огледају у дерегулацији тржишта, промовисању конкуренције, као и проширивању надлежности регулатора у односу на нове технологије као што је у то доба био интернет.

59 Вид. нпр. Brian Murray, *Telecoms, Media, and Internet Laws and Regulations*, USA Chapter, ICLG, 2023.

60 Више о праву конкуренције САД и његовој реформи која је у току, вид. Nikola Ilić, „The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, No. 1/2022, 101.

61 *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP (Verizon v. Trinko)*, 540 U.S. 398, 2004.

прекршио Закон о телекомуникацијама, као и одредбе Шермановог закона о забрани монополизације.<sup>62</sup> Окружни суд је иницијално одлучио да *Trinko* нема основа за тужбу на основу та два закона јер није непосредни корисник услуга *Verizon*-а. Међутим, Апелациони суд у Њујорку (енгл. *United States Court of Appeals for the Second Circuit*) је заузео став да *Trinko* ипак има основа за тужбу у складу са Шермановим законом, након чега је покренут поступак пред Врховним судом.

Врховни суд САД (енгл. *Supreme Court of the United States*) је до-нео једногласну одлуку да наводна повреда одредаба Закона о телекомуникацијама (секторског закона) у вези са омогућавањем приступа мрежи не значи да је дошло до повреде Шермановог закона (општих прописа о заштити конкуренције). Та одлука је заснована на три кључна аргумента: 1) Секторски закон нема утицај на примену традиционалних начела заштите конкуренције због чега повреда тог закона не ствара нови основ за повреду конкуренције, 2) у предметном случају се не могу применити стандарди доктрине неопходних капацитета, који су раније успостављени у случају *Aspen*,<sup>63</sup> 3) на основу традиционалних начела заштите конкуренције предметни случај се не може квалификовати као један од изузетака од пропозиције да нема обавезе за учеснике на тржишту да помажу својим конкурентима.

Суд је образложио први кључни аргумент, између осталог, позивајући се на Закон о телекомуникацијама САД који садржи одредбу у којој се изричито наводи да се тај закон не може тумачити тако да мења, нарушава или замењује примену било ког антимонополског закона (закона о заштити конкуренције). Други аргумент је образложио тако што наводи да се на основу чињеница случаја не може закључити да ли су одређени пропусти *Verizon*-а да поступи у складу са секторском регулацијом били супротни праву конкуренције. Додатно, суд наводи да је тужени у Аспену одбио да да омогући приступ капацитету свом конкуренту, док *Verizon* то није учинио, односно да је један од услова за примену доктрине неопходних капацитета да датом капацитету није омогућен приступ и да тај услов није испуњен. На крају, посебно је важно образложење трећег аргумента суда за разумевање односа између секторских прописа и општих прописа о заштити конкуренције у САД.

---

62 Европски пандан термину „монополизација“ у антимонополском законодавству односно праву конкуренције САД (15 U.S. Code § 2) је „злоупотреба доминантног положаја“ (чл. 102 УФЕУ, односно чл. 16 ЗЗК).

63 *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585, 1985. У том случају Врховни суд САД је утврдио да одбијање учесника на тржишту да послује са својим конкурентом (енгл. *refusal to deal*) може да представља монополизацију то јест злоупотребу доминантног положаја. Вид. Marina Lao, „Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent And ‘Sacrifice’“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, Issue 1/2005, 171–174.

Наиме, суд је навео да антимонополска анализа увек мора имати у виду специфичну структуру и околности у оквиру конкретног сектора. Уколико постоји регулација која је осмишљена да одврати од нарушавања конкуренције и отклони штету од њега, додатна корист коју пружа примена општих закона о заштити конкуренције ће обично бити мала и биће мање вероватно да ти општи закони могу да антиципирају такву додатну контролу. У датом случају је *Verzion* био под надзором ФЦЦ и ПСЦ, од којих су обе комисије одредиле специфичне механизме за приступ капацитету. Када се *Trinko* жалио да *Verzion* не поштује наметнуте обавезе, ФЦЦ и ПСЦ су покренуле паралелне истраге, што је довело до одређивања новчаних казни, нових мера понашања и захтева за извештавање. У том контексту, суд наводи и да се насупрот релативно малим предностима интервенције на основу прописа о заштити конкуренције морају одмерити и проценити њени трошкови. Тако суд наводи да су тврдње о повреди секторских прописа бројне и технички изузетно захтевне, због чега је судовима веома тешко да их правилно разумеју и процесуирају и због чега лако може да дође до „лажно позитивних“ налаза, који заправо угрожавају понашање које би општи прописи о заштити конкуренције требало да штите.<sup>64</sup>

На основу наведеног, може се закључити да је у праву конкуренције САД заузет јасан курс у погледу даљег развоја политике заштите конкуренције – примат треба дати секторској регулацији односно секторским прописима, док би услове за примену доктрине неопходних капацитета требало тумачити рестриктивно и опште антимонополске прописе примењивати изузетно, само када нема секторске регулације то јест када су користи такве примене већи од њених трошкова. Међутим, увек би требало имати у виду да је такав курс заузет на основу бројних специфичности правног система САД (развијена мрежа регулатора на федералном, регионалном и на локалном нивоу, развијени секторски пропис који имају за циљ заштиту конкуренције и који прописују одговарајуће санкције за операторе, развијена регулаторна и судска пракса и слично), које не морају нужно да постоје у Европи.

## 2. Европска унија

Европска унија има сложен систем секторске регулације телекомуникација који се и даље у највећој мери ослања на национална

64 Образложење овог аргумента о односу секторских прописа и прописа о заштити конкуренције ја додатно елаборирано у Мишљењу судије Антонина Скалије (Antonin Gregory Scalia), које је доступно на интернет адреси: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/#tab-opinion-1961463>, 20. 2. 2023.



регулаторна тела држава чланица.<sup>65</sup> Наиме, још 2007. године је предложено оснивање комисије за регулацију телекомуникација на нивоу ЕУ (енгл. *European Telecom Market Authority*; ЕТМА). Међутим, државе чланице никада нису постигле сагласност по том питању и 2009. године је основано тело европских регулатора у сектору телекомуникација (енгл. *Body of European Regulators for Electronic Communication*; БЕРЕЦ), које даје саветодавна мишљења о питањима у вези са електронским регулацијама. Секторски прописи у државама чланицама су у великој мери хармонизовани, пре свега услед усвајања Европског законика о електронским комуникацијама из 2018. године.<sup>66</sup> Међутим, и даље постоје значајне разлике у поступању националних секторских регулатора. Слично као у Србији, национални регулатори могу да омогуће приступ неопходним капацитетима путем претходне регулације или успостављањем заједничког коришћења.

Уз секторску регулацију, коегзистирају општи прописи о заштити конкуренције на нивоу ЕУ и држава чланица. За разлику од секторске регулације, право конкуренције ЕУ је значајно развијеније, при чему га на наднационалном нивоу примењују Европска Комисија (ЕК) и Европски суд правде.<sup>67</sup> У досадашњој пракси ЕК и суда неспорно је потврђен значај доктрине неопходних капацитета и њене примене, при чему је ЕК углавном примењује кроз одређивање мера понашања а суд поступајући у поступцима по жалби на одлуке ЕК.

Однос права конкуренције и секторских прописа у ЕУ се може најбоље сагледати у случају *Deutsche Telekom* из 2014. године.<sup>68</sup> Наиме, у том случају је национални регулатор обавезао *Slovak Telekom*, ћерку компанију *Deutsche Telekom-a*, да омогући приступ локалној мрежи конкурентима у Словачкој. Међутим, ЕК је утврдила да је *Slovak Telekom* одлагао и спречавао приступ мрежи, односно да је спречавао приступ на тржиште широкопојасних телекомуникационих услуга одбијањем

---

65 Списак националних регулаторних тела у сектору телекомуникација ЕУ је доступан на интернет адреси: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/telecommunications-national-regulatory-authorities>, 20. 2. 2023.

66 Директива ЕУ 2018/1972 (енгл. *Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code*). Поред законика, за одлучивање регулатора држава чланица је релевантно више регулатива, директива, смерница и препорука које су усвојене на нивоу ЕУ. Списак релевантних прописа на нивоу ЕУ у сектору телекомуникација је доступан на: [https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/electronic-communications/legislation\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/electronic-communications/legislation_en), 20. 2. 2023.

67 Више о праву конкуренције ЕУ, вид. нпр. Barry J. Macculloch, Angus Rodger, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, Routledge, Oxon, New York, 2022, 2–30.

68 Вид. одлуку ЕК у предмету АТ.39523 *Slovak Telekom*.

приступа конкурентима и истискивањем маргине,<sup>69</sup> чиме је злоупотребио доминантан положај. На основу тога, ЕК је и поред мера регулације које је претходно одредио регулатор утврдила повреду конкуренције и одредила казну *Slovak Telekom*-у и *Deutsche Telekom*-у у износу од 38.838.000 евра. При томе, ЕК је одредила и додатну казну *Deutsche Telekom*-у у износу од 31.070.000 евра због рецидивизма.<sup>70</sup> Након тога, оператор је покренуо поступак пред Европским судом правде за поништење одлуке ЕК. Међутим, суд је донео пресуду 2018. године, у којој је у великој мери подржао одлуку ЕК о злоупотреби доминантног положаја. У пресуди је посебно истакнуто да ЕК није имала обавезу да докаже да је приступ капацитету односно мрежи неизоставан (енгл. *indispensable*) у смислу одлуке у случају *Bronner*,<sup>71</sup> као и да су две компаније један пословни ентитет због чега су одговорне за утврђену повреду конкуренције. Уз све то, суд се упустио и у крајње техничка питања и утврдио да је ЕК погрешно утврдила мултипликатор одвраћања (енгл. *deterrence multiplier*) који служи као један од елемената за одређивање казне. Због тога је Европски суд правде преиначио казне које је одредила ЕК са 38.838.000 евра на 38.061.963 евра и са 31.070.000 евра на 19.030.981 евра.<sup>72</sup>

На основу наведеног, делује да је у ЕУ заузет потпуно другачији приступ у односу на случај *Trinko* у САД, то јест да општи прописи о заштити конкуренције имају кључни значај за заштиту конкуренције у сектору телекомуникација ЕУ. Међутим, може се навести више разлога

69 За дефиницију истискивања маргине, вид. Б. Ристић, Д. Поповић, Б. Беговић, 2021.

70 ЕК је у 2003. години одредила казну истој компанији (*Deutsche Telekom*) за истискивање маргине на тржишту широкопојасних телекомуникационих услуга у Немачкој.

71 У случају *Oscar Bronner* (Case C-7/97) Европски суд правде је, између осталог, утврдио да одбијање медијског предузећа које има доминантан положај на територији државе чланице ЕУ (у Аустрији) да укључи конкурентске дневне новине другог предузећа у истој држави чланици у своју шему доставе новина на кућну адресу, не представља злоупотребу доминантног положаја односно да нису испуњени услови за примену доктрине неопходног капацитета, међу којима је и услов да капацитет буде неизоставан. Вид. Sébastien J. Evrard, „Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond“, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 10, No. 3/2004, 2004. Више о том случају и условима за примену доктрине неопходних капацитета у ЕУ, вид. Д. Поповић, 2008, 128–129.

72 *Deutsche Telekom* и *Slovak Telekom* су поднели жалбу на ту одлуку суда. Генерални адвокат Суда правде је објавио своје мишљење 9. септембра 2020. године у вези са два основа жалбе (одбијање приступа и питање одговорности мајке компаније) у коме је препоручио суду да одбаци жалбу по оба основа. Након тога, суд је у марту 2021. донео одлуку којом је одбацио жалбу. Вид. Judgment of the Court (Third Chamber) of 25 March 2021 – *Slovak Telekom a.s. v European Commission, Slovanet, a.s.* (Case C-165/19 P).

за такав став. Као неке од кључних разлога Герадин (*Damien Geradin*) наводи да су, са једне стране, у случају *Trinko* чак два секторска регулатора реаговала на радње туженог и одредила адекватне казне и мере понашања у циљу заштите и подстицања конкуренције. Са друге стране, секторски регулатор у Словачкој није могао да одреди одговарајуће казне и ефективно утиче на понашање оператора.<sup>73</sup> Додатно, исти аутор наводи да је секторска регулација у САД много развијенија у поређењу са ЕУ, при чему су и право конкуренције и право телекомуникација уређени законима у САД, што није случај у ЕУ, која директивама, регулативама и мишљењима покушава да усклади деловање националних регулатора који теже остваривању различитих циљева.<sup>74</sup> Када се сви ти разлози узму у обзир, делује да су у ЕУ (за разлику од САД), користи од интервенције у сектору телекомуникација на основу општих прописа о заштити конкуренције веће од трошкова који би настали уколико би се та интервенција у већој мери спроводила на основу секторских прописа. У том смислу, поред уобичајених административних трошкова, треба имати у виду трошкове који настају услед нарушене конкуренције, који су често неупоредиво већи од административних трошкова.

## V Закључна разматрања

На основу свега наведеног може се закључити да доктрину неопходних капацитета у домаћем сектору телекомуникација, на различит начин и под различитим условима, могу да примене секторски регулатор односно РАТЕЛ, КЗК и Управни суд. За разлику од праксе у САД, мало је вероватно да ће Управни суд у Србији одлучивати о приступу неопходним капацитетима (у спору пуне јурисдикције). За то постоји више разлога а основни разлог је недостатак стручних знања која су неопходна за анализу стања конкуренције на тржишту. Због тога делује као најбоље решење, за дато стање у домаћем сектору телекомуникација, да Управни суд задржи улогу контролора односно да одлучује о законитости решења КЗК и РАТЕЛ-а у спору ограничене јурисдикције.

Када су у питању КЗК и РАТЕЛ, основна разлика у примени доктрине неопходних капацитета у сектору телекомуникација се огледа у начину односно у условима за примену доктрине. Са једне стране, КЗК

---

73 Damien Geradin, „Limiting the scope of Article 82 of the EC treaty: what can the EU learn from the US Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*“, *Common Market Law Review*, Vol. 41, No. 6/2004, 25–27.

74 *Ibid.* 25–27. Један од доказа да национални регулатори теже остваривању различитих циљева и да су под утицајем различитих интересних група је и чињеница да државе чланице до данас нису постигле сагласност о формирању јединственог регулаторног тела на нивоу ЕУ, које би имало извршна овлашћења.

може да примени доктрину неопходних капацитета само ако је оператор (који одбија да уступи капацитет) учинио повреду конкуренције. Другим речима, након *ex officio* спроведеног поступка испитивања, у оквиру решења којим утврђује повреду конкуренције, КЗК може да одреди меру понашања којом обавезује оператора на уступање неопходног капацитета. Са друге стране, РАТЕЛ може да примењује доктрину неопходних капацитета независно од тога да ли је учињена повреда конкуренције или не, тако што може *ex officio* или на захтев оператора да омогући заједничко коришћење капацитета.<sup>75</sup> При томе, ЗЗК не садржи дефиницију неопходних капацитета, док ЗЕК садржи дефиницију капацитета којима регулатор може да омогући приступ (то су: елементи мреже, припадајућа средстава оператора или трећег лица, као и непокретности). Међутим, у вези са одлукама секторског регулатора могу да се јаве слични проблеми као у ЕУ – секторски регулатори немају у виду заштиту конкуренције (они је унапређују али је не штите од повреда), при чему често немају довољно развијене механизме да учеснике на тржишту одврате од повреда конкуренције и подстакну их на ефикасност, посебно када су у питању трећа лица која нису оператори.

Начелно посматрано, делује да постоје два основна приступа доктрини неопходних капацитета и заштити конкуренције у сектору телекомуникација. Са једне стране, у САД примарну улогу имају секторски регулатори, док ФТЦ и судови имају секундарну улогу. Са друге стране, у ЕУ примарну улогу има ЕК, при чему судови и секторски регулатори имају секундарну улогу. То не значи нужно да је један систем боље организован од другог јер оба система могу да испуне критеријуме које је дефинисао судија Антонин Скалија у предмету *Verizon v. Trinko*. Делује да су у САД трошкови од интервенције у сектору телекомуникација на основу општих прописа о заштити конкуренције већи од њених користи, док у ЕУ то није случај. Имајући у виду то да је по степену развијености права конкуренције и секторске регулације Србија ближа ЕУ него САД, при чему ЕУ има развијенију регулацију од Србије, може се закључити да би у заштити конкуренције у сектору телекомуникација КЗК требало да има кључну улогу. Наравно, то не значи да не треба даље развијати секторску регулацију и да се наведени однос трошкова и користи неће променити у будућности.

На крају, у прилог изнетом закључку иде и чињеница да нови Предлог ЗЕК практично укида могућност да РАТЕЛ примени доктрину неопходних капацитета. Другим речима, ако Предлог ЗЕК буде усвојен, РАТЕЛ неће моћи да омогући приступ неопходном капацитету (елементима

75 Додатно, РАТЕЛ може значајно да утиче на режим приступ капацитетима путем претходне регулације. Вид. фн. 14.

мреже, припадајућим средствима и непокретностима оператора или трећег лица) изван оквира претходне регулације, чак и уколико је то неопходно ради конкурентног и ефикасног обављања делатности у сектору телекомуникација. Једино тело које ће моћи то да учини, уколико Предлог ЗЕК буде усвојен, биће КЗК јер је мало вероватно да ће Управни суд променити своју досадашњу праксу.

### Коришћена литература

- Areeda Phillip, „Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 3/1990.
- Bavasso Antonio F., „Essential Facilities in EC Law: The Rise of an „Epithet“ and the Consolidation of a Doctrine in the Communications Sector“, *Yearbook of European Law*, Vol. 21, No. 1/2011.
- Беговић Борис, Илић Никола, „Ненајављени увиђај и (не) сразмера између овлашћења и обавеза Комисије за заштиту конкуренције“, *Правни записи*, Vol. 13, No. 1/2022. (Begović Boris, Ilić Nikola, „Nenajavljeni uviđaj i (ne) srazmera između ovlašćenja i obaveza Komisije za zaštitu konkurencije“, *Pravni zapisi*, Vol. 13, No. 1/2022)
- Беговић Борис, Павић Владимир, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Begović Boris, Pavić Vladimir, *Uvod u pravo konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)
- Evrard Sébastien J., „Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond“, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 10, No. 3/2004.
- Geradin Damien, „Limiting the scope of Article 82 of the EC treaty: what can the EU learn from the US Supreme Court’s Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom“, *Common Market Law Review*, Vol. 41, No. 6/2004.
- Graef Inge, „Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy“, *Revue Juridique Thémis de l’Université de Montréal*, Vol. 53, No. 1/2019.
- Grossman Peter Z., „Is Anything Naturally a Monopoly?“, *The End of a Natural Monopoly: Deregulation and Competition in the Electric Power Industry* (eds. Peter Z. Grossman, Cole Daniel), Elsevier Science, Oxford, 2003.
- Ilić Nikola, „The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, No. 1/2022.
- Klotz Robert, Fehrenbach Jérôme, „Two Commission Decisions on Price Abuse in the Telecommunication Sector“, *Competition Policy Newsletter*, No. 3/2003.

- Куколеча Стеван, *Економика предузећа I*, Савремена администрација и институт за економска истраживања, Београд, 1971. (Kukoleča Stevan, *Ekonomika preduzeća I*, Savremena administracija i institut za ekonomska istraživanja, Beograd, 1971)
- Lang John Temple, „The Principle of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner“, *Journal of Network Industries*, Vol. 1, Iss. 4/2000.
- Lao Marina, „Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent And „Sacrifice““, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73, Issue 1/2005.
- Lao Marina, „Networks, Access, and ‘Essential Facilities’: From Terminal Railroad to Microsoft“, *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 62, No. 1/2009.
- Larson Alexander, Weisman Dennis, “The Economics of Access Pricing, Imputation and Essential Facilities, with Application to Telecommunications Policy“, *Communication Law and Policy*, Vol. 3, No. 1/1998.
- Lipsky Abbott B., Sidak Gregory, „Essential Facilities“, *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 5/1999.
- Macculloch Barry J., Rodger Angus, *Competition Law and Policy in the EU and UK*, Routledge, Oxon, New York, 2022.
- Murray Brian, *Telecoms, Media, and Internet Laws and Regulations*, USA Chapter, ICLG, 2023.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *The Essential Facilities Concept*, OECD Publications Service, Paris, 1996.
- Piropato Marissa, „Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation“, *University of Chicago Legal Forum*, Iss. 1, Article 13, 2000.
- Pitofsky Robert, Patterson Donna, Hooks Jonathan, „The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, No. 2/2002.
- Поповић Душан, „Теорија неопходних средстава: последице по права интелектуалне својине, *Право и привреда*, бр. 1–4/2008. (Popović Dušan, „Teorija neophodnih sredstava: posledice po prava intelektualne svojine, *Pravo i privreda*, br. 1–4/2008)
- Поповић Душан, *Искључива права интелектуалне својине и право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Popović Dušan, *Isključiva prava intelektualne svojine i pravo konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)

- Регулаторна агенција за електронске комуникације и поштанске услуге, *Прејед њржишња електронских комуникација и њошњанских услуга у Рејублици Србији у 2021. њодини*, РАТЕЛ, Београд, 2022. (Regulatorna agencija za elektronske komunikacije i poštanske usluge, *Pregled tržišta elektronskih komunikacija i poštanskih usluga u Republici Srbiji u 2021. godini*, RATEL, Beograd, 2022)
- Ridyard Derek, „Compulsory access under EU competition law: a new doctrine of „convenient facilities“ and the case for price regulation“, *European Competition Law Review*, Iss. 11/2004.
- Ристић Бојан, Поповић Душан В., Беговић Борис, *Глосаријум њрава конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (Ristić Bojan, Popović Dušan V., Begović Boris, *Glosarijum prava konkurencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021)
- Ристић Бојан, Трифуновић Дејан, *Полињика зашћишће конкуренције: њринцињи и њримена*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022. (Ristić Bojan, Trifunović Dejan, *Politika zaštite konkurencije: principi i primena*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022)
- Waller Spencer W., „Areeda, Epithets, and Essential Facilities“, *Wisconsin Law Review*, 2008.

**Nikola ILIĆ, PhD**

Assistant Professor at University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

**Stefan SAVIĆ**

Attorney at Law in cooperation with Karanović & Partners, Serbia

## ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE AND PROTECTION OF COMPETITION IN SERBIA: TELECOMMUNICATIONS SECTOR

### Summary

*The paper discusses possibilities for the application of the essential facilities doctrine in the Serbian telecommunications sector and the consequences of that application for the protection of competition. Based on the findings in the paper, the conclusion is, among other things, that the essential facilities doctrine may be applied in different ways and under different conditions by the Regulatory Agency for Electronic Communications and Postal Services (RATEL), the Commission for Protection of Competition (KZK), as well as the Administrative Court. Furthermore, bearing in mind the existing relationship between these bodies, as well as the relationship between the law on protection of competition and sectoral regulation, we conclude that KZK should primarily apply the essential facilities doctrine, while RATEL is the one to additionally enhance competition within the sector based on the sectoral regulation.*

**Key words:** Competition law. – The Law on Electronic Communications. – Essential Facilities Doctrine. – Telecommunications. – Joint use.

Датум пријема рада: 20. 2. 2023.

Датум исправке рада: 3. 3. 2023.

Датум прихватања рада: 4. 3. 2023.



УДК: 35.077.2(497.5:497.11)

CERIF: S 111, S 142

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23106A

др *Невена* МИЛЕНКОВИЋ\*  
доцент Правног факултета Универзитета у Приштини –  
Косовска Митровица, Србија

## КАКО СЕ РАЗВИЈАЛА ДВОСТЕПЕНОСТ ХРВАТСКОГ УПРАВНОГ СУДСТВА: ШТА МОЖЕМО НАУЧИТИ? \*\*

### Сажетак

У овом чланку најважнија аутора усмерена је на развој институционалних жалби у управном систему Републике Хрватске у крајњем, петогодишњем временском периоду, почев од доношења Закона о управном систему 2010. године. Развој поменутог институционалног се у датом периоду у хрватском управно-судском процесном праву одвијао кроз неколико етапа. Пажљиво проучавање сваке од њих јасно предочава како је свака наредна била одговор на претходну, прецизније, на слабости и недостатаке оне претходне – мотивисана потребом и жељом да исте отклони и поправи. Имајући у виду да је Република Србија закорачила у озбиљне реформске процесе јавне управе, на ком путу јој предстоји и реформисање управног судства – чијим неизоставним семеном

\* Електронска адреса аутора: [nevena.petrovic@pr.ac.rs](mailto:nevena.petrovic@pr.ac.rs).

\*\* Овај чланак је настао као резултат учешћа на пројекту „Правни поредак Србије и актуелни међународни и регионални процеси“ који се реализује на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици (2021).

смањено увођење другој сљедећа уједној судована, у овој раду ћемо елаборацијом искушава једне од бивших република чланица некадашње Југославије, са којом нас изузев историјских момената дели и мноштво актуелних, покушајте да укажемо да је увођење жалбе у српском систему уједној сјора јосве реално, нужно и логично решење.

**Кључне речи:** Уједној сјор. – Жалба. – Република Хрватска. – Реформа српској система уједној сјора.

## І Уводна излагања

### 1. О разлозима доношења новог Закона о управним споровима у Републици Хрватској

У најкраћем, повод за корените реформе управног правосуђа и увођење редовног правног лека била је обавеза Републике Хрватске да као кандидат за чланство у ЕУ, свој састав управно-судске заштите прилагоди правној тековини ЕУ (*acquis communautaire*) и процесно-правним захтевима и гарантијама из ст. 1 чл. 6 и чл. 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП. На унутрашњем плану, темељ права на жалбу чини Устав РХ који каже: „Јамчи се јавно на жалбу јединичних јавних органа у јединственој јавној институцији пред судом или другим овлашћеним тијелом.“<sup>1</sup> На нужност увођења још једног степена управног правосуђа – услед недовољности постојећих правосудних капацитета<sup>2</sup> да обезбеде учинковит надзор одлука органа управе, аргументовано је упозоравала и тамошња научна и стручна јавност.<sup>3</sup>

1 Устав Републике Хрватске, *Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, чл. 18 ст. 1. Уставом РХ загарантовано право на жалбу може бити искључено само изузетно, у случајевима одређеним законом, ако је обезбеђена другачија правна заштита.

2 Мисли се на један управни суд – што је ситуација слична постојећој у нашој држави.

3 Ivo Borković, „Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas“, *Zbornik odluka Upravnog suda Hrvatske, 1977–2022*, Narodne novine, Zagreb, 2004, 44; Ivan Koprić, „Upravno sudovanje u svjetlu prilagodbe standardima EU-a“, *Reforma upravnog sudstva i upravnog postupanja*, HAZU, 2006; Dario Djerda, „Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 45, br. 1/2008, 75–94; Dario Djerda, Ante Galić, „Žalba u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, br. 2/2014, 339–362.

## 2. Стање у Републици Србији

Реформа јавне управе у Републици Србији изнедрила је прегршт новина на подручју управно-процесног права. Међу њима се, по своје обиму и значају, свакако истиче доношење новог Закона о општем управном поступку 2016. године.<sup>4</sup> Међу обиљем новитета новог закона којим је уређена управна процедура (а који је 1. јула ове године напунио пет година примене), тешко је не уочити *de facto* преуређење предмета управно-судске процедуре. Предвиђајући да се поводом новоуведених управних активности: управног уговора, управне радње и начина пружања јавних услуга може изјавити приговор, под условом да не може да се изјави друго средство у управном поступку,<sup>5</sup> а да се на решење донето по приговору по правилу, може изјавити жалба,<sup>6</sup> након чега се против решења донетог по њој – као коначног, може покренути управни спор, ЗУП значајно проширује предмет управног спора. То је јасно видљиво уколико се представљено решење ЗУП-а упореди са нормама матичног Закона о управним споровима из 2009. године<sup>7</sup> који, као предмет управног спора одређује: коначне управне акте, коначне појединачне акте којима се одлучује о праву, обавези или законском интересу странке у погледу којих није предвиђена другачија судска заштита, друге појединачне коначне акте у погледу којих је то законом одређено (чл. 3) и ћутање управе – када орган по захтеву, односно жалби странке није донео управни акт, под условима предвиђеним законом (чл. 15). Овакав несклад између ЗУП-а и ЗУС-а<sup>8</sup> у погледу одређивања предмета управног спора, недопустив је са аспекта нужне системске кохезије која између два кључна стуба управно-процесног права мора да постоји. Одсуство поменутог склада у пракси доводи до конфузија и бројних импликација. Једна од њих тиче се увећане несразмерности између (ширине) предмета примарне управно-судске контроле и (ширине) предмета секундарне управно-судске контроле. Иако се ЗУП-ом значајно шире донели управно-судског надзора над управом – што је похвално из угла европских стандарда о заштити појединаца у односу на управну власт, чињеница да је у домаћем систему управног

---

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

5 ЗУП, чл. 147.

6 ЗУП, чл. 150.

7 Закон о управним споровима – ЗУС, *Сл. гласник РС*, бр. 111/2009.

8 Детаљније: Невена Миленковић, „Предмет управног спора у домаћем управно-процесном праву“, *Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији* (уредник Јелена Беловић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2021, 339–354.

спора изричито искључена жалба (чл. 7 ЗУС-а), за консеквенцу има да је широка контролна делатност Управног суда изузета („поштеђена“) од редовне жалбене контроле. Истина, странкама из управног спора за заштиту од незаконитости у раду Управног суда на располагању стоје ванредна правна средства.<sup>9</sup> Међутим, правна заштита која се поводом њих остварује не да се поредити са оном која следује по редовном правном леку.<sup>10</sup> У томе лежи велика потенцијална опасност по странке из управног спора али једнако, и по принцип објективне законитости.

Ако се пође од тезе о телеолошкој повезаности<sup>11</sup> између управног спора и правних средстава у управном спору, нужно је обезбедити већи степен усклађености између две наведене фазе управносудске заштите – у смислу, да ширина предмета примарне буде покривена одговарајућим врстама и бројем средстава секундарне заштите. Без тога се не може рачунати на целовит, компактан и сврсисходан систем управно-судске заштите који је једини кадар да доведе до остварења законом утврђених циљева који га оправдавају.

Будући да постојеће стање озбиљно доводи у питање циљеве управнопроцесног егзистенцијализма управног спора, научна и стручна јавност<sup>12</sup> у нашој земљи већ дужи низ година аргументовано

9 ЗУС, чл. 49–65.

10 Анализирајући питање: Може ли се Захтев за преиспитивање судске одлуке Управног суда (даље Захтев) сматрати делотворним правним средством у смислу чл. 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП (*European Convention on Human Rights*), Рим, 4. нов. 1950. год, доступно на адреси: [https://www.vladars.net/sr-SPCyril/Vlada/Ministarstva/meoi/Documents/Evropska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20osnovnim%20slobodama\\_344028515.pdf](https://www.vladars.net/sr-SPCyril/Vlada/Ministarstva/meoi/Documents/Evropska%20konvencija%20o%20ljudskim%20pravima%20i%20osnovnim%20slobodama_344028515.pdf), 11. 9. 2022, професор Томић – упоређујући карактеристике предметног правног средства са оним које према пракси Европског суда за људска права нужно треба да поседује делотворно правно средство у унутрашњем правном систему – закључује позитивно, оцењујући да Захтев практично компензује три правна лека из претходног ЗУС-а, и то: два ванредна (Захтев за ванредно преиспитивање правоснажне судске одлуке и Захтев за заштиту законитости) и један редовни (жалбу). Детаљније: Зоран Р. Томић, *Коментар закона о управним спорима са судском праксом*, Београд, 2012, 665–667.

11 Као циљ закона, ЗУС-ом је одређена: „судска заштита појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним стварима.“ (ЗУС, чл. 3). Судска заштита уређена овим законом остварује се у управном спору који треба разумети као целину поступака примарне и секундарне управносудске заштите. Наведене циљеве управног спора овлашћени субјекти примарно покушавају да остваре у поступку примарне управносудске заштите али, уколико до тога не дође, тада „терет реализације“ циљева управног спора „прелази на плећа“ правних средстава из управног спора којима се поступак управносудске заштите наставља.

12 Вид. Марко Давинић, „Двостепено управно судство у Краљевини Југославији“, *Правни животи*, бр. 10/2017, 283–298; Зоран Лончар, „Заступање странака у управ-

упозоравају на нужност увођења друге инстанце управног судства. Законодавац и даље, успешно одолева. У овом раду, аутор покушава да анализирајући хрватски ЗУС,<sup>13</sup> чија су многа решења инспирисана чврстим опредељењем Републике Хрватске да приступи ЕУ – што је курс коме тежи и Република Србија – а осим тога је и држава са којом имамо много других додирних тачака,<sup>14</sup> укаже да је увођење жалбе по све реално, нужно и логично решење и у српском систему управног спора.

## II Право на жалбу према Закону о управним споровима Републике Хрватске из 2010. године

Трагом наведених међународно-правних, али и обавеза које произилазе из највишег националног акта, Република Хрватска је у склопу

---

ном спору“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 4/2015, 1709; Предраг Димитријевић, „Реформисање управно-судске заштите“, *Правни животи*, бр. 10/2007, 741–762; Невена Петровић, „Увођење жалбе у управни спор – pro et contra“, *Начела добре владавине: начело правне сигурности и начело праведности* (уредник Владимир Боранијашевић), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2016, 455–466. Присталицама увођења двостепености у домаћем систему управно-судске заштите придружује се и проф. Томић: Зоран Р. Томић, „Привреда и управно-судска заштита – управни спор у Србији и Црној Гори“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 556–581.

- 13 Не мисли се на пуко преузимање тамошњих решења, без уважавања домаћих потреба и прилика, већ искључиво на критичко проучавање туђих искустава која би нам могла бити смернице – у смислу: како би требало или не би требало размишљати у предстојећим реформским процесима. Вид. Зоран Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства у Р. Србији“, *Правни животи*, бр. 10/2013, 319–333.
- 14 Република Хрватска је и по површини (56.594 км<sup>2</sup>) и броју становника (4.154.213) мања у односу на Републику Србију (површина: 88.361 км<sup>2</sup>; бр. становника: 7.012.165). Уколико се у Хрватској, површински и бројчано мањој држави показало као оправдано увођење другог степена управног судства, ваљало би размотрити, има ли површински и бројчано значајно већа Република Србија – са свега једним првостепеним управним судом републичког ранга, потребу за реформисањем у томе правцу. Подаци о површини држава наведени према ИСО стандарду 3166–1. Доступно на адреси: [https://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%B0%D0%BA\\_%D0%B4%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D0%B0\\_%D0%B8\\_%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%98%D0%B0\\_%D0%BF%D0%BE\\_%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%80%D1%88%D0%B8%D0%BD%D0%B8](https://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%B0%D0%BA_%D0%B4%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D0%B0_%D0%B8_%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%98%D0%B0_%D0%BF%D0%BE_%D0%BF%D0%BE%D0%B2%D1%80%D1%88%D0%B8%D0%BD%D0%B8), 1. 10. 2022. Подаци о броју становника држава наведени према Списку држава према броју становника. Доступно на адреси: [https://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%B0%D0%BA\\_%D0%B4%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D0%B0\\_%D0%BF%D0%BE\\_%D0%B1%D1%80%D0%BE%D1%98%D1%83\\_%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B0](https://sr.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BF%D0%B8%D1%81%D0%B0%D0%BA_%D0%B4%D1%80%D0%B6%D0%B0%D0%B2%D0%B0_%D0%BF%D0%BE_%D0%B1%D1%80%D0%BE%D1%98%D1%83_%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%B0), 1. 10. 2022.

опсежне реформе јавне управе, 2010. године донела потпуно нови Закон о управним споровима.<sup>15</sup> Међу обиљем новитета новог темеља управносудске процедуре, издваја се увођење редовног правног лека у управном спору.<sup>16</sup> Тиме се, након две деценије, Република Хрватска поново враћа двостепеном устројству управног судства.<sup>17</sup>

Премда ЗУС из 2010. предвиђа право на редовни правни лек против неправноснажних одлука – пресуда и решења управних судова, оно је толико рестриктивно постављено да је о њему исправније говорити као о изузетку, неголи, као о правилу. Анализом правног уређења жалбе – са посебним освртом на питање њене допуштености (ситуација у којима је дозвољена), подупртом истраживањем о томе какви су ефекти позитивноправних решења у пракси, формира се свест о степену правне заштите која се по њој пружа али, са друге стране, и мањкавостима, недореченостима и недостацима појединих нормативних решења у пракси.

## 1. Жалбени разлози

Жалба се могла изјавити ако је у првостепеном управном спору: 1. настала битна повреда правила поступка; 2. погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање; и 3. погрешно примењено материјално право. Оваквом формулацијом покривени су сви типови незаконитости до којих у првостепеном управносудском поступку може доћи, што Републику Хрватску – са аспекта нивоа заштите који обезбеђује, сврстава у сам врх европских земаља.<sup>18</sup> Међутим, ширина разлога за активирање правног лека није једини и искључиви фактор који одређује његову функционалност. Тек када се стави у однос са другим релевантним параметрима, стиче се објективнији увид у право стање ствари.

15 Закон о управним споровима РХ – ЗУС РХ, *Narodne novine*, br. 20/10.

16 Жалбу у управносудском поступку познавао је и ЗУС из 1977, али је од 1991, када је као независна држава донела Закон о преузимању Закона о управним споровима, пуне две деценије, све до усвајања важећег ЗУС-а, Република Хрватска имала једностепено управно судовање. Успостављањем двостепене организације управног судовања, Хрватска се (претпоследња) придружује породици европских земаља које познају вишестепено: двостепено или вишестепено управно судство.

17 Новоуспостављену организацију управног судства чине: четири првостепена управна суда (са седиштима у Загребу, Сплиту, Ријеци и Осијеку) и Високи управни суд Републике Хрватске као другостепена и највиша инстанца хрватског управног судства. Закон о судовима Републике Хрватске, *Narodne novine*, br. 28/13, 33/15, 82/15, чл. 14 ст. 3, чл. 22 и чл. 25.

18 О ширини жалбених разлога земаља чланица Европске уније – као једног од фактора учинковитости жалбе, опширније: D. Djerda, A. Galić (2014), 350.

## 2. Допуштеност жалбе

Из наведених законских разлога право на редован правни лек против пресуде било је остварљиво: 1. само уколико је првостепени суд сам решио о правима обавезама и интересима странке; 2. против решења жалба се могла изјавити само уколико је законом изричито предвиђена; 3. на решења Високог управног суда жалба је била апсолутно искључена. Анализом релевантних законских одредби, увиђамо како је право на жалбу било подвргнуто тројаком ограничењу.

Ад1) Против пресуде управног суда, жалба је била допуштена само уколико је овај суд сам решио о правима, обавезама или интересима странке (решео управну ствар – прим. аут). Из напред реченог следи да је жалба на пресуду била допуштена само уколико је првостепени суд сам – решавајући у пуној јурисдикцији, применио реформацијска овлашћења. То подразумева да је суд првог степена најпре реализовао касаторна овлашћења – поништио одлуку јавноправног тела, а потом и решио о правима, обавезама или интересима странке. Оваквим модалитетом поступања другостепеног суда, код кога се исти не зауставља на констатацији незаконитости (или ништавости), већ иде и корак даље – мериторно одлучујући о правима и обавезама (управној ствари) странке, остварује се највиши могући дOMET (управно)судске контроле и уједно обезбеђује највиши ниво заштите странака и принципа законитости рада (управе и њених контролора – првостепених управних судова). Са друге стране, против свих осталих пресуда којима је мериторно одлучивано о основаности тужбеног захтева, жалба није била допуштена. Отуда, закључујемо како је наведено нормативно решење од контроле путем редовног правног лека изузимало: 1) пресуде првостепених судова којима је тужбени захтев одбијен као неоснован, али 2) и оне којима је тужбени захтев усвојен, али се у њима суд зауставио на реализацији касаторних овлашћења (поништавању незаконите или ништаве одлуке јавноправног тела, односно поништавању уговара једнаких мањкавости) не идући даље – у решавање саме управне ствари странке. *Ratio* оваквог ограничавања права на жалбу, хрватска научна и стручна јавност проналазила је у: 1) очекивањима темељеним на радикално другачијем приступу ЗУС-а из 2010. питању начина одлучивања (првостепених) судова у управном спору; 2) реформом зацртаној претежности учинковитости управног спора<sup>19</sup> спрам потребе да се

---

19 У Образложењу Коначног предлога ЗУС-а, са 16. седнице Хрватског сабора стоји: „Доношењем реформацијских уместо искључиво касаторних одлука снажно се афирмирају начела учинковитости и доношења одлука у разумном року – то се може сматрати најзначајнијом новином у што бржем остваривању права странака у управном спору.“

васколика делатност првостепених управних судова приведе жалбеном надзору.

У односу на свог претходника, ЗУС из 2010. године уводи суштински другачији концепт одлучивања у првостепеном управном спору, предвиђајући да је суд – уколико оцени да спорни акт јавноправног тела треба поништити – у обавези (подв. аут.) да сам реши о индивидуалној (у)правној ситуацији странке. Суд је ослобођен обавезе да примени реформацијска овлашћења само уколико му „природа ствари“ не дозвољава да улази у меритум ствари, односно, када је реч о одлуци коју је јавноправно тело донело применом дискреционих овлашћења. Речју, анализирано законско решење недвосмислено је афирмисало спор пуне јурисдикције на рачун спора ограничене јурисдикције. У позадини овакво радикалног законодавчевог потеза<sup>20</sup> био је циљ да се избегну негативни ефекти који прате спор законитости: виšekратно враћање предмета јавноправним органима који упорним инсистирањем на сопственим стајалиштима – упркос обавези да поступи по правном схватању и примедбама изнетим у одлукама суда, неретко доводе до системских кршења права на суђење (одлучивање) у разумном року.

Рачунало се, такође, да ће трагом новоуведеног решења, гро одлука првостепених управносудских инстанци чинити управо оне реформацијске нарави – следом чега ће и претежан део првостепене управносудске делатности бити подобан да се над њиме реализује жалбена контрола. Реалност је међутим, за кратко време демантовала законодавца, потврђујући да се очито прерачунао у својој процени. Првостепени управни судови, углавном (зло)употребљавајући поприлично нејасан стандард „природа ствари“, у пракси најчешће (вешто) ескивирају законску обавезу одлучивања у пуној јурисдикцији и тиме директно сужавају домет контроле сопствених пресуда.<sup>21</sup> Из статистичких података о раду сва четири првостепена управна суда, произилази да је током 2012. године у њима, од укупно 3.379 судских одлука донесено само 145 пресуда којима је одлучено о праву, обавези или правном интересу странака.<sup>22</sup> Следи из наведеног, како је жалба у првој години примене новог ЗУС-а била дозвољена у односу на свега 4,3% донесених одлука, док је жалбеном надзору измицало више од 95% од

20 До тада, хрватско управно правосуђе се темељило на спору ограничене јурисдикције, а случајеви у којима је првостепени суд – у ситуацијама када му је закон то омогућавао, применио реформацијске прерогативе, били су права реткост у пракси.

21 Упор. Невена Миленковић, *Правна средствија у управном спору*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020, 232.

22 Подаци наведени према: D. Djerda, A. Galić (2014), 357.



укупно донесених у наведеном периоду (!). Није много оптимистичнији ни нешто репрезентативнији узорак базиран на статистичким подацима за прве три године примене ЗУС-а. У наведеном периоду, од укупно 19.906 одлука колико их је донето на нивоу првостепених судова, суд је у спору пуне јурисдикције одлучио у укупно 3.394 предмета. Довођењем броја предмета решених у спору пуне јурисдикције – дакле, броја одлука подобних за побијање жалбом, са бројем укупно донесених одлука, закључује се како је постојећи „филтер за жалбу“ омогућавао жалбену контролу 17%<sup>23</sup> – илити, нешто мање од 1/5 укупног броја донесених одлука.

Поред питања обима у коме је било допуштено коришћење права на жалбу, веома је интересно осврнути се и на питање њене стварне употребе у пракси. Од 3.394 реформацијске одлуке<sup>24</sup> на које је према критеријумима за жалбу успостављеним ЗУС-ом из 2010, било могуће користити редовни правни лек – правом на жалбу странке су се користиле 1.616 пута. Према обради статистичких података о раду жалбеног суда ауторке Ђанић Чеко,<sup>25</sup> ВУС Хрватске је у посматраном периоду (1. 1. 2012–31. 12. 2014), запримио тачно 1.616 жалби на одлуке првостепених судова донесене у наведеном раздобљу. Довођењем броја активираних жалби у однос са бројем одлука на које је било могуће њено улагање (бројем потенцијалних жалби), долазимо до закључка како су се странке правом на жалбу користиле изузетно често. Приближно, на сваку другу одлуку која је била подобна за оспоравање жалбом – странке су жалбу и изјављивале. Констатовано нас наводи на закључак, како је у хрватском друштву влада велико поверење и интересовање за жалбу као средство правне заштите странака од незаконитости у раду управног судства (а посредно и управе). Речено нас даље, води у размишљање о питању: колико би тек обим заштите странака по анализираном правном средству био да је „филтер за жалбу“ либералније постављен?

Учинковитост управног спора, у смислу бржег достизања управне правде – очито, на уштрб законитости таквога, од редовне жалбене контроле изузетога поступања! – била је цена коју се хрватски правотворац усудио да плати зарад раније дефинисаних циљева реформе. Презентовано стање у пракси озбиљно је довело у питање сврху института жалбе

---

23 Извор статистичких података: Ante Galić, „Učinak druge novele Zakona o upravnim sporovima na upravni spor“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), Vol. 36, br. 1/2015, 560–561.

24 Колико их је на нивоу сва четири првостепена суда донето у периоду 1. 1. 2012–31. 12. 2014.

25 Ana Đanić Čeko, *Žalba u upravnom sporu u hrvatskom i poredbenom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Zagreb, 2016, 269.

у постојећем нормативном формату. Уколико је иста недопуштена у односу на 95% (односно 83%) одлука, а омогућава контролу свега 5% (односно 17%) донесених, чему таква жалба? Сувишно је, при јасном квантитативном исказу дозвољеног дмета примене жалбе и отворати питање њене подобности да одговори циљевима којима је инспирисано њено увођење у систем управног судства.<sup>26</sup> Евентуално стајалиште да значајнију улогу у реализацији тих циљева имају и ванредни правни лекови у управносудском поступку,<sup>27</sup> не може се бранити са разлога што су – у складу са њиховом (из)ванредном природом и мисијом, услови за њихово активирање још рестриктивније постављени откуда су и донети заштите која се по њима пружа далеко скромнији.<sup>28</sup>

Начелна немогућност жалбене контроле за последицу је имала и један други проблем: онемогућавање Високог управног суда да остварује законску обавезу уједначавања праксе нижих управних судова.<sup>29</sup> Такво

26 Чак и при претпоставци да у свих 5% случајева у којима је допуштена жалба доведе до потпуне правне заштите странака, тако мали опсег њене примене се никако не може узети за довољан, односно подобан да доведе до остварења ЗУС-ом стављених циљева у задатак управном спору који се, нужно мора разумети као целина система примарне (по тужби) и секундарне правне заштите (по правним средствима).

27 ЗУС Републике Хрватске, чл. 76–78.

28 О донетима заштите која се пружа по ванредним правним средствима у управном спору Републике Хрватске, вид. Meri Dominus Herman, „Izvanredni pravni lijekovi u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 42, br. 2/2021, 537–557. О „надмоћности“ жалбе као редовног и деволутивног правног лека, S. Triva, et al. опажају следеће: „*Деволутивни управни лијекови у управилу су ефикасније средство за борбу против незаконитости одлука. Будући да се управним лијеком у управилу најчешће рад суда, умјесно је ишло се испитивање управилности тог рада и његових резултата повјерава другом, објективнијем, вишем и квалифициранијем суду. За суд чија се одлука најчешће ипешко је претпоставило да би могао – занемарујући своје раније ставове ... наћи нове, управилније критерије за оцјену ствари о којој је већ судио.*“ Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 1986, 543, наведено према: Inga Vezmar Barlek, „Pravni lijekovi u upravnosudskom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 47, br. 1/2010, 114.

О збиљским донетима заштите и учинцима Захтева за изванредно преиспитивање законитости правомоћне пресуде управног суда – као (такође) деволутивног управносудског правног средства, М. Шикић, позивајући се на А. Чеко (2016), наводи да је у трогодишњем периоду примене ЗУС-а (током 2012, 2013. и 2014), против одлука првостепених управних судова ДОРХ запримио укупно 483 предлога за одношење Захтева, од чега је Врховном суду РХ поднесено 128 захтева. Marko Šikić, „Primjena zahtjeva za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, Vol. 54, br. 1/2017, 186.

29 Галић упозорава да: „Новонастала ситуација поприма још озбиљнију димензију ако се сагледа и утјецај управносудске праксе на рад јавноправних тијела у Републици Хрватској те развој управног права уопће.“ А. Galić (2015), 564.

стање је с правом отворило питање правне функционалности жалбе и генерисало проблем правне несигурности грађана.<sup>30</sup>

Ад2) Против решења, жалба је начелно била искључена, изузев, у ситуацијама када је законом изричито била предвиђена. Начин на који је регулисано питање жалбене управносудске заштите у односу на процесне одлуке првостепених судова привукао је велику пажњу хрватске научне и стручне јавности.<sup>31</sup> По слову закона, жалбом је било могуће побијати искључиво следеће врсте решења: решење о одбацавању тужбе као неуредне, решење о прекиду поступка, решење о обустави поступка, решење о привременој мери и решење о исправци грешака у пресуди.<sup>32</sup> Остала решења првостепених управних судова нису се жалбом директно могла оспоравати. Против њих је долазила је у обзир само посредна заштита – путем жалбе на главну одлуку (пресуду) – под условом да је реч о пресуди на коју је допуштена жалба.<sup>33</sup> Таква, несамостална жалба, била је могућа само када је реч о решењима којима се управља током управносудског поступка. Не и када је реч о оним решењима којима се спор довршава. Пример решења друге врсте представља оно којим се тужба одбацује због непостојања процесних претпоставки за одлучивање.<sup>34</sup> Реч је о решењу којим суд искључује пружање правне заштите, са разлога што – по његовом схватању (које дакако може бити и погрешно) – нема процесних услова за њено пружање, а противу такве његове одлуке жалба је по изричитом ставу законодавца недопуштена. Како се таквом процесном одлуком спор (који суштински није ни започео) окончава, нема услова да дође до пресуде против које би жалба евентуално била допуштена, па да се жалбом на пресуду оспорава и

---

30 Па, и неповерења грађана.

31 За разлику од става већине – који у оваквом решењу виде озбиљан пропуст законодавца, Везмар Барлек истиче: „Правило о недопустивости подношења посебне жалбе против рјешења посљедица је тенденције ка убрзању поступка... Било би нерационално и неекономично кад би се жалбом против оваквих рјешења покретао самосталан инстанциони поступак...“ I. Vezmar Barlek, 124.

32 РХ из 2010. год, чл. 67 ст. 1, чл. 29 ст. 2, чл. 45 ст. 3, чл. 46 ст. 5, чл. 47 ст. 3, чл. 64 ст. 4 и чл. 89.

33 D. Djerda, A. Galić (2014), 345.

34 Према чл. 30 ЗУС-а, до одбацавања жалбе решењем долази: „ако је тужба поднесена неблаговремено или превремено; ако се појединачном одлуком, поступањем или управним уговором не дира у право или правни интерес тужитеља; ако против појединачне одлуке, поступања или управног уговора није искориштен редован правни лијек; ако је судска заштита осигурана изван управног спора; ако већ постоји правомоћна одлука донесена у управном спору у истој ствари; ако је тужба поднесена против процесне одлуке, осим ако законом није другачије прописано; ако је тужба поднесена у управној ствари која не може бити предмет управног спора.“

законитост процесне одлуке. Закључно, реч је о процесним одлукама које није могуће оспоравати ни на који начин: нити непосредно (путем самосталне жалбе), нити посредно (жалбом на главну одлуку).<sup>35</sup> Према статистичким подацима,<sup>36</sup> за прве три године примене ЗУС-а, на нивоу сва четири првостепена суда донето је 1.237 решења о одбацивању тужбе због непостојања процесних претпоставки, што у поређењу са бројем у истом периоду донесених одлука (19.906) чини око 6.2%. У оваквим случајевима управносудска заштита је странкама била ускраћена без ЗУС-ом предвиђене правне могућности да на том плану нешто промене. Са друге стране, оваквим решењем странкама се крши и једно од елементарних процесних права из ст. 1 чл. 6 ЕКЉП – право на приступ суду, без кога је немогуће остварити заштиту конкретног материјалног права у питању. До једнаких практичних последица доводе и ситуације у којима је суд донео решења која нису непосредно напаљива, а не могу се ни посредно оспоравати путем жалбе на пресуду (иако пресуда постоји), јер је реч о пресуди против које је жалба такође, законом искључена.<sup>37</sup>

На решење Врховног управног суда жалба је, обзиром на његову позицију у систему управносудске заштите, била апсолутно недопуштена.

Ад3) Неки управни спорови законом су стављени у првостепену надлежност Врховног управног суда, чиме је у односу на њих жалба посредно али недвосмислено искључена.

### III Право на жалбу према новели ЗУС-а РХ из 2012. године<sup>38</sup>

Након непуне године дана од почетке своје примене, ЗУС је подвргнут првим интервенцијама. У односу на институт жалбе, у вези са чијим законским уређењем је преваходно и дошло до законодавног интервенисања, прва Новела није отклонила ни један од проблема који су се као главни истакли у пракси: не само да није отклонила, већ чак није ни ублажила рестрикције права на жалбу. Услед тога је и питање

35 Упор. Inga Vezmar Barlek, „Ovlasti žalbenog suda u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Rijeci (1991)*, Vol. 34, br. 1/2013, 599–600.

36 Статистички подаци наведени према: A. Galić (2015), 564–565.

37 Посреди су све пресуде првостепених управних судова изузев оних којима је одлучено о правима, обавезама или интересима странке, а такве су, према раније наведеним подацима из праксе чиниле гро одлучивања првостепених управносудских инстанци (95%).

38 Закон о изменама и допунама ЗУС-а из 2012, *Narodne novine*, br. 143/12.

уједначавања управно-судске праксе од стране Високог суда Хрватске путем жалбеног механизма, остало нерешено.<sup>39</sup>

Прва Новела тангирала је институт жалбе тиме што је насупрот ЗУС-ом установљеном стандарду суђења у већу, предвидела суђење „по суцу појединцу“. Иако се ово решење односило на првостепени управни спор оно је посредно погађало и другостепени (у коме иначе одлучује веће) тиме што је – не укидајући главни узрок проблема – „непропустан филтер за жалбу“, додатно оптеретило квалитет система управно-судске заштите одступајући од европског стандарда суђења у већу, који се без сумње показао као далеко сериознији концепт у обезбеђивању објективнијег, свестранијег и правилнијег сагледавања ствари.<sup>40</sup>

#### IV Право на жалбу према новели ЗУС-а РХ из 2014. године<sup>41</sup>

Састав жалбеног поступања установљен ЗУС-ом из 2010. (и крајње оскудно и без побољшања ревидиран Новелом из 2012), „показао се као изразито ригидан и ограничавајући“<sup>42</sup> творећи „препреку за само активирање жалбеног поступка, обављање низа улога и надлежности ВУС-а, као и остваривање уставног права на жалбу, права на приступ суду те осигуравање учинковите судске заштите права грађана у управном спору.“<sup>43</sup>

Управо су ови кључни недостаци које је у својој краткотрајној практичној примени испољио ЗУС из 2010. године,<sup>44</sup> а који би се сумарно могли представити у две скупине:

1. непостојање адекватног „филтера“ за жалбу – довољно „пропусног“ да омогући привођење жалбеноме надзору довољно широког

---

39 Н. Миленковић (2020), 233.

40 „Расветљавање једне управно-судске ствари, која је по својој суштини комплексна – и управна и судска, како јој и само име вели, није олак и једноставан посао да се тек тако, а нарочито у констелацији са околношћу да је надзор таквога посла у тој мери ограничен да се само условно може говорити о његовом збиљском постојању, повери једноме судији („суцу појединцу“). Да је у односу на тај посао обезбеђен истински надзор – „попуштањем“ филтера за жалбу, можда то решење само по себи и не би било толико лоше и подигло толику буру негативних критика. Овако, послужило је само као још један у низу оправданих аргумената за даље реформисање ЗУС-а.“ *Ibid.*

41 Закон о изменама и допунама ЗУС-а из 2014, *Narodne novine*, br. 152/14.

42 А. Ђанић Љеко, 339.

43 *Ibid.*

44 Услед пропуштене прилике да се отклоне реформом ЗУС-а извршеном 2012. године.

обима управносудске делатности првостепених судова, али, са друге стране, не свих одлука првоступањских инстанци – са разлога што би такво решење засигурно опструирало право на коришћење правног лека и довело до преоптерећења жалбеног суда; и

2. немогућност уједначавања шаренолике праксе првостепених управних судова која је била директна последица исувише ригидно дефинисаног „филтера“ за жалбу – били главни катализатори промена из 2014, њихов капитални задатак и највиши „стратешки подвиг“.

Освешћен суровом спознајом о практичним донетима и „достигнућима“ редовног правног лека по ЗУС-у из 2010, на које је гласно и неумитно упозоравао глас тамошње науке и струке, хрватски законотворац је реформом управносудске процедуре извршеном 2014. године, битно унапредио систем жалбене управносудске контроле.

Капиталним, „стратешким подвигом“ друге новеле у литератури се оправдано сматра „либерализација филтера за жалбу“. Иста је извршена следећим интервенцијама у ранији законски текст:

1. Укинуто је раније решење које је онемогућавало изјављивање жалбе на решење којим се тужба одбацује због непостојања процесних претпоставки за вођење спора.<sup>45</sup>

Ова интервенција сматра се, можда чак и најзначајнијом, јер је укинула решење којим је странкама била апсолутно искључена управносудска заштита<sup>46</sup> (подв. аут.) и грубо суспендовано право на приступ суду.<sup>47</sup>

2. Укинута је ранија одредба по којој је жалба била допуштена искључиво ако је суд одлучивао применом реформацијских овлашћења.<sup>48</sup> Усвојен је суштински другачији методолошки концепт при дефинисању појма „допуштене жалбе“, који је – за разлику од претходног, методу енумерације употребио за одређење врста пресуда против којих жалба није допуштена. Према новој регулативи, жалба се не може изјавити: 1. против пресуде којом је појединачна поништена одлука и предмет први пут враћен на поновни поступак; 2. против пресуде којом

45 Одредба чл. 7 Закона о изменама и допунама Закона о управним споровима, прописује да се члану 30 ЗУС-а додаје ст. 2 који гласи: „Против решења из ст. 1 овог члана допуштена је жалба.“

46 Што представља и повреду уставног јемства права на судску заштиту.

47 Грубо кршење „права на приступ суду“ из ст. 1 чл. 6 Конвенције.

48 Одредба чл. 19 Закона о изменама и допунама Закона о управним споровима, прописује да се брише одредба из ст. 2 чл. 66 ЗУС-а којом је било прописано да је жалба допуштена једино у случајевима када је управни суд сам одлучио о праву, обавези или интересу странке.

је суд наложио доношење појединачне одлуке која није донесена у прописаном року; 3. против дела пресуде из чл. 89 ст. 4 овог Закона у који је укључен садржај судске нагодбе.<sup>49</sup> Још једна битна измена жалбеног режима односи се на увођење, као правила, суспензивног учинка жалбе, док је према ранијој регулативи жалба била несуспензивни правни лек, при чему је ВУС могао – без законом јасно утврђених критеријума, одложити извршење жалбом побијаног акта.

На темељу обраде статистичких података за 2014. годину, Галић процењује како ће новоуспостављени „филтер за жалбу“ омогућити жалбени надзор у односу на око 80% одлука нижестепених управно-судских инстанци, што је, закључује: „*ийийуно изокренуџа њерсиекџи-ва*“, ако се присетимо да је по ранијем „филтеру“ жалба у односу на нешто више од 80% одлука била недопуштена. Ако се узме у обзир велико интересовање странака из управног спора за жалбу као инструмент заштите њихових права и интереса – уз имање на уму чињенице (статистички поткрепљене) да су правне могућности за то четвороструко умножене,<sup>50</sup> за очекивати је да ће ВУС Хрватске захваљујући увећаном приливу жалби бити у позицији да остварује функцију уједначавања управносудске праксе првостепених управних судова, доприносећи тиме правној извесности и сигурности грађана.

## V Уместо закључка: Чему нас туђа искуства уче?

У раду је сажето приказано како се одвијао развој института жалбе у управном спору Републике Хрватске од њеног увођења ЗУС-ом из 2010. па надаље, у краткотрајном временском раздобљу од четири до пет година током кога је претрпео значајне измене. Разлог елаборације управо овог питања лежи у чињеници да српском систему управносудске заштите предстоји озбиљна реформа – у склопу започетих реформских процеса јавне управе, а како постојећи састав управносудске заштите: са свега једним (првостепеним) Управним судом и без права на редован правни лек, озбиљно доводи у питање способност управног спора да одговори законској сврси свог постојања – али и неким гарантијама и захтевима чије је извориште у највишем домаћем и конвенцијском праву, све се гласније чују ставови научне јавности и струке о томе да је увођење другог степена управног судовања неминовност предстојеће реформе.

---

49 ЗУС из 2014. год, чл. 66а.

50 Пре друге новеле жалба је била допуштена на приближно 20% док ју је након новеле било правно допуштено користити против више од 80% првостепених одлука.

Спознаја развојног пута којим се у хрватском праву усавршавала двостепеност управног судовања: 1. аналитичким проучавањем нормативних решења сукцесивно доношених прописа; 2. уз паралелно праћење учинака које су та решења генерисала у својој практичној примени – може нам бити од изузетне користи. У најмању руку, да избегнемо – испоставило се, нереална очекивања и очигледне грешке хрватског законодавца (који опет, нису посве били без утемељења на неким релевантним основама). Подсећамо, како је у размаку од свега четири године чак три пута законодавним актима интервенисано у састав управносудске жалбе – јер је пракса јасно показала да се учињени пропусти најалост, не могу исправити тумачењем „лоших норми“.

Полазећи од народне изреке да је мудрије учити на туђим грешкама, неголи плаћати цену сопствених, на темељу у раду извршеног истраживања издвојићемо моменте за које држимо да би им се током будуће реформе морало посветити са много разборитог расуђивања:

1. Приликом реформисања (или доношења новог) ЗУС-а, водити рачуна о нужности постојања системске повезаности између њега и (новог) ЗУП-а, нарочито:

- 1.1. у смислу недвосмисленог одређења предмета управног спора матичним законом – како би се избегла непотребна конфузија у пракси;
- 1.2. у смислу недвосмисленог афирмисања спора пуне јурисдикције у светлости чињенице да укоренења пракса виšekратног касирања одлука органа управе и враћања предмета на поновно одлучивање, узрокује предуго трајање решавања управних ствари и системских повреда права на суђење у разумном року – на шта у својим пресудама донетим у поступцима против Републике Србије, упозорава и Европски суд за људска права.

2. Водити рачуна о јединству и телеолошкој повезаности две фазе управног спора: а) примарне; и б) секундарне управносудске заштите, у смислу да ширина предмета примарне управносудске заштите буде „покривена“ одговарајућим врстама и бројем управносудских правних средстава којима се активира секундарна – како би се избегло да широк обим делатности која се остварује у поступку примарне управносудске заштите буде изузет од одговарајуће контроле у поступку секундарне управносудске заштите – јер би услед тога законом дефинисани циљеви управног спора били озбиљно доведени у питање (што ценимо да је случај са важећим решењем ЗУС-а које познаје искључиво ванредна правна средства).



3. При моделирању жалбе, опрезно поставити „филтер“ који ће бити у довољној мери еластичан да обезбеди остварење уставних и конвенцијских јемстава права на правно (делотворно) средство<sup>51</sup> – а у крајњој инстанци, и сврху управног спора. Од кључне је важности избећи замку у коју је – зарад обезбеђења учинковитости управног спора, неспретно упао хрватски законодавац прописујући сувише ограничавајуће критеријуме од којих зависи допуштеност коришћења редовног правног лека, чиме је тамошњи управни спор „запао у кризу“.

3.1. Са друге стране, при моделисању „филтера“ за жалбу не би ваљало ићи ни у другу крајност – његову претерану „либерализацију“, јер би то засигурно превише оптеретило систем управног правосуђа. (У стручној јавности има мишљења да је наша држава још увек неспремна – у смислу недостатка капацитета, за увођење другог степена управног судовања.)

4. Не занемарити непобитну чињеницу да ни (првостепени) управни суд – иако се јавља у улози контролора – није непогрешив, а цена његових грешака: по странку, привреду и буџет државе, није мала.

Овим никако није исцрпљена листа релевантних фактора који се морају узети у обзир приликом предстојеће реформе домаћег система управног спора. Указано је само на оне кључне, које је за кратко време своје примене апострофирао хрватски систем управног правосуђа. За крај, овај чланак завршавамо мишљу о томе да је хрватски састав управног судовања и даље далеко од савршеног – савршенство је идеал коме се само може (и треба непрестано) тежити – али, и далеко квалитетнији и сврсисходнији него што је то био према регулативи из 2010. године.

### Коришћена литература

Borković Ivo, „Upravno sudovanje i upravni spor u Hrvatskoj u vremenu od 1990. do danas“, *Zbornik odluka Upravnog suda Hrvatske 1977–2022*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

Barlek Vezmar Inga, „Ovlasti žalbenog suda u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci (1991)*, Vol. 34, br. 1/2013.

Barlek Vezmar Inga, „Pravni ljekovi u upravnosudskom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 47, br. 1/2010.

---

51 Јер се у данашње – време појачане друштвене освешћености о значају поштовања људских права и слобода, право на правно средство у пракси најреферентнијих тела која се баве њиховом заштитом и старају о поштовању истих, тумачи као „право на делотворно правно средство“.

- Galić Ante, „Učinak druge novele Zakona o upravnim sporovima na upravni spor“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci (1991)*, Vol. 36, br. 1/2015.
- Давинић Марко, „Двостепено управно судство у Краљевини Југославији“, *Правни животи*, бр. 10/2017. (Davinić Marko, „Dvostepeno upravno sudstvo u Kraljevini Jugoslaviji“, *Pravni život*, br. 10/2017)
- Димитријевић Предраг, „Реформисање управно-судске заштите“, *Правни животи*, бр. 10/2007. (Dimitrijević Predrag, „Reformisanje upravno-sudske zaštite“, *Pravni život*, br. 10/2007)
- Dominus Herman Meri, „Izvanredni pravni lijekovi u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 42, br. 2/2021.
- Ђанић Љека Ана, *Љалба и управном спору и хрватском и поредбеном праву*, докторска дисертација, Правни факултет, Загреб, 2016.
- Djerda Dario, Galić Ante, „Љалба у управном спору“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, Vol. 51, br. 2/2014.
- Копрић Иван, „Управно судовање у свјетлу прилагодбе standardима ЕУ-а“, *Реформа управног судства и управног поступања*, НАЗУ, 2006.
- Лончар Зоран, „Заступање странака у управном спору“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2015. (Lončar Zoran, „Zastupanje stranaka u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2015)
- Лончар Зоран, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства у Републици Србији“, *Правни животи*, бр. 10/2013. (Lončar Zoran, „Neka pitanja reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 10/2013)
- Миленковић Невена, „Предмет управног спора у домаћем управнопроцесном праву“, *Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2021. (Milenković Nevena, „Predmet upravnog spora u domaćem upravnoprocesnom pravu“, *Pravni aspekti savremenih društvenih kretanja u Republici Srbiji*, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2021)
- Миленковић Невена, *Правна средства у управном спору*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020. (Milenković Nevena, *Pravna sredstva u upravnom sporu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2020)
- Петровић Невена, „Увођење жалбе у управни спор – pro et contra“, *Начело добре владавине: начело правне сигурности и начело праведности*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем

- у Косовској Митровици, 2016. (Petrović Nevena, „Uvođenje žalbe u upravni spor – pro et contram“, *Načela dobre vladavine: načelo pravne sigurnosti i načelo pravednosti*, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, 2016)
- Томић Р. Зоран, „Привреда и управно-судска заштита – управни спор у Србији и Црној Гори“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017. (Tomić R. Zoran, „Privreda i upravno-sudska zaštita – upravni spor u Srbiji i Crnoj Gori“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017)
- Томић Р. Зоран, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Београд, 2012. (Tomić R. Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd, 2012)
- Triva Siniša, Belajec Velimir, Dika Mihajlo, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1986.
- Šikić Marko, „Primjena zahtjeva za izvanredno preispitivanje zakonitosti pravomoćne presude“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, Vol. 54, br. 1/2017.

**Nevena MILENKOVIĆ, LL.D.**  
Assistant Professor University of Pristina – Kosovska Mitrovica,  
Faculty of Law, Serbia

## HOW THE TWO-STAGE CROATIAN ADMINISTRATIVE COURT DEVELOPED: WHAT CAN WE LEARN?

### Summary

*The document analyses the development of appeals in administrative disputes in the Republic of Croatia since the adoption of the Law on Administrative Disputes in 2010 onwards. The development of the mentioned institute took place in several stages (Law from 2010, Amendments to the law in 2012, and changes from 2014), where each subsequent phase was a response to the weaknesses and shortcomings of the previous phase and had the task of removing those weaknesses.*

*The key problems in the appeal system under the Law on Administrative Disputes from 2010, which manifested itself very quickly in practice, are related to the excessive limitation of the appeal. The limit of the right to appeal aimed at more efficient (faster) administrative disputes, it seriously called into question the right to a legal remedy against a first-instance court decision guaranteed by the European Convention and the Constitution of the Republic of Croatia. The 2012 amendments did not remove the weaknesses of the 2010 Law. But the system of administrative judicial protection was significantly improved by the Amendments of 2014. The essence of those changes comes down to the liberalization of the „complain filter“; i.e., enabling the use of the right to appeal in relation to the largest possible volume of decisions of first-instance courts. This ensured a higher level of protection of the subjective rights of the parties, and the High Administrative Court was enabled to control first-instance administrative courts – by the way of appeal, unifying administrative judicial practice.*

**Key words:** *Administrative dispute. – Appeal. – Republic of Croatia. – Reform of Serbian administrative disputes system.*

Датум пријема рада: 1. 12. 2022.

Датум исправке рада: 20. 2. 2023.

Датум прихватања рада: 21. 2. 2023.

УДК: 35.077.2(497.5:497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23107A

др **Јована ВЕЛИЧКОВИЋ**\*  
адвокат у Београду, Србија

## СУБЈЕКТИВНИ ДОМАШАЈ ДОМАЋЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

### Сажетак

*На основу садржине чл. 64 стп. 1 Закона о арбитражи закључује се да домаћа арбитражна одлука може деловати само према странкама и њиховим правним суцесорима (сингуларним и универзалним). У односу на трећа лица одлука може деловати само уколико то захтева природа предмета спора (дејство erga omnes) или уколико би то било изричито прописано законом. Међутим, у околностима када постоји блиска материјално-правна веза између странка у поступку и трећих лица, која нису учествовала у поступку, а реч је о лицима која могу бити обавезана арбитражним споразумом, прејорука је да се призна интервенцијско дејство одлуке у односу на ову категорију лица. Интервенцијско дејство одлуке треба признати под условом да су трећа лица прејходно била позвана да учествују у арбитражном поступку, или уколико то није био случај, да им се у поступку који самостално покрену омогући право на испицање приговора несавесној вођења спора.*

**Кључне речи:** Арбитражна одлука. – Коначност. – Субјективне границе. – Треће лице. – Интервенцијско дејство.

---

\* Електронска адреса аутора: [jov.velickovic@gmail.com](mailto:jov.velickovic@gmail.com).

## I Увод

У арбитражном праву термин „субјективни домашај“ обично се везује за институт арбитражног споразума и односи се на расправу о томе да ли и под којим условима арбитражни споразум може обавезивати и непотписнике.<sup>1</sup> Неспорно, ово је тема која је веома значајна за арбитражно право, јер од одговора на питање да ли одређено (треће) лице може бити обавезано арбитражним споразумом, зависи и успостављање надлежности арбитражног суда за одлучивање о конкретном спору.<sup>2</sup> Међутим, по окончању арбитражног поступка на сличан начин може се поставити питање да ли арбитражна одлука делује само према странкама које су учествовале у поступку или одлука може имати шире правно дејство. Отуда се може преузети постојећа терминологија и формирати тема субјективног домашаја арбитражне одлуке. Поједностављено речено, тема субјективног домашаја арбитражне одлуке се односи на питање да ли арбитражна одлука има правно дејство само у односу на странке у поступку, или се под одређеним условима дејства одлуке могу проширити и на трећа лица.

За разлику од Закона о парничном поступку, Закон о арбитражи не садржи посебну одредбу о субјективним границама деловања арбитражне одлуке, већ у чл. 64 ст. 1 прописује начелну одредбу која гласи „*домаћа арбитражна одлука има снагу домаће јавноснажне судске одлуке и извршава се у складу са одредбама закона који уређује извршину правосудја*“. Арбитражна правила домаћих арбитражних институција (Стална арбитража при Привредној комори Србије и Београдски арбитражни центар) такође не садрже одредбу о субјективним границама арбитражне одлуке.

Имајући у виду претходно наведено, предмет овог рада је тумачење одредбе чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи са циљем да се утврди да ли се и којој мери одредбе о субјективним границама пресуде парничног суда могу применити на домаћу арбитражну одлуку или је потребно формирање другачијих правила у арбитражној пракси, с обзиром на то да арбитражни прописи непосредно не дају одговор на постављено питање.<sup>3</sup>

У том погледу анализа задате теме мора почети са разматрањем општих учења о дејствима пресуде парничног суда, како би се иденти-

1 Вид. Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, 3. издање, Београд, 2007, 58–59.

2 *Ibid.*, 58.

3 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 57.

фиковало дејство које се непосредно односи на питање субјективног домашаја одлуке. Теорија грађанског процесног права је идентификовала неколико дејстава пресуде парничног суда, али се субјективне границе деловања пресуде разматрају само код једног вида деловања, а то је правноснажност, што би у случају арбитражне одлуке требало да представља дејство коначности. У том погледу најпре ће се размотрити да ли између садржине дејства правноснажности пресуде парничног суда и дејства коначности домаће арбитражне одлуке постоји знак једнакости или не, те уколико постоје разлике, на који начин правила арбитражног права у овом сегменту одступају од правила парничног поступка. Након што се садржински дефинише дејство коначности арбитражне одлуке, размотриће се да ли се и у којој мери општа правила о субјективним границама пресуде парничног суда могу применити на домаћу арбитражну одлуку, те последично на који начин треба тумачити чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи по питању круга лица на која одлука треба да делује. Отуда је предмет разматрања одлука донета само у оквиру домаће арбитраже на коју се примењује Закон о арбитражи.<sup>4</sup>

Уколико се прихвати став да арбитражна одлука може правно деловати и на лица која нису странке у формалном смислу, једна од специфичности арбитраже – одсуство права на редовне правне лекове, те доступност само тужбе за поништај у судском поступку,<sup>5</sup> указује да је у оквиру теме субјективног домашаја арбитражне одлуке потребно посебно размотрити механизме заштите трећих лица која нису учествовала у поступку.

На крају излагања биће дат закључак да ли се и у којој мери општа правила о дејствима пресуде парничног суда, на која упућује чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи, могу применити на одлуку арбитраже, као битно различитог начина решавања спорова у односу на парницу, те уколико дејства арбитражне одлуке у овом сегменту треба да буду другачија, на који начин би различитост требало да се испољава.

## II Дејство коначности (*res judicata*) домаће арбитражне одлуке

Дејство арбитражне одлуке је тема која није изазивала велику пажњу домаће правне теорије, те се чак може рећи да у литератури не постоји детаљна расправа о томе која правна дејства производи домаћа арбитражна одлука. У том погледу када се у литератури говори о дејству

---

4 ЗА, чл. 1.

5 Г. Кнежевић, В. Павић, 163.

арбитражне одлуке, углавном се упућује на цитирани чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи.<sup>6</sup>

Језичко тумачење чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи на први поглед даје закључак да коначна арбитражна одлука треба да има иста правна дејства као и правноснажна судска одлука.<sup>7</sup> Уколико би се прихватио овај приступ, то би подразумевало да домаћа арбитражна одлука има следећа дејства: (i) материјалне правноснажности (коју би у овом случају требало назвати коначност), (ii) извршности, (iii) чињенично дејство, (iv) преображајно и (v) интервенцијско дејство.<sup>8</sup>

Од свих наведених дејстава одлуке, за предмет разматрања овог рада релевантно је дејство коначности, те ће само о овом дејству бити речи у наставку. Наиме, у литератури када се говори о проширивању субјективних граница пресуде ова тема се увек разматра само у односу на дејство правноснажности пресуде.<sup>9</sup> По аналогији са учењима теорије парничног поступка, наведена правна дејства арбитражне одлуке би се могла испољити на следећи начин. Материјална коначност арбитражне одлуке би подразумевала да она има дејство пресуђене ствари (*res judicata*), те да се о истом захтеву, између истих странака не може водити нови поступак, било пред државним или арбитражним судом (негативно дејство).<sup>10</sup> За оцену идентитета предмета спора треба узети у обзир и чињенично стање дато у образложењу одлуке, не само садржину захтева који се истиче.<sup>11</sup> Затим, коначност арбитражне одлуке би подразумевала да су сви судови (државни или арбитражни), пред којима се као претходно питање појави оно о којем је као о главном питању одлучено кончаном арбитражном одлуком, везани том арбитражном одлуком (позитивно дејство).<sup>12</sup> Правном снагом коначне арбитражне одлуке требало би да буде обухваћена само изрека, не и њено образложење. То подразумева да правним дејством арбитражне одлуке не би требало да буду обухваћена чињенична утврђења, правна схватања, примена материјалног права, одлука о претходном питању, као и одлуке о процесним приговорима.<sup>13</sup>

6 Вид. *Ibid.*, 134. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 5. издање, Београд, 2010, 714.

7 Постоје права која не регулишу чак ни дејства пресуде парничног суда, као на пример хрватско право. Мihaјло Дика, *Грађанско парнично право, Судске одлуке и судска нагодба*, IX књига, Загреб, 2013, 465.

8 Никола Бодирога, *Парнични процесни поступак*, Београд, 2022, 392–403.

9 *Ibid.*, 397.

10 Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, 9. издање, Београд, 1986, 297.

11 Н. Бодирога, 394.

12 Б. Познић, 297.

13 Н. Бодирога, 397.



Међутим, да у овом сегменту не мора постојати знак једнакости између одлука државних и арбитражних судова говори пракса иностраних арбитража,<sup>14</sup> која је знатно бројнија од домаће, а у којој постоји већ традиционалан став да дејство *res judicata* обухвата не само изреку, већ и одлуке о чињеничним и правним питањима садржане у образложењу одлуке.<sup>15</sup> На овом месту већ се уочава разлика у односу на пресуду парничног суда, чије дејство правноснажности обухвата само изреку.

На основу доступних одлука домаћих арбитража делује да је домаћа арбитражна пракса имала прилику само делимично да се изјасни о садржини дејства коначности одлуке арбитраже. По овом питању Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије је узела став да „за утврђивање идентитета спорова потребно је и нешто више од простог идентитета странака у спору и њиховог правног односа“<sup>16</sup> и да су „нужни услови за успех приговора пресуђене ствари да су странке у оба спора идентичне и да је идентичан чињенични и правни основ“.<sup>17</sup> Не постоје јавно доступне одлуке на основу којих би се могло утврдити да ли је домаћа арбитражна пракса имала прилику да се непосредно изјасни о једном веома битном сегменту деловања правила *res judicata*, а то је да ли су овим дејством обухваћене само одлуке садржане у изреци, или су њиме обухваћени и правни и чињенични закључци дати у образложењу одлуке. Овај сегмент дефинисања граница деловања правила *res judicata* арбитражне одлуке је веома значајан за питање дефинисања субјективних граница одлуке. Наиме, уколико се дејство правила *res judicata* прошири и на правне и чињеничне закључке дате у образложењу одлуке, постаје посебно осетљиво питање да ли и под којим условима одлука може деловати и на лица која нису учествовала у поступку, јер би примена правила *res judicata* подразумевала да трећа лица, у поступку који би самостално покренула, не би имала право да поново расправљају о чињеничном или правном питању о којем је домаћи арбитражни суд заузео став у већ вођеном поступку. Ово спорно питање на директан начин није било предмет разматрања ни од стране домаћих аутора. Међутим, слична тема била је разматрана

---

14 Под појмом инострана арбитража у овом раду се сматра свака арбитража која није домаћа. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 32.

15 Вид. одлуке: Pan American Energy LLC, and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/13), доступно на адреси: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>, 10. 7. 2022; Pope & Talbot, Inc. v. Canada, NAFTA-UNCITRAL, Interim Award, доступно на адреси: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Pope-Canada-InterimAward-26June2000.pdf>, 10. 7. 2022.

16 Спор Т-9/07, Зборник арбитражне праксе Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије 1997 – 2016, Београд, 2017, 139.

17 Спор Т-15/11. *Ibidem.*, 239.

у међусобном односу одлука трговинских и инвестиционих арбитража, те је разматрано да ли и на који начин одлуке трговинских арбитража имају обавезујуће дејство у инвестиционим арбитражама. У овом случају дата је препорука да одлука трговинске арбитраже треба да представља препреку за одлучивање о тужбеном захтеву од стране арбитражног суда у инвестиционој арбитражи, уколико се тужилац у захтеву пред инвестиционим арбитражним судом само формално позива на повреду међународног уговора, а истиче по садржини идентичан захтев као у трговинској арбитражи.<sup>18</sup> Са друге стране, у случају када се тужбени захтев пред инвестиционом арбитражом правно не заснива на трговинском уговору, али је у вези са њим, о таквом захтеву може се одлучивати у инвестиционој арбитражи, с тим да је тада арбитражни суд обавезан правним и чињеничним закључцима арбитражног суда из трговинске арбитраже.<sup>19</sup> На основу наведеног стиче се утисак да је препорука да се дејство правила *res judicata* арбитражне одлуке прошири и на сегмент образложења одлуке на начин да се о истим правним и чињеничним питањима не може расправљати у два арбитражна поступка, без обзира на то да ли је одлука исказана у изреци или само у образложењу одлуке.

С обзиром на то да о овом питању не постоји директан одговор у домаћој арбитражној пракси и теорији, потребно је узети у обзир ставове иностране теорије и арбитражне праксе, како би се дошло до крајњег закључка.

За разлику од домаће литературе, у страниој литератури се чешће говори о правним дејствима арбитражне одлуке, при чему се фокус ставља управо на правно дејство материјалне коначности, тачније правило пресуђене ствари (*res judicata*).<sup>20</sup> Страна теорија сматра да је дефинисање правних дејстава арбитражне одлуке веома значајно за

18 Maja Stanivuković, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije: tematski zbornik. 2. knj. = A szerb és magyar jog harmonizációja az Európai Unió jogával: tematikus tanulmánykötet. 2. köt. = Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law: thematic collection of papers. Vol. 2, (ur. Ranko Keča), Novi Sad, 2014, 229.

19 *Ibid.*

20 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, 188. Stavros Brekoulakis, „The effect of an arbitral award and third parties in international arbitration: res judicata revisited“, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 16, 2005, 1; Nataliya Bocharova, „The Scope of the Arbitral Award Binding Effect (Interests of Third Parties in International Arbitration)“, *Russian Law Journal*, Vol. 5, Nr. 2/2017, 85; Renato Nazzini, „Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issues Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 66, 2018, 614.

арбитражу, јер оно утиче на формирање поверења странака да свој спор изместе од државног суда.<sup>21</sup> Као логичан закључак се намеће да правна дејства арбитражне одлуке минимално треба да буду једнака дејствима пресуде државног суда, а евентуално и шира, јер уколико би одлуке арбитражног суда имале мање дејство у односу на одлуке државног суда, постојало би и мање поверење у арбитражно решавање спорова. Међутим, иако је реч о веома значајном питању, арбитражна правила, национални закони, као ни Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, усвојена 10. јуна 1958. године у Њујорку на конференцији Уједињених нација не садрже изричито, већ препоручено уређење правних дејстава арбитражне одлуке,<sup>22</sup> а као такво се сматра управо правило из цитираног чл. 64 Закона о арбитражи. У том погледу тренутно постоји низ питања на која није дат јасан одговор, а то су: 1) да ли и у којој мери арбитражна одлука спречава да се води нови спор о истим питањима о којима је одлучивао арбитражни суд, те да ли се то односи само на правна питања или и одлуке о чињеницама, 2) да ли је дејством одлуке обухваћена само изрека, или и образложење, 3) у којој мери су државни или арбитражни суд у другом поступку обавезани одлуком, 4) да ли је правним дејством обухваћено и питање које је могло бити изнето пред арбитражни суд, али није, и 5) која лица су обавезана одлуком, да ли само странке или то могу бити и трећа лица, те се због одсуства директних одговора у арбитражним прописима на ова питања износи став да би требало аналогно применити правила о правним дејствима одлуке државног суда.<sup>23</sup> Међутим, иако се износи став да у околностима непостојања посебних арбитражних правила једина могућност јесте упућивање на општа правила парничног поступка, сматра се да општа правила материјалне правноснажности из парничног поступка нису у потпуности одговарајућа за арбитражу у контексту дефинисања граница правног дејства одлуке,<sup>24</sup> што се посебно испољава у односу на тему круга субјеката које одлука обавезује, о чему ће бити речи у оквиру наредног наслова. У овој материји постоји значајна разлика између англосаксонског и европско-континенталног правног система. У англосаксонским правима дејство материјалне правноснажности обухвата сва чињенична и правна питања о којима је у једном поступку заузет став од стране суда, без обзира на то да ли су део изреке или не.<sup>25</sup> Са друге стране, у европско-континенталним правима

---

21 S. Brekoulakis, 3.

22 *Ibid.*, 4.

23 *Ibid.*, 5.

24 N. Bocharova, 12.

25 S. Brekoulakis, 6.

дејством пресуђене ствари су обухваћене само одлуке садржане у изреци одлуке.<sup>26</sup> Имајући у виду наведено, пракса иностраних арбитража је прихватила англосаксонски концепт, односно да се правно дејство арбитражне одлуке у виду дејства пресуђене ствари односи на сва чињенична и правна питања која су се поставила пред арбитражним судом, а о којима је арбитражни суд изнео свој став, што је несумњиво шире дејство правила пресуђене ствари у односу на дејство материјалне правноснажности пресуде парничног суда у европско-континенталним правима којима припада и српско право. Додатно, у појединим правима, као што је, на пример, америчко, дејство одлуке арбитраже је и шире од тога, јер су правним дејством обухваћена и питања која су могла, али нису била изнета пред арбитражни суд,<sup>27</sup> што подразумева да се у неком другом поступку странке не могу позивати на нове чињенице и по том основу оспоравати правне ставове изражене у одлуци.

Имајући у виду све наведено, а посебно ставове домаће теорије и праксу иностраних арбитража, чијим стандардима треба да тежи и домаћа арбитража, може се рећи да дејство *res judicata* и домаће арбитражне одлуке треба да буде шире од истог дејства пресуде парничног суда, јер осим изреке, требало би да обухвата чињеничне и правне закључке дате у образложењу одлуке.

Отуда, како је дејство коначности арбитражне одлуке шире од дејства правноснажности пресуде парничног суда, питање круга лица која су правно обавезана одлуком посебно добија на значају.

### III Теоријска схватања о субјективним границама арбитражне одлуке

У старијој домаћој литератури износи се став да арбитражна одлука делује само према странкама, а такав став заузима и новија литература.<sup>28</sup> Додатно, у новијој литератури се износи став да арбитражна одлука, за разлику од судске одлуке, може имати дејство и на трећа лица, укључујући и интервенцијско дејство, само уколико су та трећа лица обавезана арбитражним споразумом.<sup>29</sup> Наведеним ставовима се може додати још један, који до сада није разматран, а то је да арбитражна

26 *Ibid.*, 6.

27 М. Moses, 188.

28 Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, 5. издање, Загреб, 1983, 507. Моника Милошевић, „Правноснажност као установа конфирмације правосудне делатности“, *Liber amicorum Гаши Кнежевић* (уредник Тибор Варади *et al.*), Београд, 2016, 527.

29 А. Јакшић, 714.

одлука може обавезивати трећа лица на једнак начин као и судска одлука, имајући у виду садржину чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи.

У циљу анализе одговора на питање да ли и који од наведених приступа треба прихватити најпре је потребно размотрити њихово конкретно значење, пре свега имајући у виду да дејство коначности домаће арбитражне одлуке треба да има шире дејство од дејства правноснажности пресуде.

Први приступ је веома једноставан и не захтева било какво тумачење. Образложење овог приступа се заснива на схватању да се правила о проширивању субјективних граница пресуде не примењују на арбитражну одлуку, јер трећим лицима у односу на арбитражну одлуку не само да није дата могућност расправљања, већ им није пружена могућност да утичу на избор арбитра, правила поступка, као ни меродавног права на основу кога ће бити донета одлука.<sup>30</sup> Полазећи од датог образложења, стиче се утисак да је централни аргумент за прихватање рестриктивних субјективних граница арбитражне одлуке постојање арбитражног споразума, који уколико га једно лице није потписало, нити је њиме обухваћено на други начин, онда такво лице не може бити обавезано ни било којом правном последицом која је резултат тог споразума, а посебно не арбитражном одлуком.

На овај начин се долази до исхода да се први приступ у основи подударан са приступом новије литературе, који се заснива на схватању да трећа лица могу бити обавезана дејством арбитражне одлуке само уколико их обавезује арбитражни споразум који је био основ надлежности арбитражног суда од стране кога је донета одлука. Међутим, код образлагања овог приступа изостало је одређење да ли то подразумева да, уколико је реч о трећим лицима која су обухваћена арбитражним споразумом, код дефинисања субјективних граница арбитражне одлуке (i) у целости се примењује одредба Закона о парничном поступку која регулише дејства пресуде и/или (ii) дејства арбитражне одлуке се проширују на трећа лица под једнаким условима под којима се на трећа лица проширује и арбитражни споразум. Ово одређење које је изостало је веома значајно, јер уколико се само узму у обзир правила о проширењу дејства арбитражног споразума, долази се до потенцијално прилично широког круга лица која могу бити обавезана дејством арбитражне одлуке. О проширењу субјективних граница арбитражног споразума било је доста расправе у литератури, како домаћој, тако и иностраној и реч је о једном веома значајном и сложеном питању за арбитражно право. Међутим, арбитражна правила и прописи ипак избегавају изричито регулисање ове области, те се тумачење субјективних граница

---

30 С. Трива, 507.

арбитражног споразума углавном препушта арбитражној пракси. У литератури се обично помиње да је пракса проширивања субјективних граница арбитражног споразума почела 80-их година XX века у случају *Dow Chemical*, у којем је као основ за проширивање дејства споразума формирана теорија групе компанија.<sup>31</sup> У наредним годинама формиране су и друге теорије које су у мањој или већој мери заступљене. Анализом свих формираних теорија о проширењу субјективног домаћаја арбитражног споразума, у литератури се указује да је потребно испуњење субјективног и објективног елемента како би трибунал закључио да има основа за проширење дејства арбитражног споразума и на непотписнике. Објективни услов подразумева да је реч о субјекту који је имао значајну улогу током преговора или у фази извршења уговора, док субјективни услов подразумева да је то лице било свесно постојања арбитражног споразума у уговору.<sup>32</sup> Када је реч о конкретним теоријама, поред теорије о групи компанија, која је данас углавном напуштена, осим у Француској, формиране су и теорија о пробоју правне личности, теорија заступања и теорија естопела.<sup>33</sup> Међутим, као најчешће се наводе прве две.<sup>34</sup> Циљ овог рада није нужно повезан са објашњењем поменутих теорија, те је довољно имати у виду да је реч о ситуацијама када се због економске реалности или потребе да се спрече злоупотребе дозвољава да се дејство арбитражног споразума прошири и на трећа лица (тзв. непотписнике). У том погледу, уколико би се проширивање правног дејства арбитражне одлуке посматрало на једнак начин, дошло би се до исхода да правна дејства одлуке потенцијално могу да се прошире на прилично широк круг лица.

Имајући у виду наведено, посебно је значајно размотрити трећи приступ, који би подразумевао да се примењују само правила о дејствима пресуде из Закона о парничном поступку. По овом питању Закон о парничном поступку у чл. 360 садржи одредбу која прописује следеће: (1) правноснажна пресуда делује само међу странкама, (2) правноснажна пресуда делује и према трећим лицима: (а) због природе спорног

31 Рајко Игњачевић, „Проширење арбитражног споразума на непотписника са освртом на две арбитражне одлуке“, *Liber amicorum Гаши Кнежевић* (уредник Тибор Вареди *et al.*), Београд, 2016, 267.

32 Vladimir Pavić, „Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction“, *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Varady* (eds. Tibor Varady *et al.*), Budimpešta, 2009, 2018–219.

33 *Ibid.*, 219–225. Г. Кнежевић, В. Павић, 59.

34 Поједини аутори наводе само ове две теорије. Вид. Мирјана Цукавац, „Дејство арбитражног споразума на трећа лица“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 310–316; Дејан Јанићијевић, „Проширење дејства арбитражног споразума“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 62/2012, 291–298.

права или правног односа, (б) због правног односа који постоји између странака и трећих лица или (ц) ако је то прописано законом.

Дакле, на основу цитираног члана Закона о парничном поступку уочава се да закон познаје три ситуације у којима се дејство правноснажне пресуде проширује и на трећа лица. Прва се односи на ситуацију када то налаже природа спорног права или правног односа. У овом случају реч је о томе да конститутивне пресуде (којима се формира, мења или престаје одређено право) по природи ствари делују према свима. Поједини аутори сматрају да такво дејство треба да имају и деклараторне пресуде.<sup>35</sup> Овде је реч о неправом дејству пресуде на трећа лица, јер се односи на неограничен круг трећих лица и условљено је врстом правне заштите која је захтевана, а не односом парничних странака и трећег лица.

Друга ситуација из чл. 360 ст. 2 Закона о парничним поступку представља право проширење дејства пресуде на трећа лица, јер подразумева да се дејство пресуде проширује на тачно одређена, или барем одредива трећа лица. У овом случају закон користи формулацију „природа спорног права или правног односа“ између странака у формалном смислу и трећег лица, те се поставља питање о ком кругу лица је заправо реч. У литератури се углавном износи став да је реч о универзалним и сингуларним сукцесорима.<sup>36</sup> Оно што је спорно јесте да ли овом кругу треба додати и потенцијалне јединствене супарничаре. Уколико је лице са овим својством учествовало у поступку (било у својству странке или умешача), тада нема дилеме и дејство пресуде обухвата јединственог супарничара по општим правилима.<sup>37</sup> Међутим, уколико то лице није учествовало у поступку, онда се поставља питање има ли основа да се дејства пресуде проширују. До овог исхода може доћи на два начина: први је да потенцијални јединствени супарничар није имао сазнања о поступку, а други је да га је нека од странака позвала да се прикључи у својству умешача, или да евентуално приступи парници у складу са чл. 205 Закона о парничном поступку,<sup>38</sup> али је треће лице то одбило. Ова категорија супарничарства је специфична, јер за вођење поступка није неопходно њихово учешће (није реч о нужним супарничарима),<sup>39</sup> док са друге стране, уколико се прикључе поступку, онда се у односу

---

35 С. Трива, 509–510.

36 А. Јакшић, 494; Н. Бодирога, 398.

37 ЗПП, чл. 219.

38 ЗПП, чл. 205 ст. 2: До закључења главне расправе може, под условима из става 1 овог члана, уз тужиоца да приступи нови тужилац или тужба може да буде проширена на новог туженог са његовим пристанком.

39 Упор. ЗПП, чл. 210 и чл. 211.

на њих мора донети иста пресуда као и у односу на друге јединствене супарничаре.<sup>40</sup> Став литературе је да су потенцијални јединствени супарничари обавезани правним дејством пресуде, без обзира на то да ли су учествовали у поступку и да ли су за исти знали,<sup>41</sup> међутим не даје се образложење за тај закључак. Свакако, имајући у виду одредбу чл. 360 Закона о парничном поступку која прописује да се дејства пресуде проширују и на трећа лица када то захтева природа спорног права или правног односа, јасно је да је услов за проширивање правних дејстава одлуке само материјално-правна повезаност трећег лица и једне од странака у поступку, те проширивање субјективних граница није додатно условљено претходним позивом за учешће у поступку.<sup>42</sup> Поред садржине чл. 360 Закона о парничном поступку, у прилог овом тумачењу говори и природа јединственог супарничарства, јер одлука против јединственог супарничара у другом спору по природи ствари не може бити другачија. Поред наведеног, Закон о парничном поступку изричито прописује да све радње које предузме један супарничар делују и према другим супарничарима,<sup>43</sup> те би се ширим тумачењем могло рећи да се ово правило односи и на вођење парничног поступка као целине, а не само у односу на поједине парничне радње.

На крају, када је реч о трећој ситуацији, односно када закон прописује да судска одлука има дејство на трећа лица, тада је јасно под којим околностима се проширују субјективне границе правноснажне судске одлуке, а то је када то закон изричито прописује.

С обзиром на то да ни један од горе наведених приступа није испитан у домаћој арбитражној пракси, пре заузимања коначног става о томе који приступ би требало прихватити, потребно је узети у обзир и схватања стране теорије, а како би се применом упоредно-правне методе научног истраживања евентуално добиле смернице на који начин треба тумачити чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи.

У страној литератури тема субјективних граница арбитражне одлуке се у основи посматра на другачији начин и аутори се углавном залажу за став да арбитражна одлука може имати ограничено дејство на трећа лица, које по садржини може да се поистовети са интервенцијским дејством пресуде. У основи овог става је теза да код дефинисања граница деловања арбитражне одлуке није адекватно применити правила

40 ЗПП, чл. 210.

41 М. Dika, 468; М. Милошевић, 533.

42 У литератури се истиче да јединствено супарничарство постоји или због природе правног односа (формулација из чл. 360 ЗПП) или када то закон прописује. Н. Бодирога, 120.

43 ЗПП, чл. 210.



парничног поступка, те на трећа лица проширити пун обим деловања правила пресуђене ствари, јер у парничном поступку трећа лица имају широк спектар могућности да се прикључе поступку који се води између других лица, као на пример, приступање парници или мешање без сагласности странака.<sup>44</sup> Уколико трећа лица пропусте ту могућност, онда морају носити последице у виду трпљења правних дејстава пресуде. Међутим, у арбитражном поступку трећа лица немају слободу да се прикључе поступку, већ њихово прикључивање углавном зависи од воље странака. Због наведеног, износи се став да арбитражна одлука може имати дејство на трећа лица само у ограниченом обиму. Ограничено правно дејство би се испољавало на начин да одлука не може непосредно обавезивати трећа лица, нити представљати процесну сметњу за вођење поступка пред државним или арбитражним судом.<sup>45</sup> Међутим, арбитражна одлука је обавезујућа за трећа лица само у погледу одлука трибунала о чињеничним и правним питањима.<sup>46</sup> Проширивање дејства одлуке не би требало да буде безусловно, већ искључиво уколико су испуњени следећи елементи: блиска правна веза странке и трећег лица (углавном посматрано кроз постојање уговорног односа), процесна фрагментација, односно цепање форума, јер су учесници уговорили различите арбитражне форуме, или неки од њих нису уговорили арбитражу, да је реч о „пуноважној“ арбитражној одлуци (одлука није предмет побијања или је захтев за поништај одбијен), претходно обавештење трећег лица о арбитражи и давање могућности да се придружи поступку, постојање другог поступка у којем су странке треће лице и једна од странака из посматраног арбитражног поступка, постојање дискреционог права другог форума да утврди које чињеничне и правне закључке узима из претходне одлуке и постојање права трећег лица да оспорава чињеничне и правне закључке у случају преварног поступања.<sup>47</sup> На крају, потребно је нагласити да је реч о препорученом проширивању дејства одлуке на трећа лица, јер се у литератури не цитирају одлуке које би подржале изнети став.

Полазећи од свега претходно наведеног, потребно је заузети став о томе који приступ је најприхватљивији и заснован на постојећем правном оквиру српског арбитражног права. Процес формирања закључка поново је потребно почети од садржине чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи. Без обзира на то што овај члан закона јасно прописује да домаћа арбитражна одлука има снагу правноснажне судске одлуке,

---

44 S. Brekoulakis, 15.

45 *Ibid.*, 21.

46 *Ibid.*, 22.

47 *Ibid.*, 23–24.

уочава се да се фокус ставља на једно дејство, а то је извршност одлуке. Отуда једно од тумачења може бити да се домашај чл. 64 Закона о арбитражи односи само на дејство извршности, те да не може представљати правни основ за аналогну примену и садржине других дејстава правноснажне пресуде парничног суда. У прилог овом тумачењу може говорити и околност да чл. 64 Закона о арбитражи не говори о сходној примени правила парничног поступка у материји садржине дејстава одлуке, па се отуда може поставити питање шта би био правни основ за сходну примену правила парничног поступка из чл. 360 Закона о парничном поступку и на кончану арбитражну одлуку. Међутим, признавање само дејства извршности арбитражне одлуке би свакако било умањење значаја арбитраже, јер дејство извршности не може наступити без дејства коначности. Отуда, у постојећем правном оквиру требало би да је неспорно да арбитражна одлука има својство материјалне коначности, како у односу на странке у поступку, тако и у односу на њихове универзалне и сингуларне сукцесоре. Овај закључак се може заснивати на одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу који прописује да коначна арбитражна одлука представља извршну исправу,<sup>48</sup> при чему извршни поступак сходно чл. 48 закона могу покренути и универзални и сингуларни сукцесори странака у формалном смислу и на које не гласи извршна исправа.<sup>49</sup> Признавање дејства извршности, без признавања дејства материјалне коначности не би било могуће, јер се не може правно-логички објаснити исход да, на пример, сингуларни сукцесор може слободно да покрене спор о истом праву као и његов правни претходник, а да при томе у односу на исто то право о којем је његов правни претходник водио поступак има могућност да покрене и извршни поступак, јер поседује коначну арбитражну одлуку. Због наведеног, у овом случају у циљу проширења дејстава арбитражне одлуке на лица изван круга странака у формалном смислу нема потребе за испитивањем посебног услова у виду тога да ли је реч о лицима која су обавезана арбитражним споразумом (која због настале правне сукцесије, свакако јесу).<sup>50</sup>

48 ЗИО, чл. 42.

49 ЗИО, чл. 48: Извршни поступак води се и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној или веродостојној исправи, ако јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло или пренето на њега, а ако такав доказ није могућ – ако прелаз или пренос потраживања докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.

50 ЗА у чл. 13 прописује да споразум о арбитражи остаје на снази и у случају уступања (цесије) уговора или потраживања, осим ако није друкчије уговорено; Споразум о арбитражи остаје на снази у случају суброгације, осим ако није друкчије уго-

Затим, дејство арбитражне одлуке на трећа лица такође не би требало да буде спорно када то захтева природа спорног права, јер у овом случају је, по правилу, реч о одлукама које делују према свима (конститутивне и деклараторне одлуке) и њима се не дира непосредно у правни положај трећег лица. Исти закључак се односи и на случај када закон изричито прописује да се судска одлука односи и на треће лице, јер би у складу са чл. 42 Закона о извршењу и обезбеђењу, као и чл. 64. Закона о арбитражи под овим појмом требало подразумевати и одлуку арбитражног суда.

На тај начин се долази до закључка да је најспорнији сегмент проширења субјективних граница арбитражне одлуке сегмент који се односи на потенцијалне јединствене супарничаре, или још прецизније речено, лица која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку, што је шири појам од потенцијалних јединствених супарничара. Закон о арбитражи, као ни арбитражна правила не садрже посебне одредбе о супарничарству, због чега чак и употреба термина „јединствени супарничари“ није утемељена у закону. Отуда је спорно којим аргументима би се образложило проширење дејстава одлуке и на лица која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку. У парничном поступку супарничарство може постојати само уколико су испуњени услови прописани процесним правом,<sup>51</sup> који како је наведено, у арбитражном поступку не постоје.

За почетак, чини се као неспорним да се у односу на ову категорију лица дејство арбитражне одлуке не може проширити уколико је реч о лицима која нису обавезана арбитражним споразумом. Просто, за ова лица арбитражни суд је правно непостојећи форум и било која одлука коју арбитражни суд донесе за ову категорију лица не може бити правно обавезујућа.

Уколико је, са друге стране, реч о лицима која могу бити обавезана арбитражним споразумом, тада би се могло разматрати проширење дејстава одлуке и на овај круг лица. Међутим, спорно је шта би представљао правни основ за такво проширење и као једина могућност намеће се чл. 64 Закона о арбитражи. Овде је битно напоменути да се говори о проширењу дејства материјалне коначности које подразумева

---

ворено; Одредбе ст. 1 и 2 овог члана примењују се и у другим случајевима преноса потраживања, осим ако није друкчије уговорено. Имајући у виду наведено, постављено је питање да ли је намера законодавца била да у чл. 13 успостави *numerus clausus* основа по којима субјективни домашај арбитражног споразума може обухватити шири круг лица од потписника, али је заузет став да то није случај, односно да одредба неспорно обухвата универзалне и сингуларне сукцесоре, али у зависности од околности и шири круг лица. У. Грушић, 93, 94.

51 ЗПП, чл. 205.

да би та трећа лица била спречена да у новом арбитражном поступку истакну захтеве за расправљање о питањима о којима је арбитражни суд већ изнео став услед наступања дејства правила о пресуђеној ствари. Због одсуства уређења арбитражних правила о дејствима арбитражне одлуке, а која су у сегменту правила пресуђене ствари, по свему судећи, шира од дејства пресуде парничног суда, чини се да би став да арбитражна одлука делује и према лицима која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку био превише широко тумачење одредбе чл. 64 Закона о арбитражи, посебно због чињенице да Закон о арбитражи, како је већ поменуто, не упућује на директну сходну примену правила Закона о парничном поступку у овом сегменту. Отуда би овим трећим лицима требало оставити слободу да самостално покрену нови арбитражни поступак.

Дакле, трећа лица која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку треба да имају право да покрену нови арбитражни поступак, те приговор пресуђене ствари који би био истакнут од супротне стране не би требало прихватити. Међутим, у овим околностима свакако остаје питање да ли и под којим условима трећа лица која су у материјално-правној вези са странкама из арбитражног поступка у којем је донета коначна одлука обавезују правни и чињенични закључци изнети у арбитражној одлуци. Наиме, уколико је овој категорији трећих лица већ дозвољено да покрену нови арбитражни поступак, ипак не би требало дозволити могућност да се у том новом поступку поново отвори расправа о чињеничним и правним питањима о којима је арбитражни суд већ изнео став, јер би се тиме створио ризик доношења различитих одлука и самим тим умањио кредибилитет арбитраже као начина решавања спорова. На пример, уколико постоји вишестраначки уговор и арбитражни суд је у једном поступку изнео став да је уговор раскинут, онда у другој арбитражи поводом неког другог захтева било које од уговорних страна, не би требало да се донесе другачији закључак. Због наведеног, оправдано је да се у односу на трећа лица која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку призна интервенцијско дејство одлуке, те да овај круг лица у новом поступку који лично покрену буде обавезан правним и чињеничним закључцима арбитражног суда. На овом месту потребно је указати на једно правно прецизирање. Признавање интервенцијског дејства одлуке у односу на трећа лица која су у блиској-материјално правној вези са странкама у поступку не представља вид проширивања субјективних граница одлуке. Проширивање субјективних граница одлуке постоји само у околностима када су одређена лица обухваћена дејством правила *res judicata*, по ком основу би била спречена да покрену нови арбитражни поступак. Код интервенцијског дејства одлуке, поменута категорија трећих лица има право да покрене нови арбитражни поступак, али због бли-

ске материјално-правне везе са странкама из претходног арбитражног поступка, арбитражни суд у новом арбитражном поступку је у обавези да поштује правне и чињеничне закључке које је заузео арбитражни суд у претходној арбитражи. Чак и уколико се посматра општа теорија грађанског процесног права, интервенцијско дејство пресуде и дејство правноснажности су два одвојена вида деловања пресуде која не треба мешати, јер имају другачију садржину. У парничном поступку интервенцијско дејство пресуде је резервисано за лица која су учествовала у поступку у својству умешача, имају статус позваног именованог претходника који није ступио у парницу или лица које је обавештено о парници.<sup>52</sup> Са друге стране, код предложеног приступа у односу на домаћу арбитражну одлуку, интервенцијско дејство би зависило само од чињенице да ли су та трећа лица у блиској материјално-правној вези са странкама из поступка, без обзира на то да ли су у њему учествовала или имала сазнања о његовом постојању. Свакако, уколико би се прихватило интервенцијско дејство арбитражне одлуке на трећа лица која нису учествовала у поступку, што би у постојећем нормативном оквиру могао бити само став арбитражне праксе, тада би било потребно успоставити и адекватан механизам заштите положаја трећих лица, о чему ће бити речи у оквиру следећег наслова.

#### **IV Заштита правног положаја лица обухваћених правним дејством арбитражне одлуке – доступност тужбе за поништај**

Уколико се прихвати став да трећа лица могу бити обавезана дејством арбитражне одлуке, у том случају је потребно успоставити и адекватне механизме заштите њиховог правног положаја. Облик заштите трећих лица зависи од претходно прихваћеног обима дејства арбитражне одлуке на трећа лица.

Уколико се прихвати режим интервенцијског дејства арбитражне одлуке на сва трећа лица која су материјално-правно повезана са странкама у поступку, као што је препоручено у страниј литератури, адекватна заштита се може остварити у складу са датом препоруком. Предуслов за проширивање дејстава одлуке је претходно обавештавање и то у почетној фази поступка и позивање за придруживање поступку. Уколико трећа лица не буду позвана да се придруже поступку, тада би имала право да у свом спору истакну приговор несавесног вођења спора.<sup>53</sup> У овом случају реч је о правилима која су *de lege ferenda*.

---

52 ЗПП, чл. 218, 220, 221.

53 Вид. ЗПП, чл. 218.

У односу на круг трећих лица за која се прихвати режим проширења дејстава одлуке у смислу да су обухваћена дејством правила пресуђене ствари (универзални и сингуларни сукцесори), те самим тим, спречена да о питањима о којима је разматрао арбитражни суд покрену нови арбитражни поступак, треба признати јачи механизам заштите, који најбоље може представљати право на подношење тужбе за поништај одлуке. У претходним излагањима дошло се до закључка да у српском арбитражном праву може да се нађе довољно аргумената за проширивање субјективних граница арбитражне одлуке у односу на правне сукцесоре странка. Међутим, када је реч о могућности да овај круг лица поднесе тужбу за поништај одлуке, ситуација није толико очигледна. Наиме, Закон о арбитражи у чл. 59 ст. 1 прописује да тужба за поништај арбитражне одлуке може да се поднесе у року од три месеца од дана када је тужилац примио арбитражну одлуку. У овом случају закон упућује на тужиоца из судског поступка за поништај одлуке. Имајући у виду да се рок за подношење тужбе за поништај директно везује за достављање арбитражне одлуке, која се неспорно доставља само странкама, може се извести закључак да Закон о арбитражи активну легитимацију за подношење тужбе даје само странкама у арбитражном поступку. Међутим, овакво језичко тумачење, за које је упитно да ли је била права намера законодавца, неће бити одговарајуће управо у ситуацији када би правна дејства арбитражне одлуке требало проширити и на трећа лица. У овом случају, реч је искључиво о пуном обиму проширивања дејстава одлуке, односно када је треће лице непосредно правно обавезано одлуком и када га одлука спречава да о истом захтеву покрене други поступак. Дакле, у првом реду ова одредба не би била одговарајућа у случају универзалних или сингуларних сукцесора странака у поступку, те би судска пракса морала да прихвати активну легитимацију за подношење тужбе за поништај и правним сукцесорима странака, уколико сукцесија наступи током трајања рока за подношење тужбе за поништај. У овом случају говори се о активној процесној легитимацији, односно праву на вођење спора.<sup>54</sup> Активна стварна легитимација би, по природи ствари, морала бити везана за чињенице које су постојале код правних претходника тужилаца. Свакако, у овој ситуацији једина могућност јесте да се рок за подношење тужбе рачуна од датума пријема одлуке од стране

54 За разлику од стварне легитимације чије постојање се оцењује тек доношењем пресуде, процесна легитимација као право на вођење поступка има потпуно другачију правну природу (исти закључак се односи и на пасивну процесну легитимацију). Наиме, стварна легитимација је део чињеничног стања на основу којег суд доноси мериторну одлуку, док са друге стране, процесна легитимација представља процесну претпоставку чије постојање суд треба да утврди на самом почетку поступка. Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право, Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку*, IV knjiga, Zagreb, 2008, 69–71.

странке у поступку, те да се време протекло код правног претходника урачунава у рок за подношење тужбе.

Са друге стране, управо разматрање могућности да трећа лица која су материјално-правно повезана са странкама имају право на подношење тужбе за поништај арбитражне одлуке потврђује претходно изнети став да ова лица не могу бити обавезана дејством пресуде. Наиме, надлежност суда код тужбе за поништај арбитражне одлуке је ограничена само на испитивање формалне законитости арбитражног поступка и суд нема овлашћења да преиспитује меритум одлуке.<sup>55</sup> Уколико би се трећем лицу које је у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку дало право на подношење тужбе за поништај, тада би се суду морао дати задатак да преиспитује правни однос између тог трећег лица и странака у арбитражном поступку, како би оценио да ли постоји активна легитимација за подношење тужбе. Овакав задатак суда би био супротан природи тужбе за поништај арбитражне одлуке, али и природи процесне легитимације која се не утврђује на основу чињеничног стања које је основ за мериторно одлучивање. Отуда, успостављање правног дејства арбитражне одлуке на трећа лица, која немају било какву могућност да заштите свој положај било би супротно праву на правично суђење. У парничном поступку треће лице које би спадало у круг лица из чл. 360 ст. 2 Закона о парничном поступку, уколико касно сазна за вођење поступка, може се прикључити поступку у било којој фази, барем у својству умешача, па чак и на начин да прва радња коју предузима буде изјављивање жалбе или ванредног правног лека. Оваква могућност није дозвољена у арбитражном праву. У погледу наведеног, потребно је указати на то да у упоредном праву постоје права која трећим лицима дају право да оспоравају арбитражну одлуку, при чему је таква могућност изричито прописана законом и углавном се упућује на услове под којима треће лице може побијати и одлуку парничног суда.<sup>56</sup> Такву могућност прописују италијанско и француско право управо у односу на домаћу арбитражну одлуку,<sup>57</sup> а поред тога прихватају и белгијска пракса Уставног суда (одлука од 16. фебруара 2017. године)

55 Г. Кнежевић, В. Павић, 165.

56 J. William Rowley (general editor), Emmanuel Gaillard, Gordon E Kaiser, Benjamin Siino (eds.), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, Global Arbitration Review, 2021, доступно на адреси: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/1st-edition>, 20. 7. 2022, 226; Milo Molfa, Ferdinando Emanuele, „Recent developments in the challenge of arbitral awards under Italian law“, доступно на адреси: <https://www.clearygotlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/other-pdfs/recent-developments-in-the-challenge-of-arbitral-awards-under-italian-law-2013.pdf>, 20. 7. 2022, 66; N. Vocharova, 89.

57 Члан 831 Закона о парничном поступку Италије прописује да одлука може да се побија од стране трећег лица у случајевима наведеним у чл. 404, који се односи

и руска судска пракса.<sup>58</sup> У француском и италијанском праву реч је о специфичном правном леку – опозиција трећег лица. Конкретно, у француском праву реч је о ванредном правном леку који подноси треће лице како би издејствовало да се пресуда укине или измени у мери у којој утиче на његов правни положај.<sup>59</sup> Приступ упоредног права је додатни основ за закључак да трећа лица, изван круга правних сукцесора, не би имала активну легитимацију за подношење тужбе за поништај. Прво, из разлога јер Закон о арбитражи не садржи одредбу која трећим лицима даје право на подношење тужбе за поништај одлуке или да на било који начин формално оспоравају арбитражну одлуку, као што је случај са страним законима. Друго, чак ни путем аналогije не би било могуће дозволити трећем лицу да оспорава одлуку под једнаким условима као у парничном поступку, јер како је наведено, таква могућност постоји само у односу на лица која могу имати статус умешача. Закон о арбитражи не регулише институт умешача, док домаћи правилници то чине на битно другачији начин од општих правила парничног поступка, јер за учешће умешача, осим правног интереса, потребан је и пристанак странака.<sup>60</sup> Отуда, давање права трећем лицу која нису добила дозволу за учешће у поступку да поднесу тужбу за поништај би било супротно природи арбитраже. Због наведених разлога на овај круг лица се не може непосредно односити арбитражна одлука. Са друге стране, уколико се у односу на овај круг лица прихвати интервенцијско дејство одлуке, онда уз формирање механизма заштите у виду услова да буду позвана да учествују у поступку, те уколико то не буде случај, треба им дозволити да у свом спору истакну приговор несавесног вођења спора.

## V Закључак

На основу свега наведеног може се констатовати да је тема субјективног домашаја домаће арбитражне одлуке у постојећем правном оквиру веома сложена. Међутим, иако је реч о веома значајној теми, до сада није била предмет детаљнијег интересовања домаће литературе. Полазна основа за дефинисање круга лица која могу бити обавезана

---

на одлуку суда. М. Molfa, 66. Француски Законик о грађанском поступку из 2007. године (*Code de procédure civile*), чл. 1501 који упућује на чл. 588 ст. 1.

58 N. Vocharova, 89, фн. 33; W. Rowley, 226.

59 Весна Ракић Водинелић, „Обична интервенција у парничном поступку – упоредноправни преглед и југословенско право“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2–3/1996, 134–135.

60 Правилник о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 101/2016, чл. 36. Правилник БАЦ (2014), чл. 30.



дејством арбитражне одлуке представља чл. 64 ст. 1 Закона о арбитражи који прописује да се арбитражна одлука по свом дејству изједначава са правноснажном судском одлуком и као таква непосредно извршава. Овај члан закона је полазна основа како у односу на давање одговора на питање која то све правна дејства може произвести арбитражна одлука, тако и у односу на питање који круг лица је обухваћен тим дејством. С обзиром на то да Закон о арбитражи директно упућује на дејства судске одлуке, језичко тумачење закона би подразумевало да би арбитражна одлука требало да производи дејство правноснажности, тачније коначности, извршности, чињенично, преображајно и конститутивно дејство. Од свих наведених дејстава једино дејство извршности не може бити упитно, имајући у виду садржину чл. 64 ст. 1. За питање круга лица која су обавезана одлуком од значаја је дејство коначности, које подразумева да арбитражна одлука има својство пресуђене ствари, те да се о истом предмету спора не може поново водити поступак, било пред арбитражним или државним судом. У том смислу поставља се питање да ли се ово дејство одлуке може проширити и на трећа лица која нису учествовала у поступку, на једнак начин као што је то могуће код пресуде парничног суда. Закон о парничном поступку у чл. 360 прописује да се дејства пресуде могу проширити и на трећа лица када то захтева природа спорног права, када је то прописано законом и када то захтева природа права или правног односа између странака и трећих лица. Прва два сегмента проширења дејства одлуке не би требало да буду спорна, јер се заснивају на својству арбитраже као признатог форума за решавање спорова и реч је о заправо неправом проширивању субјективних граница јер се односи на неодређени круг лица. У овом случају је заправо реч о томе да када арбитражни суд донесе преображајну одлуку о неком спорном праву, онда тај преображај делује тј. има дејство према свима. Исти је случај уколико арбитражни суд потврди постојање неког права или правног односа. У овом случају у неком другом поступку надлежни форум не може занемарити постојање арбитражне одлуке. Овде се говори о позитивном виду коначности одлуке. Такође, уколико закон прописује да у одређеним ситуацијама судска одлука делује и према трећем лицу, под тим појмом сходно чл. 42 Закона о извршењу и обезбеђењу треба подразумевати и арбитражну одлуку. На тај начин се долази до закључка да је у односу на арбитражну одлуку заправо споран само сегмент проширења дејстава одлуке на трећа лица која су материјално-правно повезана са странкама у поступку. Овде је реч о три групе лица, а то су универзални и сингуларни сукцесори странака и лица која су у таквој врсти материјално-правне повезаности са странкама у поступку да би у парничном поступку могла имати статус јединствених супарничара. У односу на прве две категорије лица требало

би да се призна непосредно дејство коначности арбитражне одлуке, јер овај круг лица по чл. 48 Закона о извршењу и обезбеђењу има право да покрене извршни поступак на основу домаће арбитражне одлуке. У том смислу, признавање дејства извршности арбитражне одлуке, без претходног признавања коначности у виду пресуђене ствари (негативно дејство коначности) не би било правно одрживо. Из истог разлога универзалним и сингуларним сукцесорима треба признати и активну легитимацију за подношење тужбе за поништај одлуке. У односу на лица која би се могла назвати потенцијалним јединственим супарничарима, али је заправо реч о свим лицима која су у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку (што је шира категорија од јединствених супарничара), околности су знатно другачије. Најпре, може бити речи о лицима која нису обавезана арбитражним споразумом, па самим тим не би било основа за њихово обавезивање правном последицом у виду дејства пресуђене ствари. Уколико је, ипак, реч о лицима која могу бити обавезана арбитражним споразумом, овај круг лица не би смео да буде обухваћен дејством арбитражне одлуке, јер она не могу на једнак начин као у парничном поступку да се придруже поступку. Тачније, уколико не постоји сагласност странака ова лица не могу да се прикључе поступку чак ни у својству умешача. У датим околностима било би потпуно правно неприхватљиво и супротно праву на правично суђење тумачење које би у круг субјеката обавезаних одлуком сврставао и ова трећа лица. Поред наведеног, на основу Закона о арбитражи овај круг лица не би имао активну процесну легитимацију за подношење тужбе за поништај. Дакле, како овој категорији лица није дата било каква могућност да утичу на арбитражни поступак, њихово обавезивање дејством пресуђене ствари не би било могуће. Дати закључак не подразумева залагање за потпуно одвајање статуса ових лица од арбитражног поступка. Због блиске материјално-правне везе са странкама у поступку требало би омогућити одређени вид деловања одлуке и на овај круг лица, који је шири од просте обавезе суда да у другом поступку узме у обзир постојећу арбитражну одлуку, а опет није обухватање ових лица дејством пресуђене ствари. Приступ упоредно-правне литературе по овом питању делује као добро решење и односи се на залагање да трећа лица у блиској материјално-правној вези са странкама у поступку буду обухваћена интервенцијским дејством арбитражне одлуке, иако нису учествовала у поступку, односно да буду обавезана чињеничним и правним закључцима из одлуке. Свакако, овај вид деловања арбитражне одлуке би требало дозволити само под условом да им је омогућено учешће у поступку, те уколико то не буде случај, дозволити им да у свом арбитражном поступку истакну приговор несавесног вођења спора.

### Коришћена литература

- Бодирога Никола, *Парнични поступак*, Београд, 2022. (Bodiroga Nikola, *Parnični postupak*, Beograd, 2022)
- Bocharova Nataliya, „The Scope of the Arbitral Award Binding Effect (Interests of Third Parties in International Arbitration)“, *Russian Law Journal*, Vol. 5, Nr. 2/2017.
- Brekoulakis Stavros, „The effect of an arbitral award and third parties in international arbitration: res judicata revisited“, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 16, 2005.
- Грушић Угљеша, „Субјективни домашај арбитражног споразума у српском праву“, *Ревија Којаоничке школе природној права*, бр. 2/2020. (Grušić Uglješa, „Subjektivni domašaj arbitražnog sporazuma u srpskom pravu“, *Revija Koraoničke škole prirodnog prava*, br. 2/2020)
- Dika Mihajlo, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Zagreb, 2008.
- Dika Mihajlo, *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba, IX knjiga*, Zagreb, 2013.
- Игњачевић Рајко, „Проширење арбитражног споразума на непотписника са освртом на две арбитражне одлуке“, *Liber amicorum Гашо Кнежевић* (уредник Тибор Варади *et al.*), Београд, 2016. (Ignjačević Rajko, „Proširenje arbitražnog sporazuma na nepotpisnika sa osvrtom na dve arbitražne odluke“, *Liber amicorum Gašo Knežević* (urednik Tibor Varadi *et al.*), Beograd, 2016)
- Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, 5. издање, Београд, 2010. (Jakšić Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, 5. izdanje, Beograd, 2010)
- Јанићијевић Дејан, „Проширење дејства арбитражног споразума“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 62/2012. (Janićijević Dejan, „Proširenje dejstva arbitražnog sporazuma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62/2012)
- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, 3. издање, Београд, 2007. (Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraža i ADR*, 3. izdanje, Beograd, 2007)
- Милошевић Моника, „Правноснажност као установа конфирмације правосудне делатности“, *Liber amicorum Гашо Кнежевић* (уредник Тибор Варади *et al.*), Београд, 2016. (Milošević Monika, „Pravnosnažnost kao ustanova konfirmacije pravosudne delatnosti“, *Liber amicorum Gašo Knežević* (urednik Tibor Varadi *et al.*), Beograd, 2016)
- Moses Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.

- Molfa Milo, Ferdinando Emanuele, Recent developments in the challenge of arbitral awards under Italian law, доступно на адреси: <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/other-pdfs/recent-developments-in-the-challenge-of-arbitral-awards-under-italian-law-2013.pdf>, 20. 7. 2022.
- Nazzini Renato, „Enforcement of International Arbitral Awards: Res Judicata, Issues Estoppel, and Abuse of Process in a Transnational Context“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 66, 2018.
- Познић Боровоје, Ракић Водинелић Весна, *Грађанско њроцесно њраво*, 17. издање, Београд, 2015. (Poznić Borivoje, Rakić Vodinelić Vesna, *Građansko procesno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2015)
- Ракић Водинелић Весна, „Обична интервенција у парничном поступку – упоредноправни преглед и југословенско право“, *Анали Правној факултета у Београду*, бр. 2–3/1996. (Rakić Vodinelić Vesna, „Обична intervencija u parničnom postupku – uporednopravni pregled i jugoslovensko pravo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2–3/1996)
- Pavić Vladimir, „Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction“, *Resolving International Conflicts – Liber Amicorum Tibor Varady* (eds. Tibor Varady, et al.), Budimpešta, 2009.
- Познић Боровоје, *Грађанско њроцесно њраво*, 9. издање, Београд, 1986. (Poznić Borivoje, *Građansko procesno pravo*, 9. izdanje, Beograd, 1986)
- Stanivuković Maja, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije: tematski zbornik. 2. knj.* = *A szerb és magyar jog harmonizációja az Európai Unió jogával: tematikus tanulmánykötet. 2. köt.* = *Harmonisation of Serbian und Hungarian law with the European Union law: thematic collection of papers. vol. 2* (urednik Ranko Keča), Novi Sad, 2014.
- Трива Синиша, *Грађанско њарнично њроцесно њраво*, 5. издање, Загреб, 1983. (Triva Siniša, *Građansko parnično procesno pravo*, 5. izdanje, Zagreb, 1983)
- Цукавац Мирјана, „Дејство арбитражног споразума на трећа лица“, *Право и њривреда*, бр. 4–6/2018. (Cukavac Mirjana, „Dejstvo arbitražnog sporazuma na treća lica“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- William Rowley J. (general editor), Emmanuel Gaillard, Gordon E Kaiser, Benjamin Siino (editors), *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, *Global Arbitration Review*, 2021, доступно на адреси: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/1st-edition>, 20. 7. 2022.

**Jovana VELIČKOVIĆ, PhD**  
**Attorney at law in Belgrade, Serbia**

## **SUBJECTIVE SCOPE OF DOMESTIC ARBITRAL AWARD**

### **Summary**

*Based on Article 64 par. 1 of the Arbitration Act, the domestic arbitration award can legally affect only the parties and their legal successors (singular and universal). In relation to third parties, the award can affect them only if the nature of the subject matter of the dispute requires it (effect erga omnes) or if it is expressly prescribed by law. However, in circumstances where there is a close material-legal relationship between the parties in the proceedings and third parties, who did not participate in the arbitration, and they can be bound by an arbitration agreement, it is recommended to recognize the intervention effect of the award. The intervention effect of the award should be recognized on the condition that the third parties were previously invited to participate in the arbitration proceedings, or if this was not the case, that they are, in the proceedings they initiate independently, granted the right to raise the objection of the negligent conducting of the previous arbitration proceedings.*

**Key words:** *Arbitral Award. – Finality. – Subjective Scope. – Third Party. – Intervention Effect.*

Датум пријема рада: 31. 7. 2022.

Датум исправке рада: 4. 9. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 10. 2022.

УДК: 347.965:339.727.24

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23108A

**Стеван ДИМИТРИЈЕВИЋ, LL.M.\***

Адвокат, Димитријевић и партнери, адвокатско ортачко друштво,  
Република Српска, БиХ, докторанд Универзитета у Београду –  
Правног факултета, Србија

## ЗНАЧАЈ РАЗВОЈА ДРЖАВНИХ КАПАЦИТЕТА ЗА СПРОВОЂЕЊЕ МЕДИЈАЦИЈЕ У ИНВЕСТИЦИОНИМ СПОРОВИМА

*„Обесхрабриће њарничење. Убедиће суседе да њосићину  
комѡромис кад ѡод је моѡуће. Објасниће им да је ѡобедник  
на ѡаѡиру, заѡраво ѡубићник у сѡварносѡи, имајући у виду  
све судске ѡрошкове и изѡубљено време.“*

Абрахам Линколн\*\*

### Сажетак

У конѡексѡу акѡуелне крићике сѡсѡема решавања инвестѡицио-  
них сѡорова („ИСДС“) све чешиће се ѡовори о моѡућносѡима ѡрибеѡавања  
медијацији као ефикаснијем одѡовору на барем неке изазове ИСДС-а.  
С обзиром на ѡо да инвестѡициони сѡорови имају ѡособну каракѡтери-  
сѡику која се оѡледа у улози државе као ѡужене сѡране, ѡприродно се  
намеће ѡићѡање развоја њених кайацићейѡа како би се омоѡућило и веће

\* Електронска адреса аутора: [stevan.dimitrijevic@dimitrijevicpartners.com](mailto:stevan.dimitrijevic@dimitrijevicpartners.com).

\*\* Цитирано према: Љубица Милутиновић, Милена Ђорђевић, „Медијација и арби-  
тража“, *Билѡен Врховноѡ касационоѡ суда*, бр. 2/2016, 5.

коришћење медијације. Медијација до сада није довољно раширена у овом домену међународне заштитне инвестиција, за разлику од успеха које је показала у развијеним економијама западне светла, па и земаља „азијских тигра“, које су културно врло усмерене на мирно решавање размирица. Чланак има за циљ да утврди да развој државних медијацијских може допринети ширем коришћењу медијације, и да прикаже у којим све то пољима јавноправни актери ове медијацијске треба да развијају.

**Кључне речи:** *Инвестициони спорови. – Медијација. – Развој државних медијацијских. – Државне институције.*

## I Увод

Евидентно је да се у последњих више од једне деценије показује појачано интересовање за алтернативе арбитражном начину решавања инвестиционих спорова, па тако и за медијацију. Ово се појављује као самостална тенденција, из разлога веће ефикасности мирног превазилажења конфликта (без трошкова времена и новца за парничење), али и као део шире слике критике инвестиционе арбитраже.

Баш зато, чланак има за циљ да представи један од аспеката који су кључни код омогућавања даљег развоја инвестиционе медијације, а то су способности, информисаност и обученост државног апарата, као и развој институција, који у целини чине основу структуре државних капацитета који се баве материјом инвестиционе политике.

Настанак Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција, односно „ИКСИД конвенција“) био је управо инспирисан искуством Светске банке у посредовању у решавању спорова инвестиционог карактера.<sup>1</sup> Данас је питање примене алтернативних начина решавања спорова („АДР“) у инвестиционим споровима посебно актуелно у контексту свих критика и полемике о кризи легитимитета оквира за решавање ове врсте конфликта између државе и инвеститора (тзв. *Investor-State Dispute Settlement*; у даљем тексту: ИСДС).<sup>2</sup>

---

1 Julia Jung, „Investor State Mediation – A Third Lane on the ISDS Highway?“, *ASA Bulletin*, Nr. 2/2022, 274.

2 Ова актуелност је додатно појачана чињеницом да се, како на светском нивоу, тако и у региону, бележи пораст броја инвестиционих спорова против држава. На пример, Босна и Херцеговина бележи укупно четири регистрована оваква случаја у последњих 15 година (почев од 2007. године), где је већина (практично три) регистрована у другој половини овог периода. Нису ретки случајеви где су државе ове спорове губиле и биле изложене вишемилионским плаћањима, у вези са чиме

## 1. Инвестициони спорови и криза легитимитета ИСДС

Инвестициони спорови су у дугом периоду били препуштени решавању искључиво у директним односима између државе пријема инвестиције и државе порекла страног улагача. Затим су страни улагачи кроз развој ИСДС-а стекли могућност да непосредно туже државе у вези са заштитом својих интереса пред међународном арбитражом.

У центру актуелних критика<sup>3</sup> лежи утисак да ИСДС не успева да уравнотежи два основна интереса који се сучељавају у области страних улагања. То су интереси приватне имовине и улагача, са једне стране, и јавни интерес исказан кроз вођење политике од стране демократски изабраних носилаца власти, са друге стране.<sup>4</sup> Баланс делује да је померен у корист инвеститора. Постојећи систем се из овог разлога није коначно развио као правичан и независан.<sup>5</sup> Свакако постоји све више поткрепљених аргумената да је савремени ИСДС систем скуп, да изискује доста времена, при чему је исход спора непредвидљив.<sup>6</sup>

---

је актуелан недавни случај управо против Босне и Херцеговине, где је у предмету *Viaduct et. al. v. Bosnia and Herzegovina* (ICSID Case No ARB/16/36) држави наложено плаћање преко 45 милиона евра. Примера ради, и Република Србија бележи укупно 14 регистрованих инвестиционих спорова у последњих 17 година (почев од 2005. године), при чему је практично половина свих њих регистрована у последњих пет година – што говори о извесној ескалацији ових случајева. Дато према подацима доступним на адреси са веб-сајта Конференције Уједињених нација о трговини и развоју („УНКТАД“), доступно на адреси: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/187/serbia>; <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/25/bosnia-and-herzegovina>, 20. 9. 2022.

3 Више о томе код Chin Leng Lim, Jean Ho, Martins Paporinskas, *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 483.

4 Peter Jan Kuijper, Ingolf Pernice, Steffen Hindelang, Michael Schwarz, Martin Reuling, „Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU’s International Investment Agreements“, *Volume 2 – Studies: Study on Investor State Dispute Settlement (‘ISDS’) and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Directorate-General for External Policies of the EU, 2014, 57.

5 European Commission, *Concept Paper, Investment in TTIP and Beyond – The Path for Reform; Enhancing the Right to Regulate and Moving from Current Ad Hoc Arbitration to an Investment Court*, 2015, доступно на адреси: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF), 17. 10. 2022, 1.

6 Александра Николић, „Медијација у инвестиционим споровима – предлози реформе међународног инвестиционог права и могуће лекције за Србију“, *Зборник радова Којаоничке школе природној људској слободан Перовић* (уредник Јелена С. Перовић Вујачић), Београд, 2020, 66.



## 2. Предложене алтернативе

У институционалном смислу центар дискусије о реформама ИСДС-а налази се у оквиру Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ). Тамо се овом темом бави Радна група III, почев од 2017. године.<sup>7</sup>

У оквиру Радне групе III води се дискусија на тему која је адекватна алтернатива досадашњем арбитражном начину решавања спорова.<sup>8</sup> У раду Радне групе III<sup>9</sup> истакнуто је да њена агенда не треба да буде ограничена само на критике и деконструкцију арбитражног система, већ треба да се бави и другим алтернативним начинима решавања спорова, па и медијацијом, као флексибилнијим методама.<sup>10</sup>

---

7 Више детаља о раду овог тела је доступно на адреси: [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state\\_19](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state_19). 10. 2022.

8 Предлози се крећу у распону од оних који пропагирају еволутивне промене – као што је увођење апелационог система, до оних – какав је предлог Европске уније – који предлажу праву револуцију у овом оквиру кроз установљавање сталног инвестиционог суда.

9 Овој теми се посебно посвећивао рад на сесијама почев од 34. до 39. – па је тако још 2017. године истакнуто да „постоји опште гледање да алтернативни начини решавања спорова, укључив медијацију, омбудсмана, консултације, концилијацију и друге мирне начине договора могу да служе да спрече ескалацију спора и могу да олакшају проблеме који се тичу трошкова и трајања арбитраже“. Цитирано према: Adrian Lai, Matthew Suen, „Background Paper for Session 1 – Overcoming Challenges to the Use of Mediation in ISDS“, Virtual Pre-Intersessional Meeting on the Use of Mediation in ISDS (UNCITRAL Working Group III), November 2020. Према истом извору, на сесији број 39, између осталог, постигнут је консензус по питању тога да медијација и друге АДП методе могу да буду промовисане и више коришћене; да разрађене процедуре као и правни оквир могу да допринесу решавању препрека које имају државни званичници код одлучивања да се поравнају и спровођења поравнања; као и – за овај рад посебно битно – да је развој државних капацитета и тренинг медијатора као и других доносилаца одлука тј. актера кључни услов (подвакао С.Д.) за шире коришћење медијације.

10 А. Никוליћ, 71; такође извештај који је припремила Радна група III, доступно на адреси: <https://undocs.org/en/A/CN.9/930/Rev.1>, 12. 10. 2022. У пракси Сједињених Америчких Држава („САД“) се показало да медијација има пуно успеха. У многим америчким државама донети су прописи о решавању спорова путем медијације, и сви они предвиђају највише професионалне и моралне стандарде понашања медијатора. Једна студија рађена у САД показује да се 78% случајева успешно решава путем медијације. Поред САД, велики је списак земаља које су увеле било опционо прибегавање медијацији код спорова, било као обавезну фазу у свакој парници (Белгија, Шпанија, Француска, Италија, Шведска, Енглеска, Велс, Немачка, Грчка, итд.). Наведено према: Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, 3; Невена Петрушић, „Спорови у правним односима и медијација“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1998–1999, 122–128; Моника Милошевић, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Службени гласник, Београд, 2014, 19–20.

## II Медијација у инвестиционим споровима

### 1. Тренутни статус

Иако делује као новитет и прави „алтернативни начин“ решавања спорова – медијација, односно концилијација лежи у самој основи ИКСИД конвенције и иначе режима посредовања код инвестиционих спорова који је примењивала Светска банка. Истина, ти договори су се еволуцијски најпре одвијали у односима између две државе, где је бележен успех у мирењима, концилијацијама, у чему је посебно била активна Светска банка педесетих и шездесетих година прошлог века.<sup>11</sup> Аутори ИКСИД конвенције били су уверења да ће стране потписнице по правилу оптирати за правила концилијације.<sup>12</sup>

Упркос томе, у историји примене ИКСИД конвенције показало се да невелики број спорова заврши у складу са правилима концилијације. Стање са јуном 2022. године је такво да ИКСИД бележи 856 арбитража и само 13 концилијација – што указује на то да је арбитража и даље преовлађујући облик решавања спорова.<sup>13</sup> Ипак, шира ИКСИД статистика даје податак да око 64% свих спорова у историји ИКСИД-а заврши одлуком арбитражног трибунала, док око 36% не дочека коначну одлуку трибунала и буду окончани на други начин (споразумом или другачије).<sup>14</sup> Извори Конференције Уједињених нација о трговини и развоју („УНКТАД“) говоре о сличној пропорцији – тамо се исказује да су инвестиционе арбитраже проистекле из међународних споразума решаване у 20% случајева поравнањем, а у додатних 10% случајева спорови су окончавани у сваком случају без коначне одлуке.<sup>15</sup>

Овај концепт, концепт договора, наизглед је занемарљивог значаја. Томе још више говори у прилог врло лош резултат примене обавезног периода „хлађења“ (*cooling-off*) у инвестиционим споровима. Ипак, када се погледа однос укупног броја предмета који заврше арбитражном одлуком и оних који се заврше на сваки други начин (прекину се, буду предмет договора и слично), евидентан је потенцијал да се спорови решавају без исцрпљујућег спорења.

11 J. Jung, 274.

12 „Треба узети у обзир да искуство Банке [Светске банке, прим. С.Д.], између осталог, указује на вредност концилијације која је мање формална и политички прихватљивија него арбитража“. Aron Broches, „Note by A. Broches, General Counsel, transmitted to the Executive Directors“, *Settlement of Disputes Between Governments and Private Parties, History of the ICSID Convention, Volume II-1*, 1968, reprinted 2006.

13 J. Jung, 274.

14 The ICSID Caseload-Statistics, Nr. 2/2022, 13.

15 J. Jung, 276.

Са становишта доприноса решавању инвестиционих спорова, АДР се може посматрати и као средство за генералну превенцију ескалације конфликта (тзв. *dispute prevention policies*),<sup>16</sup> али и као средство за њихово конкретно решавање када спор ескалира. Притом, многи се слажу да је *cooling-off* сам по себи недовољан да усмери стране у ефикасно решавање спорних односа путем договора – било због свог кратког трајања било зато што није довољно структуриран.<sup>17</sup>

У последњем периоду који траје више од једне деценије, евидентан је тренд израде многих меких правила, водича и слично који се баве АДР у инвестиционим споровима.<sup>18</sup> Ако гледамо овај временски оквир, у ужем смислу, још 2009. године Центар за ефикасно решавање спорова са седиштем у Лондону усваја *Consultation Document*, који препознаје значај спровођења преговора ради постизања споразума и поравнања у свим арбитражама (не само инвестиционим), и пружа савете како ефикасно поспешити до тада недовољно коришћене механизме АДР-а.<sup>19</sup> Даље, Међународна асоцијација адвокатских комора (*International Bar Association – ИБА*) доноси ИБА Правила за медијацију између инвеститора и држава још у октобру 2012. године.<sup>20</sup> ИКСИД 2015. године усваја Практичне савете за тужене у ИКСИД арбитражама, који у себи садржи одељак о превенцији спорова и иначе је намењен државама као

16 Спомиње се и као појам „*Dispute prevention and avoidance*“, односно скраћеница „*DPP*“; нав. према А. Joubin-Bret, J. Knörich, xxiv–xxv; Susan Franck, Anna Joubin-Bret (eds.), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, UNCTAD, New York – Geneva, 2011, xii; Anna Joubin-Bret, Jan Knörich, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD, New York – Geneva, 2010, xxiv–xxv.

17 А. Joubin-Bret, J. Knörich, xxv; J. Jung, 280.

18 И пре свега овога, многе институције имале су правила о концилијацији и иначе мирном решавању спорова, па тако и ИКСИД и Стални арбитражни суд у Хагу (ICSID Conciliation Rules, почев од верзије из 2006. године, доступно на адреси <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partE.htm>, 19. 10. 2022; верзија из 2022. године доступна на адреси [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Conciliation\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Conciliation_Rules.pdf), 19. 10. 2022; Permanent Court of Arbitration Optional Conciliation Rules, 1996, доступно на адреси: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Conciliation-Rules.pdf>, 13. 10. 2022; Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment, 2002, доступно на адреси: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-or-Natural-Resources.pdf>, 13. 10. 2022.

19 Centre for Effective Dispute Resolution – Commission on Settlement in International Arbitration, *Consultation Document*, 2009, доступно на адреси: <https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Documents-April-2021.pdf>, 13. 10. 2022.

20 *IBA Rules for Investor-State Mediation*, 4 October 2012, IBA, London, December 2012, доступно на адреси: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C>, 13. 10. 2022.

туженим странама.<sup>21</sup> Међународни институт за медијацију годину дана касније усваја Критеријуме компетентности за медијаторе у односима између инвеститора и држава. Овај документ се бави елементима знања и вештина које треба да поседују медијатори.<sup>22</sup>

Конечно, у оквиру секретаријата Енергетске повеље (*Energy Charter Secretariat*) израђују се два битна документа која треба да служе такође ради спровођења оквира за медијацију у споровима са државама. Тако се 2016. године усваја Водич за инвестициону медијацију, а 2018. године Модел инструмент за управљање инвестиционим споровима (о свему више у даљем тексту, у поглављу „IV Отклањање препрека“).<sup>23</sup>

ИКСИД је препознао тренд укључивања медијације у ИСДС, па је тако вођена јавна дискусија о новим правилима за медијацију у инвестиционим споровима, која је окончана усвајањем ИКСИД Правила за медијацију, која допуњују досадашња (са најновијим изменама) ИКСИД правила за арбитражно решавање спорова, а која су ступила на снагу 1. јула 2022. године.<sup>24</sup> И све већи број нових ИИА садржи одредбе које „дају више“ него што је само провизорни *cooling-off* период. Тако се примећује тренд увођења препоручене медијације, па чак и обавезне медијације као предуслова за покретање арбитраже.<sup>25</sup>

## 2. Разлика у односу на медијацију у комерцијалним споровима

Без претензије да се све разлике систематизују за сврху овог чланка, овде ће се истаћи само она најмаркантнија, а у вези са препознавањем

21 *ICSID Practice Notes for Respondents in ICSID Arbitration*, World Bank Group, 2015, доступно на адреси: <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/practice-notes>, 13. 10. 2022.

22 *International Mediation Institute (IMI) Competency Criteria for Investor-State Mediators*, доступно на адреси: <https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf>, 13. 10. 2022.

23 Energy Charter Treaty Conference, *Guide on Investment Mediation*, 19 July 2016, доступно на адреси: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>, 13. 10. 2022; Energy Charter Treaty Conference, *Model Instrument on Management of Investment Disputes*, 23 December 2018, доступно на адреси: [https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model\\_Instrument/Model\\_Instrument.pdf](https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Model_Instrument/Model_Instrument.pdf), 13. 10. 2022.

24 *ICSID Mediation Rules and Regulations*, доступно на адреси [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID\\_Mediation.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf), 19. 10. 2022.

25 Kun Fan, „Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey“, *Journal of Dispute Resolution*, Nr. 2/2020, 2020, 5–11; *ICSID Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation*, 2021, доступно на адреси: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview\\_Mediation\\_in\\_Treaties.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf), 19. 10. 2022, 2–6.

посебне улоге државе као суверена, и неизбежног актера једног инвестиционог подухвата. Она се, дакле, тиче управо специфичности актера инвестиционог спора. Најпре, ако сагледавамо дихотомију односа, у инвестиционом споровима се на супротстављеним странама налазе, са једне стране, актер приватног права, или у сваком случају привредни субјект, а са друге стране држава као суверен.

Поред овог „бинарног“ односа, указује се и на значајно шири круг актера чији интереси су испреплетени са елементима конкретног инвестиционог подухвата. То је шира пословна заједница, па тако и за послени, конкретна локална заједница где се одвија пословни подухват који на њу неминовно утиче, разне интересне групе које су окупљене око питања заштите животне средине, заштите људских права и друго; па и шире грађанство на које, кроз порески трошак, напослетку бива преломљен трошак изгубљене инвестиционе арбитраже. Инвестиционе арбитраже имају своје специфичне карактеристике управо из разлога постојања државе као суверена, са свим својим карактеристикама, које су саме по себи дивергентне – и као учесника, „друге стране“ код пословног подухвата, па и њене улоге као ентитета који спроводи економску и сваку другу политику на својој територији.

### **III Изазови развоја државних капацитета за спровођење медијације**

#### **1. Улога државе у решавању инвестиционог спора**

Развој капацитета се на уопштени начин дефинише као унапређивање способности и могућности да се произведе, изврши или постигне одређени резултат, односно као процес за развијање и ојачавање вештина, осећаја, способности, процеса и ресурса које су потребне организацијама да опстану и да се прилагоде свету који је у сталним и динамичним променама. Капацитет се сам по себи дефинише као потенцијал, могућност односно способност да се произведе, изврши или постигне одређени резултат.<sup>26</sup>

У светлу концепта државног капацитета, сви описи који су дати у претходном пасусу тичу се државних службеника односно државних институција које извршавају државну политику одређене земље односно поступају у њено име и у извршавању јавних овлашћења. Појам „развој

26 Доступно на адреси: <https://www.un.org/en/academic-impact/capacity-building>; такође у речнику доступном на адреси: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/capacity>; и у слободној (отвореној) енциклопедији, „Википедији“, доступно на адреси [https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity\\_building#cite\\_note-1](https://en.wikipedia.org/wiki/Capacity_building#cite_note-1), све 18. 10. 2022.

државних капацитета“ у овом раду односи се на описано разумевање овог појма.

Држава у вези са једним инвестиционим подухватом може имати начелно три основне улоге:

- Претходна улога – преговарање БИТ-ова и других ИИА, њихова израда; израда модела БИТ-ова; израда легислативе, вођење инвестиционе политике ради привлачења инвестиција; информисаност и према јавности и интерно унутар државне структуре; институционална припремљеност и структурираност за ове послове; рад на уговорима који се непосредно закључују са инвеститором;
- Превентивна улога (ради спречавања ескалације спора) – комуникација између органа, формирање централизованог органа; комуникација са инвеститором и управљање евентуалним преговорима; брзо реаговање на проблем, усклађено деловање више државних актера и евентуално усаглашено деловање и са другим актерима, као што су грађански покрети, грађанство у целини, и слично; обученост особља и државних службеника у најширем смислу; информисаност о постојећим БИТ-овима и ИИА, као и о преузетим обавезама према инвеститору;
- Реактивна улога (када спор наступи) – управљање спором, иста вишестрана комуникација, процена ризика, евалуација позиција; такође управљање евентуалним преговорима; буџетирање; извршење арбитражних и других одлука и споразума.

За адекватно функционисање у сваком од споменута три сегмента потребно је имати одговарајуће државне капацитете.<sup>27</sup> Из чињенице малог коришћења једног реално врло ефикасног средства за решавање спорова,<sup>28</sup> може се извести закључак да је извесно један од разлога и то што државни капацитети нису дорасли задатку који ИСДС поставља пред њих. Полазећи од претпоставке да се сваки ентитет понаша рационално у рационално установљеној структури, необично је да државни посленици чешће не прибегавају нечему што треба да уштеди новац који пуни буџет једне државе. Јасно је да државе које су развиле институције и правни оквир за управљање ИСДС-ом бележе већи број случајева у којима могу адекватно да одговоре на изазове АДР-а и да га коначно употребе у своју корист.

27 J. Jung, 298.

28 Упоредити споменуту популарност медијације у унутрашњем судовању у САД и непропорционално мали број случајева АДР-а у инвестиционим арбитражама.

## 2. Препреке на страни државе као актера инвестиционог односа

Држава није само „домаћин“ инвестиционог подухвата. Она је и актер јавног права, суверен, ентитет који спроводи политику на територији којом управља. Држава је понекад и уговорни партнер у подухвату. У сваком случају, и без обзира на то што њена улога има мешовити карактер, држава у главном и претежном делу својих обележја има знатно другачију и политички детерминисану структуру (у односима према свом грађанству, другим државама, инвеститору и друго), за разлику од инвеститора који су (претежно) приватни актери и подложни су другој динамици интереса (акционара, запослених и друго) – и који свакако немају јавноправни карактер. Првенствено су нам битне карактеристике медијације које су везане за препреке широј употреби овог начина решавања спорова због посебне улоге државе и њених специфичних обележја.

Споменуте препреке<sup>29</sup> се даље могу систематизовати на следећи начин:

- Препреке у вези са карактерима странака, односно њихових аката и поступања:<sup>30</sup> конкретно, код инвестиционих спорова оне су везане за јавну страну, државу, као пријемника инвестиције и некога ко води одређену политику и одговара грађанима; државне активности нису уобичајене комерцијалне активности, па је стога њена улога посебна. Аутори, додуше, не пропуштају да идентификују препреке и на страни инвеститора.<sup>31</sup> Код државе је посебно осетљиво што се питања тичу њеног сувереног поступања као вршиоца власти – при чему,

---

29 Catherine Kessedjian, Anne van Aaken, Runar Lie, Loukas Mistelis, *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16, 2020, 12–13.

30 Mark A. Clodfelter, *Why Aren't More Investor-State Treaty Disputes Settled Amicably, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 40.

31 Они се нерадо упуштају у поступак који је често неформалан, може да узме и време и новац, а да не допринесе никаквом резултату, који и када се успешно заврши може да има препреке у принудном извршењу; додатно, инвеститори могу да имају сличан отпор да кроз пристајање на медијацију потенцијално покажу „слабост“, где целокупан такав приступ не могу да оправдају пред својим акционарима; они могу да буду исцрпљени неуспесима који су напослетку и довели цео однос у фазу формализације спора и парницења. Нав. према Jack J. Coe, „Should Mediation of Investment Disputes Be Encouraged, and, If So, by Whom and How“, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2009* (ed. Arthur W. Rovine), Leiden – Boston, 2010, 348.

за разлику од унапред дате сагласности да се воде инвестиционе арбитраже – *arbitration without privity*, таква сагласност у већини случајева не постоји за медијацију;<sup>32</sup>

- Препреке у вези са правним оквиром: оне које се тичу недостатка одговарајуће правне регулативе, било на домаћем, било на међународном плану;<sup>33</sup>
- Препреке у вези са институционалном структуром:<sup>34</sup> овде се поново сусрећемо са посебним одликама државе, где њена структура, али не само њена форма (сложеност и специфични захтеви међусобне комуникације),<sup>35</sup> већ и обученост и информисаност државних службеника и различитих актера може значајно да спречи (недостатак) или допринесе (развоју) коришћењу алтернативних начина решавања спорова. И привредни субјекти имају специфичну структуру, али она не чини никакву посебну одлику за АДР код инвестиционих спорова. Држава, тј. њени представници ће ипак бити склонији да зазиру од политичке одговорности и радије ће одлуку препустити независној трећој страни, арбитражном трибуналу;<sup>36</sup>
- Препреке у вези са перцепцијом странака у спору: и ове препреке имају заједнички значај и за комерцијалне и за инвестиционе арбитраже, где немогућност процене позиција<sup>37</sup> спречава стране да прибегну договору у раним фазама спора, када је то често најефикасније. Посебан аспект овога, а и у вези са тачком три (изнад), тиче се немогућности овакве процене у делу где је она резултат комплексне државне структуре, недостатка капацитета или слично – а који би се посветили анализи и процени позиције у раним фазама спора. Немогућност процене позиција проистиче делом и из природе инвестиционих спорова, који су у великом делу своје историје развитка до скорашњих дана били поверљиви, и иначе су непредвидиви у исходу.<sup>38</sup>

Центар за међународно право Националног универзитета у Сингапуру сачинио је 2018. године једно специјализовано истраживање

32 Edna Sussman, „Investor-State Dispute Mediation: The Benefits and Obstacles“, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2009* (ed. Arthur W. Rovine), Leiden – Boston, 2010, 333.

33 A. Lai, M. Suen, 4.

34 *Ibid.*, 18.

35 E. Sussman, 334.

36 J. J. Coe, 348–349; A. Lai, M. Suen, 16.

37 M. A. Clodfelter, 40.

38 E. Sussman, 333.



на ову тему – анкету о препрекама за споразумно решавање спорова између држава и инвеститора.<sup>39</sup> Анкета је сачињена на узорку од 97 учесника којима су послата питања о 29 идентификованих препрека као и још неколико отворених питања. Добијени су одговори од 47 учесника – где су у питању особе за значајним релевантним искуством из ове области (адвокати, представници арбитражних институција и академске заједнице). Више од пола (64%) одговора дошло је од особа које имају искуство у саветовању и инвеститора и држава. Значајна већина, 70% учесника сматра да је држава страна код које постоји више отпора да се дође до поравнања.

Најзначајнија препрека која се у томе идентификује, по овом истраживању препознаје се у тежњи да се одговорност за доношење одлука пренесе на „трећу страну“. Овај фактор је рангиран као први и евидентно је лако приписив држави. Други, такође високо ранжирани фактори су: задршка због страха од јавне критике; страх од потенцијалне будуће истраге због корупције или због оптужења у јавности о томе; и страх од стварања прецедента за будуће држање државе и очекивања инвеститора.

Оне препреке које због природе овог рада посебно привлаче пажњу односе се на структуру државе, а посебно на постојање бројних доносилаца одлука и интересних група које су укључене. У овом контексту посебно је отежано постизање договора и усклађености у поступању јер постоје конфликтни интереси, различита гледања и приоритети код више доносилаца одлука и интересних група унутар државе. Затим, препознаје се да је тешко добити буџетско одобрење за поравнање за разлику од наметнутих обавеза да се плати сума из арбитражне одлуке. Коначно, време које је потребно да се усагласе различите адресе унутар државе може да буде на штету прилике да се поравна, јер погодан тренутак може да промакне.<sup>40</sup>

Констатује се и да мањем коришћењу медијације у инвестиционим споровима доприноси и специфична улога саветника и ширег

---

39 Seraphina Chew, Lucy Reed, J Christopher Thomas QC, *Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes*, Centre for International Law (CIL) National University of Singapore, Working Paper 18/01, September 2018.

40 Неке препреке нису карактеристичне само за инвестиционе арбитраже већ и за друге, али опет у њима препознајемо специфичну улогу државне стране. То је изложено медијима и медијском ризику да се попустљивост државе критикује, што изискује да се она у спорним односима држи мање флексибилно. Ако је у игри сензитивно политичко питање, тим ће се пре држава држати пасивно и избегавати дапусти. Коначно, нова власт може да се намерно не поравна са инвеститором, да би оптужила претходну за држање у односу на конкретан пословни подухват на њеној територији.

круга професионалних пружалаца услуга у овој области. Указује се на склоност да адвокати – и иначе шира професионална арбитражна заједница (арбитри, вештаци, итд.) – доприносе арбитражном начину решавања спорова из разлога комерцијалне природе,<sup>41</sup> што умањује прилике за краћи и јефтинији поступак какав је медијација. Постоји и недостатак мотивације, тј. инструмената који би мотивисали стране да постигну поравнање.<sup>42</sup> Ова тзв. „арбитражна индустрија“ (састоји се од адвоката, арбитра, вештака и других професионалаца, који остварују битан обим посла у овој области) карактерише се као инертна, и она по природи ствари има отпор променама у досадашњем систему која јој доноси конкретне пословне ангажмане.<sup>43</sup>

Занимљиво је истаћи и једно одвојено запажање у односу на превасходно уједначене ставове о томе да је вођење државне политике осетљива област и као таква није подобна за медијацију из напред наведених разлога, а првенствено због политичког притиска. Уочава се да није увек тако и наводи да држава, на пример, нема препреку да у другим политички осетљивим пољима у унутрашњем вођењу политике прибегава медијацији и преговорима, као што је то нпр. у области заштите животне средине која укључује бројне актере са различитим интересима, области управљања отпадом, па чак и у ситуацијама где се наводи да је јавна страна у Сједињеним Америчким Државама (САД) у појединачним случајевима прибегавала медијацији и у споровима са израженим питањима вођења политике и јавним интересом, као што су питања конкуренције.<sup>44</sup>

#### IV Отклањање препрека

Могу се идентификовати две основне групе интервенција које су пожељне како би се поспешила употреба медијације од стране држава.

Прва група је у области регулативе – међународне и локалне, тј. правног оквира у којем држава функционише. Овај аспект није предмет

41 М. А. Clodfelter, 40.

42 Иако постоје и друга стајалишта, па тако Jung наводи се да заправо постоје бројни иманентни подстицаји управо на страни државе да се постигне поравнање – нпр. промоција државе као атрактивне дестинације за улагања; рационално трошење новца пореских обвезника; уштеда државних (људских и материјалних) ресурса који би иначе били коришћени за управљање арбитражним поступком. J. Jung, 293.

43 М. А. Clodfelter, 40.

44 (без имена аутора) „Mediation of Investor-State Conflicts“, *Harvard Law Review*, Vol. 127, Nr. 8/2014, 2558. Овај извор наводи случај медијације у предмету кршења правила заштите слободне тржишне конкуренције поводом спајања компаније у области авио-превоза.

рада, али излаже се ради целовитости. Увиђа се да државе путем развоја легислативе која ће, на пример, одредити једно одговорно тело за поступање у вези са инвестиционим споровима, практично олакшава поступање доносиоцима одлука – који тада добијају оквир за рад и могу да делују у оквиру уређеног, а не произвољног система. Такав оквир може се наћи не само у локалним прописима, већ и у ИИА, БИТ-овима и другим међународним споразумима, који могу да садрже одредбе које регулишу не само уопштenu обавезу најаве спора и периода усаглашавања, „хлађења“ (*cooling-off*), већ и детаљне поступке за спровођење преговора и медијације.<sup>45</sup> Све то треба да обезбеди „мапу пута“ државним службеницима, конкретне стазе којима треба да се крећу када се сусретну са ИСДС случајем. Тако они неће бити остављени у правном вакууму, у сусрету са којим ће свака државна институција пре деловати пасивно него проактивно јер нема основ нити процедуру по којој треба да поступа.

Упечатљиво је да је чак и сложеним привредним субјектима каткад тешко да се унутар корпоративне структуре постигне адекватан и ефикасан консензус у поступању, где сложена хијерархија интереса власника, управљачке структуре и других актера усложњава процес договора који захтева брзо доношење одлука итд. Тим пре, унутар државног апарата, постоји склоност за избегавање одговорности и препуштање решавања проблема трећој независној страни, радије него што се праве прецеденти и излази у сусрет захтевима инвеститора који каткад задиру у саму слободу вођења државне политике у битним областима као што је енергетска сигурност, пореска политика, политика заштите животне средине и друго.

Тако долазимо до друге групе поступања, интервенција, које треба да пруже основ и инструменте државним актерима да поступају у процесима медијације. То је изградња државних капацитета у најширем смислу – почев од адекватне информисаности о постојању међународно преузетих обавеза, па надаље.

## 1. Структурални и организациони капацитет

Из изложених препрека у претходном одељку чланка, јасно је да је један од битних предуслова функционалног одговора државе у оквиру

---

45 У последње време све је више таквих, нпр. споразуми између Европске уније и Вијетнама из 2019. године и Европске уније и Сингапура из 2018. године; о свему (и различитим начинима увођења медијације и више или мање обавезних преговора у систем ИСДС-а) детаљније у ИКСИД Прегледу одредби инвестиционих споразума о медијацији (*Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation*), 2021, доступно на адреси: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview\\_Mediation\\_in\\_Treaties.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf), 19. 10. 2022.

ИСДС-а обезбеђење ефикасне државне структуре која може да институционално одговори захтевима припреме правног оквира и вођења политике страних инвестиција, као и захтевима превенције и управљања споровима.

На основу примера из Перуа, препознаје се значај веће централизације у одлучивању, ради првенствено ефикасности и координације у раду државног апарата који се сусреће са комплексним захтевима (мултиресорним, мултидисциплинарним и друго) једног инвестиционог пословног подухвата. Централизација се може извршити путем одређења већ постојећег државног тела (или групе њих), као носиоца главних задатака и одговорности у случају појављивања инвестиционог спора или у вези са његовом превенцијом, али и информисаношћу. Такође, у ту сврху може се алтернативно основати потпуно ново тело, како је то учињено управо у Перуу.

Перу се истиче као пример<sup>46</sup> државе која је адекватно развила своје институције и допринела коришћењу АДР-а за решавање инвестиционих спорова. Тамо је својевремено донет пропис којим се устројио систем обавештавања према централизованом државној агенцији о сваком уговору са инвеститором или ИИА који садржи одредбе о ИСДС начину решавања спорова. Сврха овога је била да се централизује списак таквих уговора и сачини каталог обавеза које је држава преузела. Затим, тај пропис предвиђа и систем брзе реакције који омогућава Перуу да се без одлагања информише о проблемима у вези са односима са страним инвеститором који могу да доведу до арбитраже. С обзиром на то да се и ово дешава кроз комуникацију путем централизоване државне агенције, и на овај начин се доприноси координисаном и ефикасном одговору. То коначно доприноси могућности да се поравнање постигне рано и да се на време уђе у преговоре тамо где је то могуће – што би без оваквог редоследа корака, централизоване базе обавеза и уговора и централизованог начина обавештавања било много теже или скоро немогуће. Иако је ово препознато као апсолутна предност и пример добре праксе, констатује се<sup>47</sup> да околност да се сакупљање информација и управљање спором не дешава унутар једне те исте агенције (и поред оснивања централизоване државне агенције која све то обједињује), представља уједно и ману овакве структуре. Ово јер координација између различитих органа, уместо овлашћења једном једином органу да чини апсолутно све, може да спречи брзо доношење одлука у фази преговора или може да доведе до тешкоћа код развоја фокусираног интерног капацитета за бављењем инвестиционим споровима у оквиру једне

46 A. Joubin-Bret, J. Knörich, 71.

47 *Ibid.*, 72.

централизоване агенције.<sup>48</sup> Сличним путем је кренула и Колумбија, која је почев од друге деценије XXI века почела да формира такође устројство за бављење инвестиционим споровима са једном специјализованом агенцијом на челу.<sup>49</sup>

У домену даље институционализације сугерише се и усвајање и примена одређених водила које ће уклонити страх службеника да се поравнају. Кроз овакву иновирану структуру (институционално али и кроз усвајање одређених правних аката) све би се ово одвијало на један јасан, прописан и предвидив начин, а државни службеници се осећали сигурно да се не упуштају у процесе који су произвољни и са компромитујућим легитимитетом због недостатка систематског приступа, већ се крећу по нормираном терену.<sup>50</sup>

Препоручује се и обезбеђење спољне правне и иначе експертске подршке како би доносиоци одлука били боље поткрепљени и спремнији да уђу у договоре са инвеститором уместо спора. И ово се може сматрати институционалним захтевом, јер без такве интервенције, најмање све док се ресурси не развију у самом државном апарату, није могуће донети ефикасну и одговорну одлуку. Истиче се управо значај благовремене правне оцене захтева инвеститора. Она треба да помогне – и апсолутно то може – државним институцијама да и боље и благовремено одговоре на захтеве инвеститора, те да у фази пред ескалацију спора адекватно процене позицију државе као потенцијалне тужене стране.<sup>51</sup> Очекује се да највећи број ситуација буду захтеви инвеститора у вези са којима није извесна процена исхода потенцијалног спора, па ће тиме више бити значајна добра оцена позиција страна ради доношења адекватне одлуке – да ли да се уопште уђе у медијацију и под којим условима. Развој капацитета сматра се посебно битним у овом делу – тако да се држава тј. њене институције оспособе за ову активност или да се – алтернативно или кумулативно – обезбеди одговарајуће и организовано учешће екстерних правних саветника.<sup>52</sup>

---

48 Такође истакнуто као успешан модел за превазилажење јаза између „софистицираних инвеститора и неприпремљених држава пријемница инвестиција“ вид. у Dany Khayat, „Bridging the Investment Claim Gap Between Sophisticated Investors and Unprepared Host States“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 63.

49 *Ibid.*, 77–82.

50 A. Lai, M. Suen, 49.

51 Celine Levesque, „Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to ‘Fitting the Forum to the Fuss’“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin– Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 77.

52 Посебно компликовано питање у појединим државама јесте питање јавних набавки правних услуга у овом домену, које по својој природи, и по новијим трендовима

## 2. Информисаност

Развој државних капацитета спомиње се и у контексту доброг и ажурног разумевања преузетих обавеза које држава има према инвеститорима, као и у контексту развоја способности код преговарања и формулисања одреди БИТ-ова и ИИА у најширем смислу.<sup>53</sup> На овај начин би додатно могло да се предупреди доношење прописа који би били супротни међународно преузетим обавезама и иначе поступање државних институција на начин којим би се кршила права инвеститора. Препознаје се и значај развоја институција које би допринеле ефикасном решавању тензија са инвеститором и спречавање ескалације спора.<sup>54</sup>

Адекватна информисаност треба да постоји и интерно (у државном апарату), али исто тако државни актери треба да се усмере у правцу ваљаног преноса информација према инвеститорима и целокупном грађанству – што је крајњи предуслов, битан део мозаика за стицање легитимитета за поступке медијације за које би држава требало да положи рачуне својим пореским обвезницима.

## 3. Тренинг и обука

Као недостатак унутар државне структуре идентификује се и немогућност, тј. изостанак капацитета да се од стране владиних правника (па и других стручњака) на адекватан начин одговори изазовима ИСДС-а, што упућује на још једно поље за значајно развијање државних капацитета.<sup>55</sup>

Посебан значај даје се управо континуираној правној едукацији,<sup>56</sup> без које, констатује се, државе губе на могућности да држе корак са најновијим трендовима у пракси инвестиционих трибунала и иначе актуелностима међународног и унутрашњег инвестиционог права и праксе.

---

у законодавствима земаља ЕУ, бивају изузете од општих тендерских правила (посебно битно јер у осетљивој професији какво је правно саветовање квантитет и цена нису једина мерила адекватности).

53 Celeste S. Owens, „Assessing the Current System – Systematic Issues“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 122.

54 *Ibid.*, 122–123.

55 Jacob Stoehr, Jenna Perkins, „Perspective of Stakeholders“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 118.

56 D. Khayat, 64–65.

#### 4. Комуникација, транспарентност и извештавање

Праксе у државама показују да постоји више система ефикасне размене информација. Принцип транспарентности наглашен је у последње време код ИСДС-а, и многе земље су прибегле јавном објављивању свих ИИА односно БИТ-ова и информација о ИКСИД случајевима путем веб страница, где такође пружају и јасна објашњења инвеститорима ради њихове лакше оријентације у институционалној структури државе (нпр. пружање детаља о конкретном органу или надлежној агенцији, итд.).<sup>57</sup> У пракси развоја ових капацитета постоје случајеви у којима је вршено систематизовано информисање и подучавање различитих нивоа власти, у различитим индустријама, а у суштини у оквиру свега тога вршене су обуке државних службеника како би могли да буду адекватно припремљени за управљање ИСДС случајевима у којима је укључена њихова земља.<sup>58</sup>

Закључује се да је и промена перцепције цивилног сектора битан сегмент развоја капацитета у најширем смислу, јер је потребно да се спречи страх од перцепције да је договор о спору унапред изгубљена позиција државе. И у том смислу треба спровести одговарајуће реформе и обуке тј. адекватну информисаност и промену свеукупне парадигме.<sup>59</sup>

#### 5. Промена парадигме и примењиви инструменти

Посебно се истиче концепт<sup>60</sup> у којем се првенствени циљ развоја државних капацитета види у томе да се обезбеде инструменти за актере потенцијалног спора који треба да обезбеде адекватан увид и процену у позиције које имају стране, као и способности да се у спорним ситуацијама може управљати конфликтом на адекватан начин. Тако се сугерише да је у том смислу нужно развити концепт по којем се са позиције „ја“ може прећи на позицију „ми“ и на тај начин доћи у ситуацију да се конфликт оцени на објективнији начин, узевши у обзир интересе свих укључених страна. Предлаже се, дакле, промена пређашње парадигме у којој су у фокусу спора били искључиво интереси инвеститора у другачији концепт у којем је циљ максимално могуће остварење заједничких интереса инвеститора и државе.

---

57 A. Joubin-Bret, J. Knörich, 71.

58 *Ibid.*

59 J. Jung, 298.

60 Marianna Hernandez Crespo, „From Paper to People: Building Conflict Resolution Capacity and Frameworks for Sustainable Implementation of IIAs to Increase Investor-State Satisfaction“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011, 55–72.

Крајњи циљ овога био би усвајање интересног концепта, у којем је крајњи циљ међусобних односа инвеститора и државе остварење и одржавање међусобне сарадње. Коначно, као конкретне полуге за спровођење наведеног, наводе се три стратешка инструмента:

- Први, установљавање комитета<sup>61</sup> за спровођење инвестиција, састављених од представника држава односно инвеститора, а који треба да допринесу доброј комуникацији, надзирању међусобног односа и консултацијама;
- Други, развој система решавања спорова у којем би се захтевало или барем препоручивало да се прибегне свим инструментима АДР-а пре него се спор изнесе пред арбитражу. У том смислу сугерише се систем „са више врата“, тј. равноправна расположивост различитих начина решавања спорова, па тако и медијације, који би се бирали зависно од контекста спора, интереса страна и подобности да се разлика споразумно реши;
- Трећи, који треба да обезбеди да се конфликтом управља пре него што он ескалира – и што треба уврстити у новоразвијени систем решавања спорова из претходне тачке. У овом контексту се као позитиван поново наводи пример Перуа.

## 6. Модели за будуће поступање

Модел инструмент за управљање инвестиционим споровима је документ који је донет од стране секретаријата Енергетске повеље (ближе описано у поглављу „II Медијација у инвестиционим споровима“) и пружа могућност да државе усвоје решења која он предлаже, и уведу у унутрашње законодавство. Овде се пропагира неколико корисних елемената које треба усвојити у изградњи државних институција и њених капацитета, што такође инспирише на размишљање да се сличан метод може применити ради усвајања модела БИТ-а, који би се користио за преговоре са свим заинтересованим државама. Овај инструмент, стога, сагледавамо из шире перспективе, као корисну грађу за размишљање о пожељном поступању и не само његовом нормирању већ и обезбеђењу капацитета за његово спровођење, и то наравно не само у енергетској области. У принципу, овде се пропагира следеће: установљење брзог реаговања и ефикасног управљања спором (кроз установљавање нпр. система раног узбуњивања, јасне поделе одговорности, прелиминарне оцене позиција страна); идентификација одговорне адресе у државном

61 Један од примера је *Investment Committee* у ИАА закљученом између Колумбије и Канаде, *Canada-Columbia Free Trade Agreement*, доступно на адреси: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/fta-ale/background-contexte.aspx?lang=eng>, 19. 10. 2022.



систему – било тако што ће то бити јавни орган који је преговарао или потписао уговор, или међуресорна комисија или евентуално надлежно министарство; често и рано комуницирање свих инволвираних актера; добијање раног експертског мишљења; обезбеђивање буџетског оквира – јер недостатак буџета може бити значајна препрека да се уопште започне са поступком медијације, што је потврдила и пракса;<sup>62</sup> балансирање супротстављених интереса за транспарентношћу и поверљивошћу; обезбедити подршку резултатима који би се постигли кроз медијацију и поравнања кроз експлицитно пропагирање АДР-а.

## V Закључак

Медијација до сада није ни издалека преузела примат као основ за решавање инвестиционих спорова, иако је била положена у сам темељ ИСДС-а као идеја водиља Светске банке. Тешко је очекивати да ће се то десити и у будућности.<sup>63</sup> Али није неосновано закључити да је заслужила знатно више пажње, посебно и у контексту најактуелније критике ИСДС система који се процес одвија у Радној групи III. У прилог томе, развој државних капацитета, као један од кључних аспеката за унапређење коришћења АДР-а,<sup>64</sup> може да пружи значајан подстицај да се начин на који ће се решити спорови олакша и за државе и за инвеститоре.

Медијација, као Успавана лепотица у бајци браће Грим, чека на пољубац принца. Да ли ће за то буђење бити довољан развој државних капацитета, или је за развој АДР система потребно и више, већ сада делује да је јасно. Апсолутно је нужно да се догоде промене на више поља (легислатива, рад са грађанским сектором и друго) од којих је једна од кључних – управо развој државних капацитета. Дакле, пољубац је потребан, можда више њих, али од једног је нужно кренути. Свака следећа промена, или пољубац у оба образа (институције и капацитети са једне стране, и правни оквир са друге стране) могу да доведу до дуго очекиваног буђења.<sup>65</sup>

---

62 *Ibid.*, 7; E. Sussman, 334.

63 J. Jung, 298.

64 У прилог актуелности ове теме говори и околност да се тренутно у оквиру *Regional Cooperation Council*-а (невладина организација региона Западног Балкана која је активна у бројним пројектима развоја капацитета) одвија процес снимања стања у региону у погледу начина на који су државе институционално опремљене да одговоре на ризике ескалације инвестиционих спорова, ради израде препорука за унапређење овог институционалног оквира. Више о томе доступно на адреси: <https://www.rcc.int/pages/143/common-regional-market>, 21. 10. 2022.

65 Ово поређење сликовито је и духовито зачео Лорд Нојбергер у говору који је одржао на конференцији посвећеној грађанској медијацији 2015. године, констатујући

### Коришћена литература

- Jan Kuijper Peter, Pernice Ingolf, Hindelang Steffen, Schwarz Michael, Reuling Martin, „Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU’s International Investment Agreements“, *Volume 2 – Studies: Study on Investor State Dispute Settlement (‘ISDS’) and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, Directorate-General for External Policies of the EU, 2014.
- Jung Julia, „Investor State Mediation – A Third Lane on the ISDS Highway?“, *ASA Bulletin*, Nr. 2/2022.
- Kessedjian Catherine, van Aaken Anne, Lie Runar, Mistelis Loukas, *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16, 2020.
- Khayat Dany, „Bridging the Investment Claim Gap Between Sophisticated Investors and Unprepared Host States“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011.
- Coe J., „Should Mediation of Investment Disputes Be Encouraged, and, If So, by Whom and How“, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2009* (ed. Arthur W. Rovine), Leiden – Boston, 2010.
- Knöric Jan h, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD, New York – Geneva, 2010.
- Lai Adrian, Suen Matthew, „Background Paper for Session 1 – Overcoming Challenges to the Use of Mediation in ISDS“, Virtual Pre-Intersessional Meeting on the Use of Mediation in ISDS (UNCITRAL Working Group III), November 2020.
- Leng Lim Chin, Ho Jean, Paparinskis Martins, *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- Levesque Celine, „Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to ‘Fitting the Forum to the Fuss’“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011.
- Милошевић Моника, *Алтернативно решавање спорова с посебним освртом на медијацију*, Службени гласник, Београд, 2014. (Milošević

---

да медијација има дубоке корене у историји, али да је своју „ренесансу“ доживела тек почев од 1997. године у Великој Британији. Ова слика је у овом раду даље оригинално развијена и употребљена за разраду слике пожељног успона медијације у ИСДС-у. Lord Neuberger, „Keynote Address: A View from on High – Civil Mediation Conference 2015“, нав. према: А. Lai, М. Suen, 6.

- Monika, *Alternativno rešavanje sporova s posebnim osvrtom na medijaciju*, Službeni glasnik, Beograd, 2014)
- Милутиновић Љубица, Ђорђевић Милена, „Медијација и арбитража“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 2/2016. (Milutinović Ljubica, Đorđević Milena, „Medijacija i arbitraža“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2/2016)
- Николић Александра, „Медијација у инвестиционим споровима – предлози реформе међународног инвестиционог права и могуће лекције за Србију“, *Зборник радова Којаоноичке школе природној права – Слободан Перовић* (уредник Јелена С. Перовић Вујачић), Београд, 2020. (Nikolić Aleksandra, „Medijacija u investicionim sporovima – predlozi reforme međunarodnog investicionog prava i moguće lekcije za Srbiju“, *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović* (urednik Jelena S. Perović Vujačić), Beograd, 2020)
- Петрушић Невена, „Спорови у правним односима и медијација“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, 1998–1999. (Petrušić Nevena, „Sporovi u pravnim odnosima i medijacija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1998–1999)
- Owens Celeste S., „Assessing the Current System – Systematic Issues“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011.
- Stoehr Jacob, Perkins Jenna, „Perspective of Stakeholders“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011.
- Sussman Edna, „Investor-State Dispute Mediation: The Benefits and Obstacles“, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2009* (ed. Arthur W. Rovine), Leiden – Boston, 2010.
- Fan Kun, „Mediation of Investor-State Disputes: A Treaty Survey“, *Journal of Dispute Resolution*, Nr. 2/2020, 2020.
- Franck Susan, Joubin-Bret Anna (eds.), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, UNCTAD, New York – Geneva, 2011.
- Hernandez Crespo Marianna, „From Paper to People: Building Conflict Resolution Capacity and Frameworks for Sustainable Implementation of IIAs to Increase Investor-State Satisfaction“, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II* (eds. Susan Franck, Anna Joubin-Bret), UNCTAD, New York – Geneva, 2011.

Chew Seraphina, Reed Lucy, Christopher Thomas QC J, *Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes*, Centre for International Law (CIL) National University of Singapore, Working Paper 18/01, September 2018.

**Stevan DIMITRIJEVIĆ, LL.M.**

**Attorney at Law, Dimitrijević & Partners, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina,**

**PhD Candidate at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia**

## **THE STATE INSTITUTIONS CAPACITY BUILDING AND ITS IMPORTANCE FOR THE PROMOTION OF THE MEDIATION IN INVESTMENT DISPUTES**

### **Summary**

*In the context of current criticisms of the investment dispute settlement system (“ISDS”), mediation is relevant two-fold – as an alternative way to resolve conflicts and as a response to at least some ISDS challenges. Given that the investment disputes have special characteristics that are reflected in the role of the state as defendant, it comes naturally that the question of developing its capacities to enable greater use of mediation arises. Mediation has so far not been sufficiently widespread in this domain of international investment protection, in contrast to the success it has shown in the developed economies of the western world, including the countries of the “Asian Tigers”, which are culturally inclined to peaceful resolution of disputes. This article aims to establish that the development of state capacities can contribute to wider use of mediation, and to present in which exact fields public law actors should develop these capacities.*

**Key words:** *Investment Disputes. – Mediation. – State Capacity Building. – State Institutions.*

Датум пријема рада: 21. 10. 2022.

Датум исправке рада: 3. 11. 2022.

Датум прихватања рада: 30. 11. 2022.

---

# СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

---

УДК: 336.717(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23109A

**Никола ШУРЈАНАЦ\***

студент Правног факултета Универзитета у Београду, Србија

## ТРОШКОВИ ОБРАДЕ КРЕДИТА У СВЕТЛУ ПРАВНИХ СТАВОВА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ\*\*

### Сажетак

*Раг је посвећен анализи актуелној правној проблему иноватности и начина уговарања уговорне одредбе о најлапши прошокова обраде кредити. Анализа се врши кроз прећед законске и подзаконске регулативе, посебно судске праксе, која је крунисана правним ставовима Врховној касационој суда чији су аргументи главни предмет ојсервације. Постоје два дијаметрално супротстављена става по овом питању: према првом није дозвољено уговарање ове одредбе, док према другом јесте. Аутор подржава схватање Врховној касационој суда, те заузима став о дозвољености уговарања клаузуле о најлапши прошокова обраде кредити, пре свега из разлоја начела слободе уговарања, посебних закона који указују на могућности уговарања ове одредбе, али и из разлоја логике функционисања привредној иржииши. Аутор ипакође разматра и утицај правних ставова Врховној касационој суда на правну сигурности у Републици Србији.*

---

\* Електронска адреса аутора: [nikolasurjanacc@gmail.com](mailto:nikolasurjanacc@gmail.com).

\*\* Награђени рад на конкурсу Фондације „Проф. др Мирко Васиљевић“ за 2022. годину.

**Кључне речи:** Трошкови обраде кредити. – Врховни касациони суд. – Судска пракса. – Ефективна каматна стопа. – Правна сигурност.

## I Увод у проблематику

Питање права банака на наплату трошкова обраде кредита од клијената са којима су закључивале уговоре о кредиту у протеклом периоду, у последњих неколико година у нашој земљи, попримило је димензије једног од горућих питања судске праксе, које је, у светлу сукоба неколиких друштвених, привредних и интересних групација, организација и субјеката, пропраћено и знатном медијском пажњом, значајно узбуркало нашу друштвену стварност и поларизовало јавно мњење. Да би се дошло до правно ваљаног одговора на ово питање, неопходна је свестрана и подробна анализа правне регулативе и судске праксе, као и кратак осврт на упоредно право. Прво треба одговорити на питање – да ли банке имају право на наплату трошкова обраде кредита – те ако утврдимо да имају, под којим условима, и на који начин их треба уговорити?

Ово питање се први пут званично поставило у српском правосуђу 2000. године када је Врховни суд Србије решењем утврдио ништавост одредбе о повећању каматне стопе са 15% на 18,5% на име трошкова обраде кредита са позивом на чл. 1065 Закона о облигационим односима.<sup>1</sup> Према сентенци ове одлуке банка нема право на накнаду трошкова које наплаћује у процентуалном износу од износа кредита, заједно са каматом, већ само на стварне трошкове.<sup>2</sup> Критика оваквог схватања биће изнета у току рада. Међутим, променом амбијента у раду банака (учвршћивање курса динара, престанак санкција, пад каматних стопа), мењају се и ставови судова по овом питању, те уговарање трошкова обраде постаје уобичајена пракса. Тако је већ 2006. Виши трговински суд донео пресуду у којој је утврдио да трошкови обраде нису противни принудним прописима.<sup>3</sup> Надаље су судске одлуке стајале на становишту дозвољености ове одредбе. Главна аргументација се заснивала на принципу аутономије воље те да непомињање трошкова обраде у ЗОО не значи аутоматску ништавост њиховог уговарања јер су странке

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

2 Решење Врховног суда Србије Прев. 295/99 од 19. јануара 2000.

3 Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 10482/2005 од 10. марта 2006.

слободне да их уговоре у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Привредни апелациони суд у пресуди од 25. септембра 2013. године такође иде у овом правцу, али додаје и следеће.<sup>4</sup> Видимо да се овде и економски оправдава уговарање додатних новчаних обавеза поред номиналне камате, јер она је само накнада за коришћење банкиног новца али не обухвата и друге трошкове пословања банке, те се они могу самостално уговорити и превалити на клијента. Овакав став је потврђен и у каснијим пресудама Привредног апелационог суда из 2015. (6 Пж. 4229/14) и 2017 (5 Пж. 637/17). Наравно, постоје и ставови да су у номиналну камату већ урачунати сви трошкови.<sup>5</sup> Међутим 2017. године, када је Виши суд у Сомбору у два предмета истог дана (15. марта) потврдио првостепене пресуде и утврдио ништавост одредбе о трошковима обраде кредита долази до заокрета и подељености судске праксе по овом питању те знатне правне несигурности. Суд уводи категорије интерних и екстерних трошкова банке те наглашава како интерни трошкови (где сврстава трошкове обраде) морају бити урачунати у камату, а не додатно наплаћивани. Своје ставове ВС у Сомбору поткрепљује и повредом начела савесности и поштења, једнаке вредности узајамних давања, одредбе ЗОО о одређености предмета обавезе, те чл. 1065 ЗОО о битним елементима уговора о кредиту.<sup>6</sup> О неуједначеном решавању овог проблема сведоче касније пресуде као што је пресуда Трећег основног суда у Београду (18 П бр. 3656/15), у којој је суд преузео схватање ВС у Сомбору, што је и потврдио Апелациони суд у Београду пресудом (Гж 5061/17 од 14. децембра 2017. године), док са друге стране имамо пресуду Вишег суда у Јагодини (Гж бр. 2106/17 од 5. децембра 2017. године) у којој се опредељује за начело аутономије воље и пуноважност одредбе о трошковима обраде. Последња, и најзанимљивија пресуда која следи првом правном ставу Врховног касационог суда (даље у тексту: ВКС), јесте пресуда Привредног суда у Нишу, будући да је ово питање достигло кулминацију, суд је овом питању поклатио велику пажњу те подарио обимну аргументацију. Суд је заузео становиште о пуноважности уговарања трошкова обраде што је поткрепио разним аргументима, између осталог, и позивањем на Закон о заштити

4 Другостепени суд не прихвата тезу жалиоца да банка приликом закључења уговора о кредиту са корисником искључиво има права да уговара уговорну камату као цену пласираних новчаних средстава. Ово стога што уговорна камата представља приход од пласмана, али њено уговарање не обухвата и обрачунате трошкове пословања, те се исти могу и самостално уговорити. Пресуда Привредног апелационог суда 8 Пж. 2603/2013 од 25. септембра 2013.

5 Стеван Шогоров, *Банкарско право*, 3. издање, Београд – Сремска Каменица, 2009, 107.

6 Пресуде Вишег суда у Сомбору Гж. 320/17 од 15. марта 2017. и Гж. непознат од 15. марта 2017.

корисника финансијских услуга (чл. 19)<sup>7</sup> и Закон о банкама (чл. 43)<sup>8</sup> из којих јасно произлази да банке имају право да наплаћују овакав вид накнаде.<sup>9</sup> Опет, чудно је зашто судови раније нису узели у обзир ова два закона којима се детаљније уређује пословање банака па тиме и уговор о кредиту, поготово судови опште надлежности који се баве потрошачким правом па често примењују ЗЗКФУ. Наравно, и привредни судови могу директно примењивати ЗЗКФУ онда кад је клијент банке предузетник, када закључује уговор о кредиту у вези са својом делатношћу, будући да се у складу са овим законом и он дефинише као корисник финансијске услуге који је слабија страна у односу на банку.

Све у свему, подељеност судске праксе и тиме изазвана правна несигурност неминовно су довеле до реакције Врховног касационог суда који има задатак да уједначи судску праксу и уклони њене противречности. Иако његови ставови немају својство формалног извора права, фактички ће његов став утицати на нижестепене судове да пресуђују у складу са њим. Поред ВКС-а важно је споменути и два акта Народне банке Србије (у даљем тексту: НБС), као централне банке која врши надзор над пословањем банака у Србији, која је донела Одлуку о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите<sup>10</sup> и Допис о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица.<sup>11</sup> У оба акта НБС се изјаснила да је уговарање трошкова обраде дозвољено, само што постоје извесне варијације у погледу начина њиховог уговарања – да ли може само у фиксном номиналном износу или може и у процентуалном износу од главнице? НБС је препоручила дописом банкама да трошкове обраде кредита обрачунавају у фиксном номиналном износу.<sup>12</sup>

---

7 Закон о заштити корисника финансијских услуга – ЗЗКФУ, *Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 139/14.

8 Закон о банкама – ЗОБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10 и 14/15.

9 Пресуда Привредног суда у Нишу 3 П 784/17 од 1. фебруара 2018.

10 Одлука о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите – Одлука, *Службени гласник РС*, бр. 57/06 од 1. октобра 2006. године.

11 Допис о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица, КГ бр. 2383/117, веза УНФИ-2718/3/17, од 5. јула 2017. године.

12 О предностима и манама ових начина уговарања вид. Борис Беговић, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, Београд, 2018, доступно на адреси: <http://www.clds.rs/newsite> [http://www.clds.rs/newsite/CLDS\\_radni\\_dokument\\_9.pdf](http://www.clds.rs/newsite/CLDS_radni_dokument_9.pdf), 10. 3. 2022.



## II Први правни став ВКС-а

Вратимо се сада на ВКС. У условима узбуркане јавности, доноси први правни став о питању пуноважности уговарања трошкова обраде кредита 22. маја 2018. године, те допуноу септембра 2021. године. Центар нашег интересовања биће управо ова два става. Према правном ставу од 22. маја 2018. године суд је закључио следеће: „Банка има право на наплату трошкова и накнада банкарских услуга, па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита није ништава под условом да је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита. Трошкови обраде кредита и пуштања кредита у течај, као и други трошкови које банка обрачунава кориснику приликом одобравања кредита или који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава кориснику у току реализације уговора о кредиту, могу бити исказани у процентуалном износу и наплаћују се само кроз обрачун ефективне каматне стопе“.<sup>13</sup>

Анализирајмо образложење овог става. Судови који су се заузимају за ништавост ове одредбе истицали су, пре свега, њену супротност са ЗОО где се дефинише уговор о кредиту. Погледајмо како гласи релевантан чл. ЗОО: „Уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором“.<sup>14</sup> Просто је невероватно да се и данас оглашавају правници који се позивају на овај члан као разлог ништавости уговарања трошкова обраде. Као прво, то што нису изричито наведени у закону не значи да су ништави јер управо су уговорне стране те које могу додатно уредити свој правни однос у складу са слободом уговарања, наравно, уколико те одредбе не пркосе законом предвиђеним ограничењима слободе уговарања. Принцип је да је дозвољено све што није изричито забрањено, а не обрнуто. Дакле, и изолованом анализом чл. 1065 можемо закључити да је неоправдано и правнички нелогично тврдити да су уговорне клаузуле о трошковима обраде ништаве јер нису изричито наведене у ЗОО, те извести закључак да банка има само право на камату као једину цену коју наплаћује кориснику за пружање услуге. Сада неко може рећи: „Па добро, али сваки дужник је дужан да сноси трошкове испуњења своје обавезе, стога банка мора сносити трошкове у циљу испуњења

---

13 Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 22. маја 2018.

14 ЗОО, чл. 1065.

своје обавезе, те их не може преваљивати на клијента.“ Овакав став је погрешан, јер правило које нам ово говори је диспозитивне природе, стога уговорници могу одредити и другачије, наравно, у предвиђеним оквирима. Ваља споменути и чл. 1066 ЗОО који гласи: „Уговором о кредиту утврђује се износ, као и услови давања, коришћења и враћања кредита“.<sup>15</sup> Видимо да је и сам ЗОО истакао да уговорници сами уређују услове давања кредита где се може подвести и одредба о „преваљивању“ трошкова обраде кредитног захтева са банке на клијента.

Штавише, уколико ово питање повежемо са другим законима, приметимо да нема ниједног који би их забрањивао, а од 2011. имамо Закон о заштити корисника финансијских услуга који их дозвољава. Наиме, овим законом имплементирана је директива ЕУ у области заштите потрошача, пре свега од нефер банкарских пракси, тачније Директива о уговорима о кредиту за потрошаче.<sup>16</sup> Закон је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику (4. јуна 2011). Невероватно је, као што смо раније споменули, да судови који су заступали становиште о ништавости нису узели у обзир одредбе овог закона. Наравно, овај закон није применљив на уговоре о кредиту закључене пре тренутка његовог ступања на снагу, али је недопустиво занемарити га у образложењима судова који су утврђивали ништавост трошкова обраде у уговорима закљученим након његовог ступања на снагу. Релевантна одредба у поменутом закону гласи: „Општи услови пословања обухватају и акте којима се утврђују накнаде и други трошкови које давалац финансијских услуга наплаћује корисницима (нпр. тарифа наплате)“.<sup>17</sup> Јасно нам је да је банка привредни субјект који се у свом пословању користи општим условима пословања, те у њима предвиђа разне накнаде које наплаћује од корисника. Важан нам је још један члан овог закона који гласи: „Уговор о кредиту садржи следеће обавезне елементе: врсту и висину свих накнада које падају на терет корисника кредита, уз одређење да ли су фиксне или променљиве, а ако су променљиве – периоде у којима ће их банка мењати, као и врсту и висину других трошкова (порези, накнаде надлежним органима и др.)“.<sup>18</sup> Дакле, како је закључио ВКС, утврђују се општим условима пословања банке и представљају обавезан елемент уговора о кредиту. Ваља напоменути да обавезни елементи нису исто што и битни. Уколико битан

15 ЗОО, чл. 1066.

16 Директива о уговорима о кредиту за потрошаче (*Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC*, OJ L 133, 22. 5. 2008).

17 ЗЗКФУ, чл. 9 ст. 3.

18 ЗЗКФУ, чл. 19 ст. 1 тач. 12.

елемент изостане, уговор неће ни настати, док изостанак обавезног елемента повлачи одговорност банке, али уговор настаје, наравно, ако обавезан елемент није уједно и битан. Дакле, банка ће чак и одговарати пред НБС ако не унесе у уговор одредбу о трошковима и накнадама, будући да је реч о обавезним елементима. ЗЗКФУ уводи и појам ефективне каматне стопе коју је банка дужна да обрачуна и означи у понуди и информише клијента у фази предуговорног обавештавања. Закон раздваја номиналну и ефективну каматну стопу коју дефинише као стопу којом се „исказују укупни трошкови кредита и других финансијских услуга које плаћа, односно прима корисник тих услуга, при чему су ти трошкови изражени као проценат укупног износа ових услуга на годишњем нивоу“.<sup>19</sup> Видимо да се у оквиру ефективне стопе обрачунавају и трошкови обраде што указује на њихову дозвољеност по слову закона. Наравно, ефективна камата није посебна камата коју плаћа корисник, већ је она пре свега обавеза банке, а клијент ће ефективну камату видети као номиналну камату и додатне уговорене новчане обавезе. „Другим речима, корисник кредита не дугује банци никакву ефективну камату, већ номиналну камату и разне друге уговорене накнаде“.<sup>20</sup> Може се помислити да се ЗЗКФУ примењује само на физичка лица као клијенте (потрошаче, предузетнике и пољопривреднике) те да све ове одредбе не важе за кредите које банка уговара са правним лицима (пре свега привредним друштвима). Овакве тврдње нису лишене икаквог смисла, али треба имати у виду да су привредна друштва професионалне организације које су економски јаче и информисаније од физичких лица те уколико се трошкови обраде ЗЗКФУ-ом предвиђају за физичка лица, није ли логично да ће тим пре постојати и за привредна друштва. Циљ ЗЗКФУ јесте заштита корисника финансијских услуга као економски слабије стране у уговорима са јачим уговорницима, као што су велике компаније које пружају финансијске услуге, те су им наметнуте додатне обавезе, пре свега у виду обавештавања и пружања благовременог увида у размере узајамних обавеза.

Следећи аргумент ВКС-а тиче се Закона о банкама. Овај правни акт, такође, предвиђа могућност наплате трошкова и других накнада банака од клијената, па тако предвиђа да банке примењују опште услове пословања на уговоре закључене са клијентом, а које је дужна да истакне на видном месту, и то најмање 15 дана пре њихове примене,<sup>21</sup> а у вези са чл. 43 који истиче да Народна банка Србије може прописати

19 ЗЗКФУ, чл. 2 ст. 1 тач. 21.

20 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021, 479.

21 ЗОБ, чл. 42.

јединствен начин обрачуна и објављивања трошкова, камата и накнада банкарских услуга, и то нарочито по основу депозитних и кредитних послова.<sup>22</sup> Дакле, видимо да ЗЗКФУ и Закон о банкама дозвољавају уговарање трошкова обраде кредита.

Код потрошачких кредита се поставља питање да ли су уговорне одредбе о наплати трошкова обраде неправичне сходно члановима 44 и 45 Закона о заштити потрошача,<sup>23</sup> које за исход имају несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача, те су ништаве. ВКС се кратко и јасно изјаснио како нису неправичне, а у наставку ћемо изнети разлоге за ову тврдњу. Према ЗЗП неправичне одредбе су оне које противно начелу савесности и поштења за последицу имају значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача. Дате су смернице на основу којих суд утврђује да ли је нека одредба неправична.<sup>24</sup> Даље се у закону наводе одредбе које су увек неправичне, те оне за које се обориво претпоставља да јесу.<sup>25</sup> Одредбе о трошковима обраде кредита се не могу подвести ни под један случај из закона, евентуално нам остаје да размотримо претходно наведене смернице и закључимо да ли су одредбе неправичне или не. Видимо да смернице стављају акценат на значајну несразмеру у правима и обавезама. Међутим, трошкови обраде износе врло мале проценте у односу на целокупан износ повучених кредитних средстава, по правилу у мањем су проценту од годишње каматне стопе, па је тешко рећи да је реч о значајној несразмери. Без обзира на малопре наведено, ипак би наплата трошкова обраде била неправична и противна начелу савесности и поштења уколико потрошач не би био обавештен и на време информисан о њој, али ако банка испуни своје обавезе из ЗЗКФУ, а које се тичу прецизног оглашавања својих услуга, истицања ефективне каматне стопе на транспарентан начин, извршење обавезе објављивања општих услова пословања на видном месту, предуговорног обавештавања клијента о условима коришћења банкарске услуге, те јасне и недвосмислене писане понуде пре закључења уговора, банка неће морати да брине о неправичности у смислу ЗЗП. Ваља споменути и то да је наш ЗЗП „усклађен са Уредбом Европске уније (Директива Савета 93/13/ЕЕС од 5. априла 1993. о неправичним одредбама у потрошачким уговорима)<sup>26</sup> и Директива 2011/83/ЕУ Европског парламента и Савета о правима

22 ЗОБ, чл. 43.

23 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 73/10.

24 ЗЗП, чл. 43.

25 ЗЗП, чл. 44 и чл. 45.

26 Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 95, 21. 4. 1993).

потрошача од 25. октобра 2011),<sup>27</sup> а да судови у земљама ЕУ нису нашли да је ова одредба супротна овим уредбама, такође упућује на закључак да одредба о накнади трошкова обраде кредита није неправична уговорна одредба у смислу члана 43. ЗЗП, па отуд није ништава по том основу“.<sup>28</sup>

Међутим, морамо нагласити да је овај став донет у време када су се пред ВКС-ом водили спорови о уговорима о кредиту који су закључени у периоду од 2007. године до 2010. године, стога се ЗЗКФУ који детаљно уређује ову област и олакшава анализу не може примењивати на ове уговоре будући да је ступио на снагу 2011. те се не може ретроактивно применити. Управо из овог разлога нас ВКС упућује на Одлуку НБС од 30. јуна 2006. године о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите, а која је на снагу ступила 1. октобра 2006. године. Овом одлуком предвиђа се јединствени начин обрачуна и објављивања камата пре свега, затим трошкова и осталих накнада за банкарске услуге, а то нарочито по основу кредитних и депозитних послова. Овде се предвиђају и врло важне одредбе о обавештавању клијената.<sup>29</sup> Јасно нам је да су све ове набројане накнаде обухваћене ефективном каматном стопом, као укупном ценом коју сноси клијент за банкарске услуге кредитирања. Већ је споменуто да је НБС овлашћена по основу Закона о банкама чл. 43 да врши ову делатност. Можемо одмах приметити да ова одлука уређује слична питања, наравно у мањем обиму, као и касније донети ЗЗКФУ. Иако је ово подзаконски правни акт, видимо да му ВКС придаје велики значај и тумачи

27 Директива о правима потрошача (*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance*, OJ L 304, 22. 11. 2011).

28 Милош Живковић, „О дозвољености уговорања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр 2/2018, 42.

29 Одлука предвиђа да понуда банке која се односи на депозите које банка прима, односно на кредите које одобрава треба да јасно и недвосмислено садржи следеће податке: податке који улазе у обрачун ефективне каматне стопе (номинална каматна стопа, износ накнада и трошкова које банка обрачунава клијенту у поступку полагања депозита, односно одобравања кредита, износ накнада и трошкова који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава клијенту у поступку реализације уговора о депозиту, односно кредиту) и податке који се не укључују у обрачун ефективне каматне стопе (као што су критеријуми за ревалоризацију и индексирање кредита, трошкови који нису познати на дан обрачуна, а могу настати у току реализације уговора о депозиту, односно кредиту, трошкови процене вредности непокретности код образовања хипотеке, премије осигурања, трошкови уписа у регистар код надлежног органа, трошкове кредитног бироа и др.). Вид. Одлука.

одредбу о трошковима обраде кредита у складу са њим, нарочито за уговоре закључене у споменутом периоду. Дакле, постоје четири врсте трошкова банкарког кредита: трошкови које банка обрачунава клијенту у поступку одобравања кредита, трошкови који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава клијенту у току реализације уговора о кредиту, трошкови који нису познати на дан обрачуна, а могу настати у току реализације уговора о кредиту и остали таксативно наведени трошкови. Прве две врсте трошкова улазе у обрачун ефективне каматне стопе. Пошто су трошкови обраде кредита трошкови који настају приликом одобравања кредита, закључујемо да морају бити инкорпорирани у обрачун ефективне каматне стопе и могу се наплатити само кроз њу. Дакле, да би банка пуноважно наплатила трошкове обраде кредита и пуштања кредита у течај, као и друге трошкове које обрачунава кориснику приликом одобравања кредита и остале трошкове који су познати на дан обрачуна, а које банка обрачунава у току реализације уговора, мора у понуди коју упути клијенту навести јасно и недвосмислено све те трошкове и наплатити их искључиво кроз обрачун ефективне каматне стопе. Посебно је питање дозвољености њиховог процентуалног уговарања. Овде ћу само напоменути став ВКС-а према којем је дозвољен овакав начин уговарања, по угледу на упоредноправну праксу (Црна Гора, Македонија, БиХ, Чешка...) где се врши процентуално одређивање трошкова у односу на главницу, с тим што се негде срећу и комбинације са фиксним износом.<sup>30</sup> Такође, суд наглашава да се и ефективна каматна стопа одређује процентуално, па зашто трошкови кредита који улазе у њен обрачун и сами не би били? Небитно је у ком облику су одређени, већ само то да ли је банка у понуди јасно навела који су то трошкови, како клијент не би био у незнању о којим трошковима је реч. Уколико банка жели да наплати и остале трошкове који не улазе у обрачун ефективне каматне стопе (таксативно наведени), мора их посебно уговорити и то у номиналном износу, по природи ствари, што се и чини попуњавањем обрасца 16 одредба 8) у колони Друге уплате/ трошкови у складу са Одлуком о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику.<sup>31</sup> Дакле, закључак је да је првим правним ставом ВКС стао на становиште да је уговарање трошкова обраде кредита дозвољено, што је неспорно и у потпуности оправдано, само се поставља питање начина њиховог уговарања, односно да ли су јасно и недвосмислено предочени клијенту кроз обрачун ефективне каматне стопе у понуди за закључење

30 Више о предностима и манама различитих облика уговарања: Б. Беговић, 11, 12.

31 Одлука о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику, *Службени гласник РС*, бр. 65/2011, тач. 15.

уговора. Ако јесу, банка их је пуноважно уговорила те има свако право на њихову наплату. Ако нису, дакле, ако је клијент у заблуди о којим трошковима је реч, банка неће имати право на њихову наплату, односно мораће да врати наплаћени износ и то са затезном каматом због неоснованог обogaћења, што је и био главни захтев тужилаца против банака.

### III Стање након првог правног става

Након првог става грађани су масовно почели да туже банке, не бисмо овде лицитирали, али реч је о тужбама у енормним бројевима (преко 100.000).<sup>32</sup> Кључно је питање како су судови пресуђивали након првог става? Да ли је повраћена правна сигурност, у смислу уједначеног пресуђивања у истим правним ситуацијама? На основу онога што нам је познато, судови су почели да пресуђују у корист клијената банака у већем проценту него у корист банака. Намеће се питање – како је то могуће будући да је највиша инстанца стала на становиште да је уговарање трошкова обраде дозвољено? Јасно је да су спорове добијали клијенти којима банке нису јасно и недвосмислено навеле у писаној понуди висину и обавезу плаћања трошкова обраде кредита, као и они којима је банка наплаћивала мимо ефективне каматне стопе, али шта је са оним клијентима којима је банка пре закључења уговора јасно предочила висину и врсту трошкова које наплаћује, и све то обрачунала у ефективној каматној стопи, где, дакле, клијенти знају колико ће их конкретан кредит коштати укупно, односно пристали су на такву понуду банке, као што свако слободно пристаје на цену било које услуге или робе на тржишту. Да ли они могу захтевати утврђење ништавости јасних одредби о трошковима обраде кредита на које су пристали? То би практично изгледало овако: неко лице може отићи у банку, упознати се са тарифом, добити податаке о висини и врсти трошкова које сноси, добити план отплате и све неопходне податке у понуди пре закључења уговора, пристати на то, на пример, на обавезу једнократне исплате своте од 30.000 РСД на име трошкова обраде кредита и онда одмах после тога поднети тужбу којом захтева утврђење ништавости те одредбе уговора и повраћај тих 30.000 РСД, јер му није јасно које ставке улазе у ту своту, односно није добио спецификацију и висину појединих трошкова у оквиру тих 30.000 дин. Клијенти су се управо и позивали на овај разлог, наводећи како изостанак структуре трошкова доводи до повреде начела савесности и поштења, аутономије воље, једнакости страна у облигационом односу и неодређености предмета уговорне обавезе.

---

32 Податак из правног става усвојеног на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 16. септембра 2021. године.

Штавише, овакав став је заузело и Грађанско одељење Апелационог суда у Београду (Билтен 10/2018). Чак су и нека већа ВКС-а у пет предмета одлучила о неопходности навођења структуре трошкова, о чему ће бити речи.

Суштинско питање у вези са првим ставом ВКС јесте шта треба сматрати под јасним и недвосмисленим подацима о трошковима кредита наведеним у понуди? Да ли је довољно навести само врсту и висину трошкова (нпр. 2% од главнице на име трошкова обраде или као у претходном примеру – у фиксном номиналном износу) или је, ипак, потребно да банке у понуди у сваком појединачном случају образлажу и наводе структуру трошкова? У крајњој линији, да ли банка има право на наплату само стварних трошкова? Управо је ова недоумица разлог за прецизирање првог става и доношење његове допуне.

Допуна првог правног става усвојена је на седници Грађанског одељења ВКС-а одржаној 16. септембра 2021. године. Зашто је овај правни став по речима многих изазвао толику правну несигурност, протесте адвоката и грађана, па и био један од главних разлога за доношење одлуке Адвокатске коморе Београда о обустави рада адвоката на територији града Београда, размотрићемо у наставку.

#### IV Допуна првог правног става ВКС-а

Први разлог за доношење допуне правног става јесте, као што смо навели, потреба за прецизирањем стандарда „јасно и недвосмислено“ како га судови не би различито тумачили, а други јесте потреба за дубљом анализом важећих прописа, пошто се први став превасходно односио на уговоре закључене од 2007. до 2010. године. Дакле, овим ставом суд је дао обимнију аргументацију, пре свега у вези са ЗЗКФУ и, као што ћемо видети, правио паралеле са правом ЕУ.

Допуна правног става о дозвољености уговарања трошкова обраде кредита садржи прва два пасуса идентична првом ставу, али онда ВКС додаје трећи пасус у којем се наводи: „Банка није дужна да посебно доказује структуру и висину трошкова који су обухваћени збирним износом трошкова кредита, наведеним у понуди коју је корисник кредита прихватио закључењем уговора о кредиту“.<sup>33</sup>

На почетку образложења суд наводи члан 1065 и 1066 ЗОО, како у њему није изричито наведено право банке на наплату трошкова, али

33 Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 16. септембра 2021. године, доступно на адреси: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/dopuna%20pravnog%20stava%20o%20dozvoljenosti%20ugovarnja%20tro%20C5%A1kova%20kredita.pdf>, 10. 3. 2022.



видели смо да ово не може бити аргумент у корист ништавости ове одредбе. Даље се наводи ЗОБ (чланови 42 и 43), у којем се указује на дозвољеност уговарања трошкова обраде кредита, што је већ анализирано у оквиру првог правног става. Суд такође наводи и већ поминућу одлуку НБС од 30. јуна 2006. године, те опет наглашава како се трошкови могу наплатити само кроз ефективну каматну стопу, а никако умањењем износа кредита приликом његове исплате кориснику. ВКС се у великој мери ослонио на ЗЗКФУ. Поред аргумената које је дао у вези са њим у првом ставу, наводи и друге одредбе како би поткрепио свој став. Ту спада, пре свега, члан 19 у којем се наводе обавезни елементи уговора о кредиту, међу којима је и врста и висина свих накнада које падају на терет корисника кредита у ставу 12. Иако смо овај члан раније навели, овде добија посебно значење, односно показује нам како уговорити трошкове обраде. Довољна је само врста и висина трошкова по слову овог члана.<sup>34</sup> Надаље се у закону прецизира форма понуде, те њена садржина где се каже како она мора бити исписана на обрасцу, на папиру или другом трајном носачу података<sup>35</sup> и садржати, између осталог, ефективну каматну стопу и укупан износ који корисник треба да плати, односно који треба да му се исплати, а приказан је на репрезентативном примеру у коме су назначени сви елементи на основу којих је тај износ обрачунат, те врсту и висину свих накнада и других трошкова који падају на терет корисника кредита, уз одређење да ли су фиксни или променљиви, а ако су променљиви – периоде у којима ће се мењати и начин измене.<sup>36</sup> Читајући ове одредбе, закључујемо да је висина и врста трошкова довољна како би клијент сазнао колика би му била укупна обавеза те на основу тога одлучио да ли је његова куповна моћ довољна за тако нешто или не, те се обратио другој банци и трагао за бољом понудом где ће можда ефективна каматна стопа бити нижа или се трошкови обраде можда и неће наплаћивати. Све док банка транспарентно истиче укупну цену коју ће клијент сносити за кредитну услугу, по ставу суда и слову ЗЗКФУ клијент се не може бунити и захтевати повраћај плаћених новчаних обавеза. ЗЗКФУ не захтева образлагање структуре трошкова као што можемо видети.

Уосталом, тако функционише тржишна привреда: сваки понуђач нуди своју робу и услуге по одређеној цени, било у складу са тарифом или је индивидуално уговара. Када купујемо неки производ, на пример бицикл, продавац није дужан да нам образлаже које трошкове је имао приликом конструкције бицикла (плаћање радника, потрошња струје,

34 ЗЗКФУ, чл. 17 ст. 1.

35 ЗЗКФУ, чл. 17 ст. 4.

36 ЗЗКФУ, чл. 17 ст. 4 тач. 8 и 10.

опреме...). Он приликом одређивања цене настоји да узме у обзир све трошкове које је имао како би их „покрио“ и остварио профит. Уколико одреди превисоку цену, казниће га тржиште, односно опашће тражња за његовим производом. Дакле, ако ми као потрошачи једном пристајемо и закључимо уговор са њим и купимо бицикл, не можемо касније тражити поништај уговора и повраћај цене са позивом на то да нам није образложио цену, односно да сматрамо како постоји несразмера између цене и стварних трошкова које је имао те да је повредио начело савесности и поштења, еквиваленцију узајамних давања или правило о одређености уговорне обавезе јер није навео све ставке и трошкове у цени, односно није их доказао.

ВКС наводи један подзаконски акт којим додатно учвршћује свој став, а то је Одлука НБС о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику, а који је већ поменут у првом ставу. Наиме, овом одлуком је предвиђена садржина обрасца понуде који се уручује кориснику кредита.<sup>37</sup> Видимо да НБС одлуком захтева навођење износа које сноси корисник, а нигде не захтева навођење структуре и спецификације трошкова као услова да би се корисник са њима упознао на јасан и недвосмислен начин, нити њихово доказивање.

Да бисмо комплетно анализирали питање пуноважности одредбе о трошковима обраде кредита, потребно је у разматрање узети и основна начела облигационог права поред анализе позитивноправних прописа у области банкарства. Кренимо од начела једнаке вредности узајамних давања. У закону се наводи како је прописано у којим случајевима повреда овог начела изазива правне последице,<sup>38</sup> односно не може се повреда овог начела узети сама по себи као основ ништавости већ само уколико су остварени услови за примену неких института у закону (прекомерно оштећење или зеленашки уговор) који се активирају у случају повреде овог начела. Уосталом, да би се радило о повреди овог начела меродавна нам је укупна цена кредита, односно ефективна каматна стопа, а не само поједине ставке у уговору. Мора постојати очигледна несразмера

37 У колони „Друге отплате/трошкови“ уноси се износи које корисник кредита плаћа поводом коришћења кредита, као што су: трошкови обраде захтева, трошкови пуштања кредита у течај, годишња провизија на име накнаде за администрирање кредита, накнаде за неискоришћени део оквирног кредита, износ премија осигурања ако је осигурање услов за коришћење кредита као што је осигурање стамбених кредита код НКОСК, трошкови отварања и вођења рачуна ако је он услов за коришћење кредита, други трошкови у вези са споредним услугама које су услов за коришћење кредита, а које сноси корисник (нпр. трошкови издавања извода из регистра непокретности, трошкови процене вредности непокретности и покретних ствари, трошкови увида у базу података о задужености корисника итд.).

38 ЗОО, чл. 15 ст. 2.

између вредности које клијент пружа и које добија, дакле, да ефективна каматна стопа буде знатно изнад тржишне уз испуњење додатних услова. „Према томе, ирелевантна је структура цене коју плаћа корисник кредита, битно је само да ли је она сразмерна користи коју остварује од давања друге стране“.<sup>39</sup>

Погледајмо услове за зеленашки уговор. Дакле, ако би банка, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем клијента, недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговорила за себе корист која је несразмерна ономе што је она дала.<sup>40</sup> Прво, у случајевима спорења клијената са банкама у вези са трошковима обраде кредита није дошло до поништења због овог разлога, уопште у пракси врло је тешко замислимо да дође до зеленашења од стране банака те примене овог института. Банке су професионалци у платном промету, под будним су оком Народне банке, уговарање оваквих очигледно неправичних одредби би умногоме укаљало углед банке, те би је клијенти избегавали, опала би тражња за њеним услугама. Банке можемо слободно рећи „живе“ од својих клијената, па каква је логика вршити овакву праксу? Када погледамо остале услове такође је нелогично применити овај институт, на пример како то банка да искористи нечије лоше материјално стање како би уговорила несразмерну корист? Један од услова за добијање кредита јесте добар кредитни рејтинг, што свакако нема неко ко је у лошем материјалном стању. Која је сврха давати некоме кредит за који је крајње упитно да ли ће вратити? Да не бисмо даље залазили у овај институт, требало би само да истакнемо да он није подобан за примену у банкарском пословању већ је примарно формулисан за физичка лица која дају зајмове са несразмерно великим каматама (такозвани „зеленаши“).

Ваљало би на овом месту размотрити институт прекомерног оштећења. Ако би банка уговорила ефективну каматну стопу која је је очигледно несразмерна, односно знатно виша од тржишне, а клијент за тржишну није знао нити морао знати, можемо применити овај институт.<sup>41</sup> Тешко је замислити случај када би клијент био савестан у смислу овог института, када је реч о кредитима у привреди – готово никако, јер су привредни субјекти професионалци у обављању своје делатности па је заиста тешко замислити да нису информисани о тржишној ефективној каматној стопи. Када је реч о потрошачима, није скроз незамисливо, али опет је тешко замислимо јер ретко ко ће узимати кредит, а

---

39 Б. Беговић, 4.

40 ЗОО, чл. 141.

41 ЗОО, чл. 139.

да се претходно не распита, односно да не упореди каматне стопе више банака те се определи за оптималну.

Да закључимо, поменути институти нису подобни за примену у овим случајевима, а ако би се то десило и сви услови заиста били испуњени, то би била екстремна реткост. Уговарање трошкова обраде кредита у износима око тржишног нивоа (2–2,5% од главнице), како их банке и уговарају, свакако нису сами по себи на удару ових института.

Занимљиво је споменути и опаску ВКС-а у којој спомиње да су понуде банака које не наплаћују трошкове обраде кредита, односно наплаћују у оквиру номиналне каматне стопе, често неповољније од оних које наплаћују као посебан трошак ван номиналне каматне стопе. Зашто се ово дешава? Главни разлог је тај што ако клијент исплати накнаду на име трошкова кредита једнократно, банка не сноси ризик вероватноће њихове отплате. Међутим, ако бисмо трошкове укључили у номиналну камату која се отплаћује у току одређеног периода, долази до активирања кредитног ризика, односно разумне могућности да банка неће успети да наплати камату. Наиме, банка увек наплаћује премију на ризик када је њему изложена. Један од елемената номиналне каматне стопе јесте премија на ризик. Стога, уношење трошкова у номиналну каматну стопу доводи до повећања садашње вредности одлива корисника кредита.<sup>42</sup>

Овиме бисмо заокружили целину о једнакој вредности узајамних давања, па можемо прећи на следеће аргументе ВКС-а и њихову анализу.

Поставља се питање да ли се одредбе општих услова пословања банке могу подвести под одредбе ЗОО о ништавости појединих одредби општих услова пословања.<sup>43</sup> Прво да видимо да ли се одредбе општих услова пословања банке о трошковима обраде кредита могу сматрати противним циљу уговора о кредиту. Главни циљ уговора о кредиту јесте стављање на располагање клијенту одређеног износа новца са његовом обавезом да га врати, плус да плати камату у уговорено време и на уговорени начин. Одредба о трошковима обраде кредита који износе око 2% од главнице сматра се споредном обавезом клијента те њихово уговарање никако не доводи до извртања циља уговора. Да бисмо неке одредбе сматрали противним циљу уговора, неопходно је нешто кардинално, нешто што удара на саму суштину уговора о кредиту. То би могла да буде одредба о неплаћању камате или о ослобођењу од обавезе враћања главнице, или обрачунавање камате за период у коме уопште није дошло до пуштања кредита у течај. Надаље, да ли су одредбе о трошковима обраде кредита противне добрим пословним

42 Више о томе: Б. Беговић, 6–8.

43 ЗОО, чл. 143 ст. 1.

обичајима? Суд наводи како је ова пракса уобичајена пре свега у региону (Хрватска, БиХ, Македонија, Црна Гора и Албанија) али и у другим европским државама. На ову одредбу можемо наићи и у извештајима *European Banking Authority*, органа ЕУ надлежног за надзор банкарског сектора. Дакле, реч је о уобичајеној пракси, пословне банке у Србији нису једине које их примењују. „Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој“.<sup>44</sup> Видимо да овде није реч о ништавости, већ одбијању захтева заснованог на оваквим одредбама од стране суда, што практично значи да ако банка захтева исплату трошкова обраде, уз испуњеност свих услова, суд је овлашћен да одбије остваривање овог захтева. Међутим, ако би клијент добровољно испунио своју обавезу, не би могао да врати исплаћен износ новца путем кондикције јер није дошло до неоснованог обогаћења. Овде је реч о природним облигацијама, слично као код застарелог потраживања. Нама ова одредба није од значаја, јер и ако бисмо утврдили да су ставке општих услова пословања неправичне или претерано строге, не бисмо могли да од банака потражујемо назад исплаћене износе на име трошкова обраде које су клијенти у нашим случајевима исплаћивали једнократно већ приликом пуштања кредита у течај јер у смислу овог члана није дошло до неоснованог обогаћења. Другим речима, нису банке те које су тужиле клијенте за наплату, већ клијенти банке за повраћај исплаћеног, што у смислу овог члана не могу повратити јер реч је о природним облигацијама.

Док смо у области општих услова пословања, ваљало би се осврнути на случај из немачке судске праксе где је Савезни суд (*Bundesgerichtshof* – BGH) 2014. године заузео став како је наплата трошкова обраде кредита, чија је накнада предвиђена општим условима пословања, ништава у уговорима о кредиту са потрошачима.<sup>45</sup> Да погледамо аргументацију суда. Суд је закључио да су трошкови обраде кредита додаток на камату, да не представљају противнакнаду клијента за неку посебну услугу банке, да су ово трошкови у интересу даваоца кредита. Ако би се трошкови схватили као део камате, односно као цена коју корисник плаћа за неку посебну услугу коју му банка пружа, као противпрестација, онда се не би могли подвргнути садржинској судској контроли општих услова пословања, због постојања изузетка од судске контроле по немачком Грађанском законнику.<sup>46</sup> Овакво резонување је отворило пут

44 ЗОО, чл. 143 ст. 2.

45 Одлуке BGH: Az. XI ZR 170/13 и Az. XI ZR 405/12.

46 Немачки грађански законик из 1896. године (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), пар. 305 и 307.

суду да утврди ништавост одредби општих услова пословања о трошковима обраде кредита као одредби којима се једнострано „преваљују“ трошкови, које би банка требало да сноси јер су у њеном интересу, на клијента чиме се руши равнотежа узајамних обавеза у двострано обавезујућим уговорима одређених диспозитивним правилима закона, те противно начелу савесности и поштења ставља клијента у несразмерно неповољан положај. Такође је важно споменути да је 2017. године Савезни суд донео још две пресуде којима је установио да је преваљивање трошкова обраде кредита са банке на клијента путем општих услова пословања ништаво чак и када је клијент непотрошач (одлуке ВГН од 4. 7. 2017. године).<sup>47</sup> Дакле, економска снага и обавештеност нису разлог за изузимање од заштите ових субјеката. Оваква схватања специфична су само за Немачку и везују се за посебна правила која су се развила у области општих услова пословања у Немачкој.

Занимљива је ситуација и у БиХ поводом пуноважности уговарања трошкова обраде кредита, где су ставови судова такође разједињени. „Ово питање у судској пракси БиХ могуће је решити на два начина. Први начин је да највиша судска инстанца у ентитету донесе одлуку о спорном правном питању и да коначно разрјешити дилеме на који начин судови треба да поступају кад одлучују о дозвољености накнаде за трошкове обраде кредита. Међутим, узор за рјешавање на требало да буде став Врховног касационог суда, јер он оставља могућност за различито тумачење. Други начин је да се кроз измене и допуне закона ово питање изричито регулише. До тада, неизбјегне су различите судске одлуке поводом овог питања у правном систему БиХ.“<sup>48</sup>

Следеће начело које разматрамо јесте савесност и поштење. Садржина овог начела подразумева ступање правних субјеката у уговорне односе са добром вером, намером да уредно испуњавају своје обавезе и узајамно се обавештавају о свим околностима битним за закључење и ваљано извршење уговора.<sup>49</sup> У светлу одредбе о трошковима обраде кредита о повреди овог начела може евентуално бити речи услед недовољне транспарентности ових трошкова у смислу њиховог „навођења ситним словима при дну општих услова, али не може бити речи ако је јасно, прецизно и транспарентно уговорено, и ако је кориснику кредита било јасно предочено шта ће и колико платити на име накнаде за трошкове обраде кредита“.<sup>50</sup> У овом правцу ишла је и Директива

47 Одлуке ВГН: XI ZR 233/16 и XI ZR 562/15.

48 Ранка Рачић, „(Не)дозвољеност уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у праву Босне и Херцеговине“, *Право и њивреда*, бр. 3/2020, 16 и 17.

49 ЗОО, чл. 12.

50 М. Живковић, 34.

од 5. априла 1993. године о непоштеним условима у потрошачким уговорима, којим је утврђено да се процена о томе јесу ли неке одредбе непоштене не односи на дефиницију главног предмета уговора ни на примереност цене и накнаде, на једној страни, ни испоручене услуге и робе на другој, све док су те одредбе јасно и разумљиво састављене.<sup>51</sup> Суд правде ЕУ је у одлуци у предмету који се односи на плаћање накнаде за одобравање кредита, заузео занимљив став.<sup>52</sup> ВКС је подржао овакво схватање у своме ставу.

Међутим, према тврдњама супротне стране, навођење података о трошковима обраде на транспарентан начин није довољно како би се задовољили захтеви начела савесности и поштења, већ и сама формулација и структура тих података, и њихова доказаност. Није довољно навести само одређени проценат од укупног кредитног износа као трошак обраде или номинални износ трошкова, већ треба приказати и њихову структуру у понуди за закључење уговора о кредиту и висину сваког појединачног трошка јер само тако се могу заштити клијенти од арбитрерности банака у одређивању трошкова. Како клијент банке и слабија уговорна страна има интерес да зна шта су тачно ти трошкови, банка га мора детаљно известити пре закључења уговора (нпр. толико за обраду кредита, па онда износ сваког појединог трошка који ту улази). Пошто приступа уговору, појединац нема снаге да натера банку да му образложи трошкове, банка може рећи: „или закључи уговор или одустани“. Судови су ти који би требало да путем поништавања оваквих одредби заштите клијенте банака и натерају банке да образложе структуру трошкова које „преваљују“ на клијенте. Ако је банкама дозвољено да преваљују трошкове, онда бар нека их образложе. Оваква аргументација је, дакле, супротна аргументацији ВКС-а у допуни правног става из септембра 2021. године.

51 Директива о непоштеним условима у потрошачким уговорима 93/13/ЕЕЗ (*Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ L 95, 21. 4. 1993; даље у фуснотама: Директива 93/13), чл. 4 ст. 2.

52 Да одредбе које су акцесорног значаја у поређењу са онима које дефинишу саму бит уговорног односа не могу бити обухваћене појмом „главни предмет уговора“; да из чл. 4 ст. 2 Директиве 93/13 произлази да постоји друга категорија уговорних одредби, према којима се не може применити провера евентуалне непоштености, а разлог за то изузимање лежи у чињеници да не постоји никаква таблица или правни критеријуми који би могли дати оквир и смер провери те примерености; да захтев према коме уговорна одредба мора бити јасно и разумљиво састављена подразумева обавезу да уговор транспарентно изложи конкретно функционисање механизма утврђеног датим одредбама, тако да тај потрошач на темељу тачних и разумљивих критеријума буде у стању проценити економске последице које из тога за њега произлазе. Одлука Суда правде Европске Уније у предмету С 84/19, од 3. септембра 2020. године.

Управо је то проблем о коме смо говорили – како схватити јасне и недвосмислене трошкове наведене у понуди? Само као трошкове чија су висина и врста одређени (било процентуално, било у номиналном износу), те клијент зна колика му је укупна цена кредита и познате су му економске последице, или треба ићи даље, те од банака захтевати навођење структуре и спецификације трошкова и њихово доказивање, како би се показало да су стварни.

У пет предмета након доношења првог става, поједина судска већа ВКС-а су исти протумачила у смислу потребе приказивања структуре трошкова, што је, како смо споменули, и био један од разлога за доношење допуне првог става. То су одлуке донете у предметима: Рев 3901/2020, Рев 4508/2020, Рев 4057/2020, Рев 4620/2020 и Рев 1055/2021. Дакле, у тим одлукама изражен је став да банка има право на наплату трошкова обраде кредита уколико докаже да су стварни и уколико су специфицирани, тј. ако је у понуди банке приказана њихова структура. Да погледамо садржину једне од одлука. Пре свега Рев 4508/2020. Наиме, у овом предмету ВКС је преиначио нижестепене пресуде Вишег (Гж 742/19) и Основног суда у Лесковцу (П 4338/18) којима је одбијена као неоснована тужба тужиље, односно жалба, а којом је захтевано поништење члана 8 уговора о кредиту.<sup>53</sup> Слична аргументација провејавала је и кроз остале четири одлуке ВКС-а. У овим одлукама јасно видимо да се суд није задовољио навођењем само врсте и износа трошкова, већ је захтевао њихово образлагање и доказивање. Таквом схватању приклоњен је и правни став усвојен на седници Грађанског одељења Апелационог суда у Београду одржаној 5. марта 2018. године (Билтен број 10/2018).<sup>54</sup> Анализирајмо сада став Апелационог суда.

53 Банка има право да своје кредитне услуге наплаћује кроз каматну стопу као цену за коришћење њених услуга која обухвата само стварне трошкове настале из кредитног односа, па самим тим право и на трошкове накнаде банкарских услуга, али се ова наплата врши само под условом да је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима обраде кредита и од чега се исти састоје, како корисник кредита не би био доведен у заблуду о којим трошковима је реч, што је и правни став ВКС од 22. маја 2018. године. С обзиром на то да није извршена спецификација трошкова, те ова понуда није имала све елементе како би клијент, овде тужиља, била потпуно информисана у погледу наведене накнаде, ревизијски суд је утврдио да је цитирана одредба уговора ништава. Пресуда ВКС, Рев 4508/2020, од 25. новембра 2020. године.

54 Такође, начелно није ништава одредба којом се клијент обавезује да банци плати трошкове обраде кредита у процентуалном износу од износа одобреног кредита, али је у сваком појединачном случају суд дужан да расправи шта клијент по том основу банци плаћа. Уговарање накнаде је у начелу дозвољено, али у сваком појединачном случају треба расправити шта се тиме плаћа, да ли је то цена за одређену услугу и шта банка чини за клијента по тој цени, или се накнађује нешто што за банку представља издатак или трошак који се преваљује на клијента.



Почнимо од разлога који се тиче неодређености предмета уговорне обавезе. Суд сматра да ако у понуди банке нису тачно наведени трошкови које корисник плаћа, односно износи појединих трошкова који су обухваћени збирним износом на име тошкова обраде, такав предмет новчане обавезе није одређен те је ништав у складу са чл. 47 ЗОО. Не бисмо се могли сложити са ставом Апелационог суда, јер суштински гледано, клијент зна коју врсту трошкова плаћа и колика је њихова висина. То је оно што захтева и ЗЗКФУ и ВКС. Нема потребе за детаљним образлагањем трошкова и навођењем свих појединости у њиховој структури да би клијент знао шта плаћа и колико плаћа. Следеће начело је начело аутономије воље. Да би неко слободно уговарао, потребно је да буде свестан свих обавеза у које ступа закључењем уговора. Ово начело је у потпуности испоштовано ако одредимо врсту и висину трошкова без образлагања структуре, јер клијент зна колику ће новчану обавезу морати да плати ако закључи уговор. Апелациони суд је даље навео како без спецификације трошкова које ће клијент сносити и њихове висине, дакле, појединих трошкова обухваћених укупним износом трошкова обраде кредита, долази до повреде начела савесности и поштења. Наиме, банка може урачунати непостојећи трошак, трошак који је већ наплатила у накнади на име трошкова обраде. Ако пођемо од логике функционисања тржишта, банка је та која одређује цену своје услуге, она је слободна да одреди висину накнаде на име трошкова обраде кредита које ће превалити на клијента као део ефективне каматне стопе. Оно што банка ради приликом одређивања цене коју ће понудити на тржишту својим клијентима за пружање финансијске услуге, не треба да брине клијенте, нису они ти који ће преиспитивати банку о структури и разлозима због којих је одредила толику висину трошкова обраде кредита. То је ствар политике банке. Ако банка одреди превисок износ трошкова, знатно изнад стварних, биће банака које ће нудити ниже трошкове, те се клијент може за њих одлучити. Као што је већ поменуто, тржиште ће казнити банку, опашће тражња за њеним услугама те више неће бити конкурентна на тржишту, опашће профит, временом ће постати инсолвентна, те ће јој се „смешити“ стечај. Оно што је кључно код начела савесности и поштења јесте то да банка транспарентно, на време, обавести клијента о укупном износу обавезе у коју ступа закључењем уговора, дакле да му обрачуна ефективну каматну стопу, да у понуди

---

Ако се не може утврдити шта је клијент платио, одредба би могла бити ништава због неодређености предмета обавезе, или ако је банка за себе уговорила несразмерну корист према обављеном послу противно чл. 11, 12 и 15 ЗОО, или ако је кроз уговарање провизије увећана камата, а без сагледавања ових околности се не може одговорити да ли је уговарање провизије за обраду кредита у номиналном или процентуалном износу пуноважно или није. Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Апелационог суда у Београду, *Билџен* бр. 10/2018.

наведе све врсте и износе трошкова, а не да се упушта у спецификацију и доказивање сваког појединог трошка који је обухватила номиналним или процентуалним износом трошкова обраде кредита.

Било би бесмислено упуштати се у оваква доказивања из више разлога. Прво, нема ниједног прописа који би од банака тражио да наплаћују искључиво стварне трошкове.<sup>55</sup> То се потврђује и изнетим ставом у одлуци Суда правде Европске уније донетој у предмету С-84/19. Ако би и постојала обавеза доказивања трошкова, којом методом би се то радило? У трошкове обраде кредита улазе трошкови као што су попуњавање формулара, трошкови ПТТ услуга, мастила, папира, провера кредитног рејтинга, време које је службеник провео на преговорима ради закључења уговора итд. Како прецизно доказати колики су трошкови сношени у свим овим радњама? Практично је и немогуће, а пре свега беспотребно. Наравно, ту је и аргумент да постоје и друге врсте услуга за чије обављање су трошкови одређени ценовником, а да се нико још није побунио за њихову саобразност стварним трошковима. Ту можемо навести као примере: тарифу комуналних услуга, ценовник Паркинг сервиса у Београду, износ судских такси које се плаћају по тарифи, па и адвокатски ценовник, као и уопште сваки привредни субјект који наплаћује своје производе и услуге у складу са тарифом у којој су одређени трошкови који падају на терет корисника. „Ако уговорници договоре одређени паушални износ, било као фиксни, било као проценат од главнице, било комбиновано, тако да се тај износ дугује на име трошкова обраде кредита, онда се наведени износ дугује неvezано од тога да ли у конкретном случају ти трошкови постоје и, ако постоје, да ли се по висини поклапају са одређеним паушалним износом. У супротном би воља страна била изневерена, и отворио би се пут несавесним уговорницима да накнадно умањују своје уговором преузете обавезе доказујући да износ који је паушално договорен на име накнаде одређеног трошка не одговара стварном трошку који је настао за другу страну.“<sup>56</sup> Супротно наведеним ставовима у теорији се могу пронаћи и другачија мишљења: „Накнада за трошкове обраде кредита је дозвољена уколико се ради о стварним трошковима, чији је садржај на јасан начин изражен. Да би банка имала право да накнади трошкове обраде кредита, мора доказати да су учињени трошкови у интересу клијента.“<sup>57</sup>

55 Врсте трошкова кредита и њихова висина одређују се у тарифама које доносе НБС и пословне банке, а обавеза њиховог плаћања у прописаној висини постоји без обзира на то да ли су у конкретној ситуацији фактички били већи или мањи од прописаних трошкова. Правни став ВКС усвојен на седници Грађанског одељења одржаној 16. септембра 2021. године.

56 М. Живковић, 32.

57 Р. Рачић, 16, 17.

На основу свега што смо изнели у раду, сматрамо да би један валидан процес закључења уговора о кредиту изгледао овако, појединостављен на примеру: уколико бисмо од банке добили понуду за закључење уговора о кредиту где би били наведени сви битни и обавезни елементи, између осталих – износ главнице, номинална камата, подаци о уговорним странама, план отплате, ефективна каматна стопа као и висина и врста свих трошкова који улазе у њу поред номиналне камате, сносићемо 2% од главнице на име трошкова обраде кредитног захтева, 120.000 динара на име премије осигурања код НКОСК, толико и толико на име трошкова Кредитног бироа, на име трошкова отварања и вођења рачуна који су услов за одобравање кредита итд. Ако добијемо овакву понуду пре закључења уговора, уз поштовање свих законских обавеза банке, пре свега ЗЗКФУ, и пристанемо на њу, банка је пуноважно закључила уговор те има право да захтева повраћај главнице, наплату номиналне камате, као и свих других уговорених новчаних обавеза чију је врсту и висину предочила клијенту пре закључења уговора, између осталог, и накнаду за трошкове обраде кредита.

## **V Утицај допуне првог правног става на судске поступке и питање правне сигурности**

Будући да је ово питање изузетно актуелно, те да су многи грађани још у поступку против банака, ваља споменути ефекат овог става како на правноснажно окончане поступке, тако и на оне који су у току. ВКС се експлицитно изјаснио на крају става о овом питању. Што се тиче правноснажно окончаних поступака, ствар је јасна. Допуна никако не утиче на права клијената банака који су их већ остварили, извршењем правноснажних пресуда. Допуна правног става није основ за понављање поступка. Што се тиче поступака у току, ВКС даје смернице судовима како применити овај став.<sup>58</sup> Дакле, свако ко је свој тужбени захтев темељио на овим разлозима, или ће тек темељити, у складу са ставом ВКС-а, победиће у спору са банком. Међутим, они тужиоци који тврде у својим захтевима да банка није специфицирала структуру и

---

58 Допуњено правно схватање није од утицаја на остварење судске заштите корисника кредита у покренутих парничним поступцима у којима се захтев за утврђивање ништавости одредбе о трошковима кредита темељи на тврдњи да: 1. закључењу уговора није претходила писана понуда у којој је јасно и недвосмислено одређена висина и обавеза плаћања трошкова кредита; 2. је њихова наплата извршена мимо ефективне каматне стопе; 3. су трошкови кредита наплаћени у двоструком износу задржавањем једнократног номиналног износа из одобреног кредита и њиховим истовременим урачунавањем у ефективну каматну стопу. Правни став ВКС усвојен на седници Грађанског одељења 16. септембра 2020. године.

висину појединачних износа трошкова који су у збирном износу наведени у понуди, а коју су прихватили, неће остварити своје захтеве по ставу ВКС-а, наравно, под претпоставком да је банка испоштвала три претходно наведена услова који су у ставу наведени.

За сам крај, морамо нешто рећи и о правној сигурности. Јасно нам је да су корисници кредита који су своје тужбе заснивали на необразлагању структуре накнаде на име трошкова обраде кредита побеђивали у споровима против банака, због погрешног тумачења првог правног става од стране нижестепених судова. Међутим, након другог правног става они више неће побеђивати банке у споровима на основу оваквих захтева. Дакле, на једној страни су клијенти који су правноснажно окончали поступке против банака и остварили своје захтеве по овом основу, а са друге стране су клијенти који своје поступке нису правноснажно окончали, те неће моћи остварити своје захтеве по истом основу као ови који су правноснажно окончали. Овде долази до расцепа, јер са једне стране су лица која су у истој правној ситуацији по основу истих разлога побеђивала у споровима, а са друге стране она лица која неће побеђивати због промене судске праксе. Сматрамо да ВКС није нарушио правну сигурност доношењем другог правног става, већ је извршио нужно прецизирање првог правног става, који није био уједначено и правилно тумачен од стране нижестепених судова, а као што смо видели, нити од појединих већа ВКС-а у конкретним предметима. Другим правним ставом ВКС је извршио своју дужност усклађивања судске праксе, а не њеног раздирања. Једини пропуст ВКС-а је тај што је у првом правном ставу употребио врло широк правни стандард о „јасним и недвосмисленим“ трошковима обраде кредита који је, како се испоставило, недовољно прецизан, односно, подобан за различита тумачења која су изазвала правну несигурност.

### Коришћена литература

Беговић Борис, „У име струке: анализа пресуде и дописа о банкарској накнади за обраду кредита и њихових последица“, Београд, 2018, доступно на адреси: <http://www.clds.rs/newsite> [http://www.clds.rs/newsite/CLDS\\_radni\\_dokument\\_9.pdf](http://www.clds.rs/newsite/CLDS_radni_dokument_9.pdf), 10. 3. 2022. (Begović Boris, „U ime struke: analiza presude i dopisa o bankarskoj naknadi za obradu kredita i njihovih posledica“, Beograd, 2018, dostupno na adresi: <http://www.clds.rs/newsite> [http://www.clds.rs/newsite/CLDS\\_radni\\_dokument\\_9.pdf](http://www.clds.rs/newsite/CLDS_radni_dokument_9.pdf), 10. 3. 2022)

- Живковић Милош, „О дозвољености уговорања трошкова обраде кредита у праву Србије“, *Банкарство*, бр. 2/2018. (Živković Miloš, „O dozvoljenosti ugovaranja troškova obrade kredita u pravu Srbije“, *Bankarstvo*, br 2/2018)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)
- Рачић Ранка, „(Не)дозвољеност уговарања накнаде за трошкове обраде кредита у праву Босне и Херцеговине“, *Право и привреда*, бр. 3/2020. (Račić Ranka, „(Ne)dozvoljenost ugovaranja naknade za troškove obrade kredita u pravu Bosne i Hercegovine“, *Pravo i privreda*, br. 3/2020)
- Шогоров Стеван, *Банкарско право*, 3. издање, Београд – Сремска Каменица, 2009. (Šogorov Stevan, *Bankarsko pravo*, 3. izdanje, Beograd – Sremska Kamenica, 2009)

**Nikola ŠURJANAC**

**Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia**

## **LOAN PROCESSING FEES IN THE LIGHT OF LEGAL POSITIONS OF THE SUPREME COURT OF CASSATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The paper is devoted to the analysis of the current legal problem of the validity and the way of including the contractual provision on the collection of loan processing fees. The analysis is carried out through a review of legal and by-law regulations, especially judicial practice, which is crowned by the legal positions of the Supreme Court of Cassation whose arguments are the main subject of observation. There are two diametrically opposed positions on this issue: according to the first, contracting this provision is not allowed, while according to the second, it is. The author supports the understanding of the Supreme Court of Cassation, and takes a position on the permissibility of contracting the clause on the collection of loan processing fees, primarily for reasons of the principle of freedom of contract, special laws that indicate the possibility of contracting this provision, but also for reasons of the logic of the*

*functioning of the market. The author also considers the impact of the legal positions of the Supreme Court of Cassation on legal certainty in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *Loan Processing Fees. – The Supreme Court of Cassation. – Judicial Practice. – Effective Interest Rate. – Legal Certainty.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2022.

Датум исправке рада: 20. 11. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 12. 2022.

УДК: 364-055.2-055.52(497.11)

CERIF: S 144, S 146

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23110A

**Мина КУЗМИНАЦ\***

**Демонстратор и докторанд Универзитета у Београду –  
Правног факултета, Србија**

## **ПОСЕБНА ЗАШТИТА МАТЕРИНСТВА – (НЕ)ОПРАВДАНОСТ НЕЈЕДНАКОГ ПОСТУПАЊА ПРЕМА ЗАПОСЛЕНИМ ЖЕНАМА И ПРЕДУЗЕТНИЦАМА**

### **Сажетак**

*Чланак се бави поређењем законској положаја запослених жена и предузетница у Републици Србији, када је реч о правима у вези са мајтеринством. Иако постоји значајна разлика између обављања независној и подређеној рада, чланак има за циљ проналажење одговора на питање да ли је и у којој мери је законски положај запослених жена и предузетница у погледу њиховој присвојања посебној заштити мајтеринства (не) једнак. Посебна пажња у чланку посвећена је прајању одсуства по основу рођења, неће и посебне неће дејства, врсти и висини накнада у вези са рођењем и нећом дејства, као и питању законској реулисања (не)равноправној положаја мушкараца и жена у вези са нећом дејства. Кроз анализу наведених институција, ауторка закључује да је положај запослених*

---

\* Електронска адреса ауторке: [mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs](mailto:mina.kuzminac@ius.bg.ac.rs); [minakuzminac96@gmail.com](mailto:minakuzminac96@gmail.com). Ауторка је сарадник у настави ван радног односа (демонстратор) на предмету Радно право на Правном факултету Универзитета у Београду.

жена и предузетница у складу са њеним законским оквиром неједнак у погледу права која остварују као мајке, а да не постоји оправдан разлог за то.

**Кључне речи:** *Запослене жене. – Предузетнице. – Материнство. – Породиљско одсуство. – Одсуство ради неге деце.*

## I Уводна разматрања

Иако историјска перспектива указује на значајне кораке који су предузети у циљу постизања полне и родне равноправности на тржишту и у свету рада, жене и данас остају суочене са бројним изазовима у овом погледу. Било да су запослене или се одлуче да постану предузетнице, жене се неретко у професионалној сфери сусрећу са низом предрасуда и стереотипа.<sup>1</sup> Наиме, „мапирање дискриминације жена” у различитим просторима друштва учинило је видљивим оквире у којима се одвија дискриминација жена, као социјалне групе која има различит друштвени положај у многим аспектима живота друштвене заједнице.<sup>2</sup> Другим речима, и данас женама често остаје „ускраћен приступ основним друштвеним ресурсима (економским, политичким и културним) [...] њима као припадницама маргинализоване већине ‘припада’ такав подређен положај”,<sup>3</sup> а што се неспорно рефлектује и на свет рада.

У том светлу, кандидаткиње за запослење и запослене жене често бивају жртве дискриминације. Такође, жене су суочене са низом

- 1 Michel Ferrary, „Gender diversity in the labor market: Employer Discrimination, Educational Choices and Professional Preferences”, @GRH, No. 2/2018, 83. Бројни стереотипи у вези са тим шта се сматра „женским”, а шта „мушким” улогама су до данас у великој мери присутни, а они неминовно имају изузетно велике реперкусије у свету рада. Ilona Kiaušienė, Dalia Štreimikienė, Dainora Grundey, „On Gender Stereotyping and Employment Assimetries”, *Economic & Sociology*, Vol. 4, No. 2/2011, 85–86.
- 2 Наталија Жунић, „Discrimination against Women and the Human Rights of Women”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Vol. 67, 2014, 58. Штавише, гаранција родне равноправности није важна „само” као људско право, већ у великој мери доприноси и привредном развоју. Gaëlle Ferrant, Alexandre Kolev, *The Economic Cost of Gender-based Discrimination in Social Institutions*. OECD Development Centre, 2016, доступно на адреси: [https://www.oecd.org/dev/development-gender/SIGI\\_cost\\_final.pdf](https://www.oecd.org/dev/development-gender/SIGI_cost_final.pdf), 15. 7. 2022.
- 3 Косана Бекер, *Вишеструка дискриминација жена у Србији и одабраним државама Европске уније: ујоредна анализа*, одбрањена докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2019, 9. За више о утицају глобализације на положај радника широм света и важност феминизма данас вид. Judith Lorber, *The Variety of Feminisms and their Contributions to Gender Equality*, Oldenburg, 1997, 36.



препрека и уколико желе да обављају независни рад. Поред стереотипа и предрасуда који се често везују за предузетнице, њихов положај бива додатно отежан уколико постоји недовољна законска заштита, односно подршка државе кроз законски оквир, а који би омогућио развој женског предузетништва. Сви изазови са којима се жене суочавају у свету рада, без обзира на то да ли су запослене или су предузетнице, бивају увећани и усложњени када је реч о женама које су мајке.<sup>4</sup> Са једне стране, насупрот борби за равноправност у свакој сфери живота, и данас остаје отворено питање „двоструког ангажмана“ жена,<sup>5</sup> односно чињенице да без обзира на свој посао, односно рад, жене по правилу и даље носе *целокуйни шерети брије о деци* и обављања кућних послова.<sup>6</sup> Са друге стране, управо жене које имају породичне дужности, односно брину о деци, су често жртве „додатних“ стереотипа и предрасуда у професионалној сфери, те стога не чуди постојање синтагме „казна за мајчинство“.<sup>7</sup> Коначно, ово питање је добило и додатни степен важности у току пандемије *COVID-19*, а будући да је пандемија у великој мери допринела повећању обима неплаћеног рада, али и продубљивању јаза између мушкараца и жена у свету рада.<sup>8</sup>

У раду је дат осврт на стандарде Међународне организације рада (МОП) у вези са посебном заштитом материнства, а са циљем стицања свеобухватног увида у међународне стандарде на основу којих је изграђено и домаће законодавство у овом погледу. Надаље, будући да је у домаћем законском оквиру положај запослених жена и предузетница

---

4 Shelley J. Correll, Stephen Benard, In Paik, „Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?“, *American Journal of Sociology*, Vol. 112, No. 5/2007, 1297.

5 За више о питању (немогућности) усклађивања различитих сфера живота, а у том светлу посебно чињенице да жене по правилу обављају и сав неплаћени рад „код куће“ вид. Jo Bridgeman, Heather Keating, „Introduction: Conceptualizing Family Responsibility“, *Responsability, Law and Family* (eds. Jo Bridgeman, Heather Keating, Craig Lind), Farnham, 2008.

6 European Commission, Women's Situation in the Labour Market, доступно на адреси: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en), 10. 6. 2022.

7 Shelley J. Correll, Benard Stephan, In Paik, 1297–1339.

8 UN Women, Care Work: Increased Burdens for Women, доступно на адреси: <https://www.unwomen.org/en/hq-complex-page/covid-19-rebuilding-for-resilience/care-work>, 20. 6. 2022. Ситуација за жене се нарочито погоршала у току пандемије *COVID-19*, те је преко два милиона жена које су мајке управо услед немогућности усклађивања професионалне и породичне сфере живота било *de facto* приморано да напусти своје послове у 2020. години. International Labour Organization, *Over 2 Million Moms Left the Labour Force in 2020 According to New Global Estimates*, 2022, доступно на адреси: <https://ilostat.ilo.org/over-2-million-moms-left-the-labour-force-in-2020-according-to-new-global-estimates/>, 15. 6. 2022.

у вези са материнством, односно посебном заштитом материнства, регулисан *различитио* и кроз *различитије законе*, у раду је извршена нормативна, али и компаративна анализа. Кроз нормативну анализу законских решења циљ је сагледавање законских решења којима се уређује положај запослених жена и предузетница у вези са материнством као таквих, док су кроз компаративну анализу уочене и сагледане разлике у законском третману запослених жена и предузетница у вези с материнством.

У светлу наведеног, а на основу поређења важећих законских решења, је постављена хипотеза да су у складу са тренутним законским решењима, запослене жене и предузетнице подвргнуте неједнаком третману у вези са материнством, а да не постоји оправдан разлог за то. Другим речима, иако запослене жене обављају подређени рад, док предузетнице обављају независни рад, у раду је заступљено становиште да положај запослених жена и предузетница не би требало да се разликује у погледу права која се остварују у *вези са мајтеринсџом*. У том смислу, у раду је посебна пажња посвећена питању одсуства у вези са рођењем и негом детета, као и питању врсте и висине накнада на које остварују право запослене жене, односно предузетнице. Коначно, пажња је посвећена и (не)равноправном положају мушкараца и жена у вези са негом детета, а који предвиђа важећи законски оквир. Штавише, оно што додатно доприноси актуелности и важности овог питања јесте што су одређене измене донедавно важећих законских решења у овом погледу уведене одлуком Уставног суда, о чему ће бити више речи у наставку рада. У истом контексту, постоје очекивања и најаве и других измена планираних у 2023. години, а усмерених ка постизању једнакости запослених жена и предузетница и у вези са различитим питањима поводом материнства.<sup>9</sup>

## II Положај запослених жена и предузетница у свету рада

Чини се да, поред постојања изазова и препрека са којима се уопште жене суочавају у оквиру свог професионалног развоја и активности, постоје *додатни* изазови на путу запослених жена, као и *додатни* изазови на путу предузетница.<sup>10</sup>

9 Љиљана Беговић, Мама предузетнице ће бити изједначене са запосленима у 2023. години, <https://biznis.rs/vesti/srbija/mame-preduzetnice-ce-biti-izjednacene-sa-zaposlenima-u-2023-godini/>, 21. 1. 2023.

10 За више о положају предузетница вид. Maria Minniti *et al*, *Women in Entrepreneurship*, London, 2003.

Када је реч о положају запослених жена, посебни изазови су везани за обележја радног односа, односно пре свега *йравну йодрећеностй*, те чињеницу да послодавци неретко дискриминишу жене као кандидаткиње за запослење, али и у току трајања радног односа.<sup>11</sup> Стога „не зачуђује“ то што и даље наставља да постоји јаз у зарадама између мушкараца и жена,<sup>12</sup> то што се жене често суочавају са „стакленим плафоном“, односно немогућности да буду на највишим позицијама, као и то што су често жртве дискриминаторног отказа. Жене су по правилу запослене на *несйабилним, недовољно йлаћеним и мање вреднованим йословима*.<sup>13</sup> Другим речима, глобално посматрано, жене зарађују у просеку 20% мање у односу на мушкарце,<sup>14</sup> док је на водећим позицијама број жена испод 30%.<sup>15</sup> Штавише, запослене жене које су мајке се налазе у *йосебно нейовољном* положају,<sup>16</sup> а сегрегација жена на тржишту рада је последица, између осталог, неодговарајућих политика у погледу породичних обавеза запослених.<sup>17</sup>

- 11 С обзиром на наведено, не зачуђује што бројне жене немају другог избора до проналаска посла у неформалној економији. Како се наводи, „од уличних продаваца и радника у домаћинству до пољопривредника и сезонских радника, жене чине диспропорционално већи удео радника у неформалном сектору“. UN Women, Women in Informal Economy, доступно на адреси: <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/csw61/women-in-informal-economy#notes>, 19. 7. 2022.
- 12 European Parliament, Understanding the Gender Pay Gap: Definition and Causes, доступно на адреси: [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vl59mpupm0vq?ctx=vk4jic6t1dxz#:~:text=Source%3A%20European%20Parliament%20\(EP\),and%20the%20reasons%20behind%20it](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vl59mpupm0vq?ctx=vk4jic6t1dxz#:~:text=Source%3A%20European%20Parliament%20(EP),and%20the%20reasons%20behind%20it), 10. 7. 2022.
- 13 International Labour Organization, Global Wage Report 2018/19: What Lies behind Gender Pay Gaps, Geneva, 2018, 206.
- 14 International Labour Organization, Understanding the Gender Pay Gap, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_735949.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_735949.pdf), 20. 7. 2022.
- 15 Women in Business 2020: Putting the Blueprint into Action, Grant Thornton Report, доступно на адреси: [https://www.grantthornton.global/globalassets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/2020/women-in-business-2020\\_report.pdf](https://www.grantthornton.global/globalassets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/2020/women-in-business-2020_report.pdf), 20. 7. 2022, 1–7.
- 16 У том светлу и извештаји Комитета за укидање свих облика дискриминације жена сведоче о томе да „породица и положај жене у породици представљају важне индикаторе постојања стереотипа“. Маријана Пајванчић, „Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена – кратак осврт на садржај“, *Омбудсман йрошйив двосйруке дискриминације жена* (уредник Покрајински омбудсман), Нови Сад, 2008, 16.
- 17 UN Women, Women in the Changing World of Work, доступно на адреси: <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/changingworldofwork/en/index.html>, 21. 6. 2022. За више о родно заснованој професионалној сегрегацији вид. Smita Das, Aphichoke Kotikula, *Gender-based Employment Segregation: Understanding Causes and Policy Interventions*, Washington, 2019.

Из послодавчеве перспективе, што дуже трају породилско одсуство и одсуство ради неге детета, то се „трошкови“ више увећавају, те стога послодавци неретко имају „бојазан“ да ће запослена жена затруднети.<sup>18</sup> С обзиром на наведено, не изненађује чињеница да је период у току и након трудноће период у ком су жене у „нарочито осетљивом положају“, посматрано из перспективе заштите права из радног односа и уопште очувања запослења.<sup>19</sup> Такође, „послодавци често преиспитују спремност жена које су мајке да у довољној мери буду посвећене послу“.<sup>20</sup> У том светлу, професор Шундерић наводи следеће: „свака држава чланица као циљ своје националне политике треба да утврди да се лицима са породичним обавезама, која раде или желе да раде, омогући да искористе своје право на рад, а да не буду подвргнута дискриминацији“.<sup>21</sup>

Са друге стране, положај предузетница такође подразумева суочавање са низом препрека. Пре свега, када је уопште реч о предузетништву, неопходно је осврнути се на однос појмова „самозапосленост“ и „предузетништво“. Наиме, иако у овом погледу не постоји јединствено становиште, може се рећи да је сама дефиниција самозапослености таква да произилази из статистичких показатеља, те да је веома широка и да обухвата и предузетнике.<sup>22</sup> Када је реч о самозапосленим лицима, не постоји елемент (правне) подређености, већ насупрот томе, доминантна црта је независност, а што значи да ова лица сама носе ризик пословања. Штавише, а у светлу дистинкције запослених и самозапослених, важно је имати у виду следеће: „[...] самозапослено лице не сме да буде правно зависно од другог ни када одлучује о организовању, структури и трајању своје делатности“.<sup>23</sup> Ипак, бројни нови облици

18 Astrid Kunze, Parental Leave and Maternal Employment, Discussion Paper No. 01/2022, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4013304](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4013304), 18. 7. 2022, 7.

19 International Labour Organization, International Labour Standards on Maternity protection, доступно на адреси: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--en/index.htm>, 15. 6. 2022.

20 Sara Savat, Mothers May Face Increased Workplace Discrimination Post-pandemic: Research Warns, 2020, доступно на адреси: <https://source.wustl.edu/2021/07/mothers-may-face-increased-workplace-discrimination-post-pandemic-research-warns/>, 1. 8. 2022.

21 Боровоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, 186.

22 У складу са одређењем Европског бироа за статистику (Eurostat), предузетнице такође потпадају под категорију самозапослености. Eurostat, Glossary: Self-employed, <https://www.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Self-employed#:~:text=workers%20engaged%20in%20production%20done,formation%2C%20either%20individually%20or%20collectively>, 1. 8. 2022.

23 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, 62.

рада и измене у свету рада отежавају, па чак понекад и чине немогућим, прављење дистинкције између запослености и samozапослености.<sup>24</sup>

Штавише, посебно је важно истаћи категорију економски зависних samozапослених лица, то јест оних који по правилу већину или сав приход стичу од једног наручиоца или клијента, а што њихов статус „приближава“ статусу запослених. Другим речима, „[...] за разлику од запосленог, који је технички и функционално укључен у послодавчев производни процес, економски зависно samozапослено лице само организује свој рад, али у складу с активностима послодавца/наручиоца посла/клијента“.<sup>25</sup> Управо тешкоће у погледу одређивања статуса предузетника, односно предузетнице у овом смислу утичу и на питање заштите која је пружена предузетницама, а с обзиром на чињеницу да многе жене широм света раде као економски зависне samozапослена лица, а не остварују права која су загарантована запосленим женама.

Када је реч о родној и полној перспективи, интересантно је нагласити то да се у литератури по правилу као посебна синтагма користи „женско предузетништво“. Разлог „наглашавања“ епитета „женско“ у овој синтагми није „случајно“ – сведочи о томе да су жене и даље у мањини као предузетнице, али и да су суочене са бројним стереотипима и предрасудама уколико желе да обављају предузетничку делатност.<sup>26</sup> Само неке од препрека са којима се предузетнице суочавају, како глобално, тако и у Републици Србији, су „недостатак почетног капитала, несигурност економског окружења, кредитна неспособност, недостатак власништва над некретнинама, недостатак знања и вештина за предузетништво, недостатак самопоуздања и подршке“.<sup>27</sup> Стога и не изненађује то што се велика већина „женских фирми“ налази у зони

---

24 Како се наводи: „појава нових облика рада значајно ублажава оштрину линије која разграничава зависни и независни рад. То повлачи различите реакције законодаваца, будући да разликовање запослених и samozапослених лица није само правно, већ и политичко питање, дакле, питање које мора бити размотрено и у светлу основних поставки социјалне државе“. Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за оштрајка ујовора о рагу*, Београд, 2016, 252.

25 Љ. Ковачевић (2021), 84.

26 Sweety Gupta, Aanchal Aggarwal, „Opportunities and Challenges faced by Women Entrepreneurs in India“, *IOSR Journal of Business and Management*, Vol. 17, Issue 8/2015, 69. Томе у прилог говоре и следећи подаци – према резултатима истраживања које је спровела Светска банка 2015. године у оквиру 173 привредна система, у преко 150 је у том тренутку постојала барем једна (формална) препрека за жене уколико би желеле да постану предузетнице – од (не)могућности регистравања делатности, преко питања постојања рачуна у банци, па све до (не)постојања могућности да жене буду власнице капитала. International Labour Organization, *Women at Work: Trends 2016*, Geneva, 2016, 40.

27 Зорица Мршевић, *Ка демократском друштву – родна равноправност*, Београд, 2011, 222.

микро и малих предузећа (са мање од 10 запослених), [...] што се жене доминантно баве породичним пословима и то у нископрофитним секторима као што су занатство, трговина на мало, здравство, образовање, туризам, социјалне и друге услуге“.<sup>28</sup> Штавише, положај предузетница које су мајке је додатно отежан, а с обзиром на тежину усклађивања професионалне и породичне сфере живота, односно „двоструког терета“ о чему је претходно било речи.<sup>29</sup>

Изузетно важно је нагласити то да женско предузетништво „није важно само за привредни раст и развој, већ има посебан значај и за јачање и признавање друштвеног положаја жена“.<sup>30</sup> Управо стога је циљ МОР-а у овом погледу усмерен ка томе да се већа пажња посвети развоју женског предузетништва. У том светлу, стратегија МОР-а подразумева „стварање услова у којима се развија женско предузетништво“, као и „јачање институционалних капацитета и политика“.<sup>31</sup> У оквиру стратегије и циљева МОР-а у овом погледу, посебно је истакнута важност законског оквира којим се регулише положај предузетница.<sup>32</sup> Па ипак, у пракси је положај предузетница у вези са посебном заштитом материнства по правилу неповољнији у односу на запослене жене, а што је неоправдано *per se*, а и посебно када је узме у обзир чињеница да су многе предузетнице заправо економски зависна самозапослена лица.

### III Стандарди Међународне организације рада од значаја за посебну заштиту материнства

Када је реч о стандардима МОР-а у вези са посебном заштитом материнства, конвенције и препоруке МОР-а су знатно допринеле унапређењу заштите жена у вези са материнством, али су и прошириле

28 Марија Срдих, Равноправност за маме предузетнице, 2022, доступно на адреси: <http://www.centaronline.org/sr/vest/12640/ravnopravnost-za-mame-preduzetnice>, 5. 8. 2022.

29 Штавише, ризици који се односе на несигурност и нестабилност прихода посебно долазе до изражаја када је реч о предузетницима које су мајке, односно које имају породичне дужности. Onileowo Temitope Teniola, „Single Mother Entrepreneurs: Issues and Challenges“, *IRE Transactions on Education*, No. 4/2021, 89–97.

30 Татјана Јевремовић Петровић, „Правни оквир ЕУ за подстицање женског предузетништва“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Европске Уније* (уредник Вук Радовић), Београд, 2019, 36.

31 International Labour Organization, Women’s Entrepreneurship Development, 2016, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---ifp\\_seed/documents/publication/wcms\\_175471.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_175471.pdf), 1. 8. 2022, 2.

32 За више о томе вид. International Labour Organization, Assessment of Women’s Entrepreneurship Development, 2020, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_745278.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_745278.pdf), 20. 7. 2022.

(иницијално предвиђени) опсег примене овако загарантоване заштите.<sup>33</sup> Изузетно важни инструменти заштите у овом погледу су Конвенција МОП-а број 3,<sup>34</sup> Конвенција МОП-а број 103,<sup>35</sup> Конвенција МОП-а број 183<sup>36</sup> и Препорука МОП-а број 191.<sup>37</sup> Како су Конвенције МОП-а број 3 и број 103 престале да важе доношењем Конвенције МОП-а број 183, а коју је и Република Србија ратификовала, у наставку ће бити дат кратак осврт на садржину ове две конвенције, док ће посебна пажња бити посвећена Конвенцији МОП-а број 183.<sup>38</sup>

Наиме, Конвенцијом МОП-а број 3, која датира још из 1919. године, се регулише питање запошљавања жена пре и после порођаја. Путем ове конвенције се пружа заштита женама које раде у индустрији и трговини, али не и пољопривреди.<sup>39</sup> Ова конвенција пружа заштиту женама тиме што прописује то да жени „неће бити дозвољено“ да ради шест недеља по порођају,<sup>40</sup> али и да има право да не ради и шест недеља пре порођаја на основу лекарског уверења,<sup>41</sup> као и право на накнаду и лекарску негу.<sup>42</sup> Конвенцијом МОП-а број 103 је пак кроз различите аспекте проширена заштита која се пружа мајкама – проширен је круг жена на које се заштита односи, те се права предвиђена овом конвенцијом односе на жене које раде у индустрији, али и у пољопривреди, као и

---

33 International Labour Organization, International Labour Standard Instruments on Maternity Protection, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/travail/aboutus/WCMS\\_119238/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/travail/aboutus/WCMS_119238/lang--en/index.htm), 21. 7. 2022.

34 Конвенција МОП-а број 3 о запошљавању жена пре и после порођаја, *Службене новине Краљевине Срба, Хрватиа и Словенаца*, 95-XXII/27 (C003 – Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3)).

35 Конвенција МОП-а број 103 о заштити материнства, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 9/55 (C103 – Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103)).

36 Конвенција МОП-а број 183 од 15. јуна 2000. о заштити материнства, *Службени гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 1/10 (C183 – Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183)).

37 Препорука МОП-а број 191 (R191 – Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191)).

38 Када је реч о заштити жена које су мајке, треба имати у виду и Конвенцију МОП-а број 156 о радницима са породичним обавезама, *Службени листи СФРЈ – Међународни ујевори*, бр. 7/87 (C156 – Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156)), те чињеницу да се ова конвенција примењује и на самозајослена лица.

39 Конвенција МОП-а број 3, чл. 1.

40 Конвенција МОП-а број 3, чл. 3 ст. 1 тач. а).

41 Конвенција МОП-а број 3, чл. 3 ст. 1 тач. б).

42 Конвенција МОП-а број 3, чл. 3 ст. 1 тач. ц). Призвук анахроности се огледа у терминолошком одређењу појма „жена“, а где постоји потреба наглашавања да се овај термин односи како на удате, тако и на неудате жене, као и употреби формулације да жени „неће бити дозвољено“ да ради одређени период након порођаја.

оне које обављају плаћени кућни рад.<sup>43</sup> Када је пак реч о трајању породилског одсуства, успостављен је само *минимални њериод* у укупном трајању од 12 недеља, с тим што је обавезно да породилца део (који ће бити прецизније одређен националним законима, али не мањи од шест недеља) искористи након порођаја.<sup>44</sup>

Конечно, конвенција која је усвојена 2000. године и којом је данас регулисана заштита материнства јесте Конвенција МОР-а број 183, а коју прати и Препорука МОР-а број 191. Оно што је важно нагласити јесте да се у самој преамбули Конвенције наводи то да она има за циљ даље промовисање заштите здравља жена, *али и равноправности* жена у свету рада. С обзиром на то ова конвенција данас представља срж заштите жена као мајки, од изузетне је важности и питање да ли се Конвенција примењује и на предузетнице. У том светлу, терминологија заступљена у самој Конвенцији, а која се односи на опсег примене је следећа: „ова конвенција се односи на све *зајослене жене*, укључујући оне које раде у *атипичним облицима зависној рада*“.<sup>45</sup> Са једне стране, с обзиром на то да је искоришћен термин „запослене жене“ и „атипични облици *зависној рада*“, језичко тумачење указује на то да предузетнице не би биле обухваћене овом конвенцијом. Ипак, бројни домаћи и страни аутори бивају присталице мишљења да овај члан треба тумачити на што шири начин, а будући да је циљ проширење заштите, те да се он примењује и на samozапослена лица, односно да се примењује на предузетнице.<sup>46</sup>

У том светлу, интересантно је и потребно осврнути се и на ставове МОР-а исказане кроз коментаре Комитета експерата за примену конвенција и препорука МОР-а. На пример, Комитет је од Италије тражио детаљније информације у вези са тим шта се у националном правном оквиру сматра „пара-подређеним“ радом и каква права у вези са материнством су загарантована женама које раде на тај начин, али и статистичке податке које се тичу свих запослених и *самозајослених* жена.<sup>47</sup> Са друге стране, у коментару који се односи на Мађарску, Комитет

43 Конвенција МОР-а број 103, чл. 1.

44 Конвенција МОР-а број 103, чл. 3 ст. 2 и 3.

45 Конвенција МОР-а број 103, чл. 2 ст. 1.

46 Овај став заступа Адријен Круз (Adrienne Cruz) у својој публикацији *Good practices and challenges on the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183) and the Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156): A comparative study: Working Paper Nr. 2/2012, Geneva, 2012, 24.* Међу домаћим ауторима, проф. др Марио Рељановић такође заступа ову тезу. За више о томе вид. Марио Рељановић, *Дискриминација предузетница се наставља*, 2021, доступно на адреси: <https://pescanik.net/diskriminacija-preduzetnica-se-nastavlja/>, 20. 7. 2022.

47 International Labour Organization, *Direct Request (CEACR) – adopted 2005, published 95th ILC session (2006)*, доступно на адреси: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?>



такође захтева од државе да обезбеди податке о врстама атипичног рада који постоји у Мађарској, а формулација која стоји у Коментару када је реч о примерима атипичног рада је следећа: „на пример, рад са непуним радним временом, привремени послови, samozапослење итд“.<sup>48</sup> Када је реч о Републици Србији, Комитет се осврнуо на коментар синдика-та „Независност“, а који се односи на то да се заштита жена као мајки не односи „на све облике рада“ у пракси, те да *de facto* само жене које раде у формалној економији на основу уговора на неодређено време у пракси остварују ова права.<sup>49</sup> На основу наведених коментара, може се закључити да, иако у самом тексту Конвенције стоји горе наведена формулација, Комитет је кроз своје извештаје и захтеве према државама, а у вези са испуњењем обавеза из Конвенције МОП-а број 183, веома широко тумачио опсег примене ове конвенције. Ово је утолико пре важно када се узме у обзир то да анализе МОП-а указују да су управо samozапослене жене међу онима које су најчешће на националном нивоу искључене из система заштите, односно плаћеног породилског одсуства, али и када се узму у обзир раније споменута питања и дилеме у погледу економски зависне samozапослености.

У оквиру Конвенције МОП-а број 183, породилско одсуство се гарантује у трајању од најмање 14 недеља,<sup>50</sup> а такође се јасно наглашава забрана давања отказа трудници, односно жени која је на породилском одсуству, али и право сваке жене да се по истеку одсуства врати на исти посао на ком је радила.<sup>51</sup> Поред тога, Конвенција садржи посебне одредбе о заштити здравља трудница и жена које доје. Кроз Конвенцију МОП-а број 183 је додатно прецизиран стандард који се односи на новчане накнаде на које има право жена која је на породилском одсуству, те се тако наводи да жена: „има право на новчану накнаду која обезбеђује да себе и своје дете одржава у добром здрављу и са одговарајућим животним стандардом“, али се ово и даље прецизира тиме што се наводи

---

*p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\_COMMENT\_ID,P11110\_COUNTRY\_ID,P11110\_COUNTRY\_NAME,P11110\_COMMENT\_YEAR:2248315,102709, 22. 7. 2022.*

48 International Labour Organization, Direct Request (CEACR) – adopted 2007, published 97th ILC session (2008), доступно на адреси: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:2278413,102679, 22. 7. 2022](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2278413,102679, 22. 7. 2022). Питање у вези са атипичним облицима рада је постављено и у вези са извештајем Белорусије, Литваније и Малија.

49 International Labour Organization, Observation (CEACR) – adopted 2013, published 103rd ILC session (2014), доступно на адреси: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:3148309,102839,Serbia,2013, 30. 7. 2022](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3148309,102839,Serbia,2013, 30. 7. 2022).

50 Конвенција МОП-а број 183, чл. 4 ст. 1.

51 Конвенција МОП-а број 183, чл. 8.

да „накнада неће бити мања од две трећине њене претходне зараде или примања која се узимају у обзир приликом обрачуна накнаде“.<sup>52</sup>

## IV Правни режим посебне заштите материнства у Републици Србији

### 1. Уводна разматрања

Када је реч о поређењу законског третмана запослених жена и предузетница у домаћем правном оквиру, а у вези са посебном заштитом материнства, пре свега је неопходно нагласити чињеницу да различити закони уређују ово питање.

Положај запослених жена уопште је регулисан Законом о раду,<sup>53</sup> те се тако и питања у вези са заштитом материнства (већински) уређују овим законом, док је износ накнаде (зараде) у вези са одсуством поводом материнства регулисан Законом о финансијској подршци породици са децом.<sup>54</sup> С друге стране, положај предузетника уопште је уређен Законом о привредним друштвима,<sup>55</sup> док су питања у вези са материнством предузетница примарно уређена ЗФППД-ом. Према дефиницији која постоји у ЗОПД, „предузетник је пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији“.<sup>56</sup> У том светлу, а у контексту адекватног разумевања појмова, важно је нагласити да термин самозапослена лица није искоришћен нигде у домаћем законском оквиру, али се може рећи да је категорија самозапослености веома широка, те да обухвата (и у Републици Србији) и предузетнице.

52 Конвенција МОР-а број 183, чл. 6.

53 Закон о раду – ЗОР, *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.

54 Закон о финансијској подршци породици са децом – ЗФППД, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017, 50/2018, 46/2021 – одлука УС, 51/2021 – одлука УС, 53/2021 – одлука УС, 66/2021 и 130/2021. Важно је нагласити да ова права важе само када је реч о законито заснованом радном односу, те жена која фактички ради не би имала права у вези са посебном заштитом од отказа. О томе сведочи и пракса Врховног касационог суда – Суд је закључио да, пошто је тужиљи законит радни однос престао, а она је наставила фактички да ради, не остварује право на посебну заштиту од отказа. Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 2098/2021 од 17. 9. 2021. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 7. 12. 2021. године. Врховни касациони суд, *Билтен*, бр. 2/2021, 203.

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

56 ЗОПД, чл. 83 ст. 1.

Иако је кроз ЗФППД пружена заштита и женама које, како се у ЗФППД наводи „самостално обављају делатност“, односно предузетницама, ова заштита се у извесној мери разликује у односу на ону пружену запосленим женама.<sup>57</sup> Разлике у самом третману запослених жена и предузетница у вези са материнством су бројне – почевши од питања накнаде, преко дужине трајања одсуства, па све до питања родне и полне (не)равноправности.<sup>58</sup>

С обзиром на то да је положај запослених жена и предузетница у вези са материнством регулисан различитим законима, постављају се питања која се односе на то који је *ratio* различитих решења, да ли постоји оправданост одређеног степена сличности/разлике у решењима, које су даље реперкусије различитих решења итд. Управо стога је питање (не)оправданости различитог третмана запослених жена и предузетница у вези са посебном заштитом материнства прожето великим степеном сложености.

## 2. Предузетнице и запослене жене – неједнакост у погледу накнада

Иако остваривање прихода није једина сврха коју рад има за човека, може се рећи да је остваривање (адекватних) прихода у најмању руку постављено веома високо на скали приоритета за сваког ко обавља неки рад – важност прихода није ништа мања у току привремене спречености за рад, породилског, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета.

У вези са накнадама на које запослене жене имају право, у ЗОР-у је прописано: „за време породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета запослена жена, односно отац детета, има право на накнаду зараде, у складу са законом“.<sup>59</sup> Када је реч о посебној нези детета, она је везана за психофизичку ометеност или инвалидитет детета, и у том

---

57 У том светлу, потребно је имати у виду да, иако се развој женског предузетништва тема којој се посвећује пажња, а о чему сведоче о Национална стратегија за младе за период од 2015. до 2025. године, као и Акциони план за њено спровођење, бројне препреке стоје на путу женама које желе да постану, односно јесу предузетнице.

58 Како се наводи: „жене које су се упустиле у предузетничке воде често истичу предности оваквог начина пословања због могућности да самостално воде посао. Насупрот томе, основни проблем жена које се баве самосталном делатности је њихова дискриминација у односу на запослене жене у погледу права на коришћење трудничког, породилског и одсуства са рада ради неге детета“. Дигитална заједница, Предлози Иницијативе „Дигитална заједница“ и „Маме су закон“ за унапређење положаја жена које обављају самосталну делатност, доступно на адреси: <https://www.digitalnazajednica.org/wp-content/uploads/2021/08/Inicijativa.docx.pdf>, 25. 6. 2022.

59 ЗОР, чл. 94 ст. 7.

случају један од родитеља има право на одсуство, или да ради са половином радног времена до пете године детета,<sup>60</sup> док се накнада зарада и у овом случају одређује по истом принципу, као и када је реч о накнади зараде за породилско и одсуство ради неге детета.

Накнада (зараде) за *зайослене жене* је прецизирана ЗФППД-ом где је детаљно прописан и начин утврђивања основице према којој се накнада обрачунава – „утврђује се на основу збира месечних основица на који су плаћени доприноси на примања која имају карактер зараде, за последњих 18 месеци који претходе првом месецу отпочињања одсуства због компликација у вези са одржавањем трудноће, или породилског одсуства [...]».<sup>61</sup> Оно што је посебно важно, јесте то да износ накнаде зараде *не може бити нижи од минималне зараде на дан њочейка остваривања њрава*.<sup>62</sup>

Са друге стране, накнада коју примају предузетнице потпада под „остале накнаде“ одређене ЗФППД-ом. Наиме, у ЗФППД-у се наводи да „остале накнаде по основу рођења и неге детета и посебне неге детета, за дете рођено 1. јула 2018. године и касније, може остварити мајка која је у периоду од 18 месеци пре рођења детета остваривала приходе“, између осталог, на основу „самосталног обављања делатности“.<sup>63</sup> Постојање минималног броја уплаћених доприноса као услова за остваривање права на ове накнаде се у складу са извештајима МОП-а сматра фактором који неретко предузетницама *de facto* онемогућава право на накнаде у току породилског и одсуства ради неге детета.<sup>64</sup>

Принцип рачунања основице осталих накнада у вези са рођењем, негом детета и посебном негом детета је у извесној мери сличан принципу рачунања накнаде зараде, али са неколико важних изузетака – у овај збир се не рачунају примања која имају карактер зараде, а такође није прописан *минимални износ* као у случају накнаде зараде. Важна разлика у погледу рачунања се односи на то да се у овом случају *основица дели са 1,5*,<sup>65</sup> што неспорно ставља предузетнице у неповољнији положај. Из законског текста није јасно шта је *ratio* оваквог решења као

60 ЗОР, чл. 96 ст. 1.

61 ЗФППД, чл. 13 ст. 1.

62 За више о питању претходног минималног броја месеци рада и (не)оправданости овакве одредбе вид. Сарита Брадаш, Марио Рељановић, *Индикајтори достојанствене рада у Републици Србији: Анализа нормативног оквира и њраксе*, Београд, 2019, 25.

63 ЗФППД, чл. 17.

64 International Labour Organization, *World Social Protection Report 2017–19: Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals*, Geneva, 2017, 29.

65 ЗФППД, чл. 18 ст. 8.

таквог, али ни који је основ за то да ово решење буде присутно у случају „осталих накнада“, а не и накнада зарада уређених истим законом. Штавише, може се закључити да осврт на Конвенцију МОП-а број 183 и горе наведено тумачење ове конвенције указује на то да оваква правила према којима се предузетнице стављају у неповољнији положај не би била у складу ни са овом конвенцијом.

У светлу наведеног, остаје отворено питање да ли ће доћи до измена законског оквира, а које би биле усмерене ка изједначавању положаја запослених жена и предузетница у погледу накнада.<sup>66</sup>

Важно је напоменути да су предузетнице стављене у неповољнији положај и када је реч привременој спречености за рад, а у вези са здравственим стањем или компликацијама у вези са трудноћом. Као што је горе наведено, ЗФППД-ом је регулисан начин утврђивања накнаде и у овом случају, али је у овом погледу важно консултовати и одредбе Закона о здравственом осигурању.<sup>67</sup> Наиме, у случају привремене спречености за рад, предузетница, на супрот запосленој жени, *нема право на накнаду из обавезног здравственог осигурања* уколико привремено не одјави обављање делатности. У истој ситуацији, уколико пак предузетница има једног или више запослених, припада јој само 50% накнаде коју би примала, а да је одјавила обављање делатности.<sup>68</sup> С обзиром на неповољну ситуацију у коју ЗЗО ставља предузетнице у овом смислу, преостаје да се види да ли ће у наредном периоду доћи до измена и овог закона, а које би допринеле побољшању положаја предузетница у вези са материнством.<sup>69</sup>

---

66 Тренутно постоји предлог групе народних посланика који се односи на различите измене ЗФППД које би довеле до изједначавања положаја запослених жена и предузетница у погледу различитих права у вези са посебном заштитом материнства. Предлог доступан на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/13\\_saziv/011-2742\\_22.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/011-2742_22.pdf), 25. 1. 2023.

67 Закон о здравственом осигурању – ЗЗО, *Службени гласник РС*, бр. 25/2019.

68 ЗЗО, чл. 85.

69 Када је реч о чл. 85 ЗЗО, потенцијално се могу очекивати измене и када је реч о овој одредби. Наиме, у новембру 2022. године је група од осам народних посланика поднела Предлог Закона о измени Закона о здравственом осигурању. Циљ овог предлога јесте управо побољшање положаја предузетница у контексту привремене спречености за рад (висина и обрачун накнаде за време привремене спречености за рад), а подносиоци Предлога се позивају на Конвенцију МОП-а број 184, као и Устав Републике Србије, наводећи да је тренутно законско решења противно овим изворима права. Предлог доступан на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/13\\_saziv/011-2600\\_22.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/011-2600_22.pdf), 27. 1. 2023. За више о томе вид. Љиљана Беговић, Да ли ће маме предузетнице у 2023. бити изједначене са запосленим женама?, доступно на адреси: <https://biznis.rs/vesti/srbija/da-li-ce-mame-preduzetnice-u-2023-biti-izjednacene-sa-zaposlenim-zenama/>, 25. 1. 2023.

### 3. Трајање одсуства због трудноће, порођаја и неге детета

Када је реч о трајању одсуства, односно периода у ком постоји право на накнаде у вези са материнством, такође постоје неуједначена решења у светлу права које имају са једне стране запослене жене, а са друге стране предузетнице.<sup>70</sup> Наиме, ЗОР у погледу запослених жена прописује следеће: „запослена жена има право да отпочне породилско одсуство на основу налаза надлежног здравственог органа најраније 45 дана, а обавезно 28 дана пре времена одређеног за порођај“;<sup>71</sup> док породилско одсуство траје до навршена три месеца од дана порођаја.<sup>72</sup> Штавише, овим законом је прописано да право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета подразумева укупно 365 дана одсуства.<sup>73</sup> Међутим, у случају рођења трећег и сваког наредног детета, „жена добија право на породилско одсуство и одсуство ради неге деце у укупном трајању од две године“.<sup>74</sup>

Са друге стране, ЗФППД питање дужине трајања одсуства регулише на следећи начин: предузетнице имају право на остале накнаде у периоду од годину дана од рођења детета, а „без обзира на ред рођења деце“.<sup>75</sup> У светлу наведеног, може се закључити да у складу са законским решењима постоје две основне разлике приликом регулисања питања дужине одсуства. Наиме, право на породилско одсуство, а у складу с тим и накнаду зараде, запосленим женама, у складу са ЗОР-ом почиње пре порођаја (најраније 45, а обавезно 28 дана), док ЗФППД предвиђа за предузетнице могућност добијања осталих накнада *пек по рођењу деце*. Иако укупно трајање породилског одсуства и одсуства ради неге детета у складу са ЗОР-ом са једне стране, а права на остале накнаде у складу са ЗФППД-ом са друге стране износи годину дана,

70 Уопште, када је реч о трајању одсуства у вези са рођењем и негом детета, важно је узети у обзир и то да су најављене измене у 2023. години. Кисић: Средином 2023. биће усвојен закон којим се продужава породилско одсуство са 12 на 15 месеци, Танјуг, доступно на адреси: [https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/6057/kisic-sredinom-2023-bice-usvojen-zakon-kojim-se-produzava-porodiljsko-odsustvo-sa-12-na-15-meseci/](https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/6057/kisic-sredinom-2023-bice-usvojen-zakon-kojim-se-produzava-porodiljsko-odsustvo-sa-12-na-15-meseci/vest) vest, 25. 1. 2023.

71 ЗОР, чл. 94 ст. 2.

72 ЗОР, чл. 94 ст. 3.

73 ЗОР, чл. 94 ст. 4. У овом погледу је важно нагласити да се потенцијално могу очекивати и измене у погледу трајања породилског одсуства када је реч о запосленим женама. Продужава се породилско одсуство, Маме су закон, доступно на адреси: <https://www.mamesuzakon.org/produzava-se-porodiljsko-bolovanje/>, 25. 1. 2023.

74 ЗОР, чл. 94а ст. 1. У ст. 2 истог чл. се наводи да ово право има и запослена жена „која у првом порођају роди троје или више деце, као и запослена жена која је родила једно, двоје или троје деце а у наредном порођају роди двоје или више деце“.

75 ЗФППД, чл. 17 ст. 4.

могућност добијања накнада, односно коришћења одсуства је неједнако регулисана. Друга значајна разлика у третману се односи на чињеницу да ЗОР прописује повољнији третман у погледу права на одсуство када је реч о рођењу трећег и сваког наредног детета (право на одсуство у трајању од две године), док предузетнице ово право *немају*. С обзиром на то, може се рећи да су и у светлу дужине трајања одсуства, у складу са законским оквиром, предузетнице *иакође* стављене у неповољнији положај. Ово је препознао и Уставни суд те је стога на седници одржаној 22. децембра 2022. године одлучио о неуставности одредбе ЗФППД-а која се односи на то да предузетнице остварују право на остале накнаде у року од годину дана од рођења детета, без обзира на ред рођења детета (чл. 17 ст. 4).<sup>76</sup> Управо оваква одлука Уставног суда јасно сведочи о потреби преиспитивања законских решења којима се успоставља неједнак третман запослених жена и предузетница у вези са материнством, односно успостављања једнакости у овом погледу.

#### 4. Неједнак третман мушкараца и жена у погледу одсуства у вези са рођењем и негом детета

Када је реч о обављању породичних дужности, потребно је нагласити да се оне и данас неретко сматрају „само“ женским дужностима.<sup>77</sup> Полазна основа за гарантовање једнакости мушкараца и жена у овом погледу јесу законска решења која *омоћућавају* (а корак даље подразумева и то да промовишу) једнакост мушкараца и жена у обављању породичних дужности.<sup>78</sup> У светлу наведеног ће у наставку бити извршено поређење решења из ЗОР-а и ЗФППД-а.<sup>79</sup>

---

76 Саопштење са 16. седнице Уставног суда, одржане 22. децембра 2022. године, којом је председавала Снежана Марковић, председница Уставног суда, доступно на адреси: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/80-102933/saopstenje-sa-16-sednice-ustavnog-suda-odrzane-22-decembra-2022-godine-kojom-je-predsedavala-snezana-markovic-predsednica-ustavnog-suda?fbclid=IwAR0lsRs4gWRnSxak8fW8lfZjFDlt4O0pGIWQ-htsdaKR290yaKTFh5uwHA>, 27. 1. 2023. Интересантно је напоменути и то да је на истој седници Уставни суд одбацио предлог за утврђивање неуставности одредаба чл. 17 ст. 5 и 7 ЗФППД-а. Такође је важно нагласити и то да је Уставни суд одложио објављивање одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије“ за шест месеци од дана њеног доношења.

77 Francesco Pace, Giulia Scotto, „Gender Differences in the Relationship between Work–Life Balance, Career Opportunities and General Health Perception“, *Sustainability*, No. 14/2022, 356.

78 У том светлу, интересантно је напоменути да је у Европској унији донета Директива 2019/1158/EU (*Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, Official Journal of the European Union*, L 188/79) која се бави управо питањем усклађивања професионалне и породичне сфере живота, те у том

Када је реч о породичном одсуству, у складу са ЗОР-ом, правило је да ово одсуство користи жена. Изузетно, право на породично одсуство може да искористи отац детета када мајка умре, напусти дете или из других оправданих разлога не може да користи ово одсуство, али и *уколико мајка није у радном односу*.<sup>80</sup> Са друге стране, када је реч о одсуству ради неге детета ЗОР дозвољава да ово право користи или мајка или отац детета, *без њиховог одобрења додатних услова*, односно омогућава једнак положај жене и мушкарца у овом погледу,<sup>81</sup> а исто важи и у односу на посебну негу детета.<sup>82</sup> Другим речима, ЗОР „не предвиђа посебне услове за остваривање права оца на одсуство због неге детета у смислу спречености мајке да користи ово право, као што је то случај са породичним одсуством. То значи да ако су отац и мајка у радном односу, имају право да једно од њих користи одсуство због неге детета“.<sup>83</sup> Па ипак, поставља се питање колико је овај третман заиста једнак када се обрати додатна пажња и на члан 22 став 2 ЗОР-а: „одредбе закона, општег акта и уговора о раду које се односе на посебну заштиту и помоћ одређеним категоријама запослених, а посебно оне о заштити особа са инвалидитетом, жена за време породичног одсуства и одсуства са рада ради неге детета, посебне неге детета [...] не сматрају се дискриминацијом“.<sup>84</sup> Дакле, важно је приметити да је изричито

погледу истиче важност равноправности мушкараца и жена у обављању породичних дужности.

79 Комитет МОП-а за примену конвенција и препорука је тражио од Републике Србије да преда статистичке податке о томе колико мушкараца користи одсуство ради неге детета, као и уопште у вези са мерама од значаја за усклађивање професионалне и породичне сфере живота. Direct Request (CEACR) – adopted 2021, published 110th ILC session (2022), доступно на адреси: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:4123715,102839,Serbia,2021,1.7.2022](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:4123715,102839,Serbia,2021,1.7.2022).

80 ЗОР, чл. 94 ст. 5.

81 ЗОР, чл. 94 ст. 4 и ст. 6.

82 ЗОР, чл. 96 ст. 1.

83 Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00724/2011-02 од 13. 9. 2011.

84 У вези са тим, чини се да се право на одсуство ради неге детета *ипак* неретко третира као инхерентно право које припада мајци, независно од законске формулације. О томе сведочи Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, број 011-00-387/2017-02 од 22. 8. 2017. године у ком се наводи: „[...] ако мајка детета која је запослена код страног послодавца на територији Републике Србије или на територији друге државе, не остварује право на породично одсуство и одсуство са рада ради неге детета у складу са ЗОР-ом, већ по прописима државе рада, односно седишта страног послодавца, отац детета не може да користи право на одсуство ради неге детета у договору са мајком детета, у складу са чл. 94 ст. 6 Закона о раду, јер нема основа за уступање овог права од мајке која то право није ни остварила у складу са ЗОР-ом“.



наведено то да се женама пружа посебна заштита и помоћ (и) у вези са одсуством ради неге детета, а што би начелно требало да буде право које равноправно припада мајкама и очевима, те би потенцијално било потребно ревидирати овај члан у том смислу.

Са друге стране, када је реч о осталим накнадама које остварују жене које „самостално обављају делатност“, односно предузетнице, правила су доста „строже постављена“. Наиме, у ЗФППД-у се јасно наводи да право на остале накнаде припада мајци детета. Само изузетно „право на остале накнаде по основу рођења и неге детета, може остварити и отац детета, уколико мајка није жива, ако је напустила дете, или ако је из објективних разлога спречена да непосредно брине о детету“.<sup>85</sup> Дакле, може се рећи да је решење у погледу осталих накнада по основу рођења детета слично постављено, док постоји значајна разлика у погледу накнада у вези са одсуством ради неге детета. Док ЗОР оставља могућност да или мајка или отац остваре ово право, без икаквих додатних услова, ЗФППД *само у изузетно набројаним случајевима* оцу детета дозвољава коришћење права на остале накнаде.

С обзиром на наведено, може се закључити да, у складу са тренутно важећим решењем, за разлику од ЗОР-а који омогућава једнакост мајке и оца детета у контексту одсуства ради неге детета, ово није признато у ЗФППД. Стога се може закључити да је управо одсуство препознавања овог питања када је реч о предузетницама још један показатељ неоправдане неједнакости у третману запослених жена и предузетница у вези са материнством.

## V Закључна разматрања

Положај жена на тржишту рада, и уопште у свету рада, и данас подразумева суочавање са низом изазова. Иако историјска перспектива указује на то да се положај жена у овом смислу мењао и временом

---

Такође, још једно мишљење Министарства које говори у прилог овом становишту је следеће: „отац детета, коме је новорођено дете треће по редоследу рођења (из претходног брака има двоје деце), не може остварити право на одсуство с рада ради неге детета и накнаду зараде за преостали период до две године од дана отпочињања породилског одсуства супруге, јер се услови за остваривање права цене у односу на мајку детета, којој по основу рођења првог детета не припада право на породилско одсуство и одсуство с рада ради неге детета у укупном трајању од две године“. Мишљење Министарства рада запошљавања и социјалне политике, Сектор за бригу о породици и социјалну заштиту, Одсек за послове у области популационе и финансијске подршке породици са децом, број 011-00-00531/2015-13, од 18. 8. 2015.

85 ЗФППД, чл. 17 ст. 7.

побољшавао, оне и данас остају суочене са низом стереотипа и предрасуда у професионалној сфери, те су често жртве дискриминације. Штавише, ситуација постаје „утолико гора“ уколико су жене мајке или планирају да постану мајке. Другим речима, иако правни оквир садржи јасне гаранције права у вези са посебном заштитом материнства када је реч о запосленим женама, оне ипак неретко бивају жртве дискриминације (и) на основу материнства. Са друге стране, поставља се питање какав је положај предузетница, те каквом третману могу бити изложене уколико и сам законски оквир садржи *само одређене* гаранције.

Другим речима, питање положаја жена у вези са рођењем и негом детета постаје утолико сложеније уколико и сам законски оквир предвиђа различита решења у зависности од тога да ли се обавља подређени или независни рад, а што је то присутно у законском оквиру у Републици Србији. Кроз рад је указано на разлике положаја запослених жена са једне стране, а предузетница са друге у овом погледу, те се може закључити да је запосленим женама загарантован знатно виши степен заштите. Виши степен заштите се гарантује кроз различите аспекте, те се без недоумица може закључити да, у складу са тренутним законским решењима, постоји неједнак третман. Па ипак, одлука Уставног суда којом се законска одредба ЗФППД-а којом је уређена дужина трајања права на примање накнада, односно одсуства, у погледу предузетница проглашава неуставном указује на први корак ка изједначавању третмана запослених жена и предузетница. Иако постоје очекивања увођења и других промена управо са циљем побољшања положаја предузетница у вези са материнством, време ће показати да ли ће доћи до потпуног изједначавања запослених жена и предузетница у овом погледу.

Свакако се може закључити да не постоји оправдан основ за разлике у третману запослених жена и предузетница у вези са материнством. Дакле, иако је неспорно то да је са бројних аспеката положај запослених жена и положај предузетница различит и да је сам рад који обављају различит у зависности од тога да ли је његова срж подређеност или независност, ипак се чини да баш у погледу материнства, односно реперкусија које рођење и брига о детету има на професионалну сферу мајке детета, положај не би требало да буде различит. Наиме, управо у овом, издвојеном питању, *de facto* је реч о жени која извесни период времена не може да обавља рад, било да је запослена или да је предузетница. У том погледу, законски оквир треба да јој пружи заштиту, а тако да би тај период могла да ужива економску сигурност. Иако се извесне замерке потенцијално могу упутити и законском решењу којим се регулише положај запослених жена у наведеном контексту, чини се да законска решења која се односе на положај предузетница додатно

отежавају њихов положај као мајки, а без оправданог разлога. Другим речима, неопходно је обезбедити законске гаранције једнаког третмана запослених жена и предузетнице у вези са посебном заштитом материнства.

### Коришћена литература

- Беговић Љиљана, Да ли ће маме предузетнице у 2023. бити изједначене са запосленим женама?, доступно на адреси: <https://biznis.rs/vesti/srbija/da-li-ce-mame-preduzetnice-u-2023-biti-izjednacene-sa-zaposlenim-zenama/>, 25. 1. 2023. (Begović Ljiljana, Da li će маме предузетнице у 2023. бити изједначене са запосленим женама?, доступно на адреси: <https://biznis.rs/vesti/srbija/da-li-ce-mame-preduzetnice-u-2023-biti-izjednacene-sa-zaposlenim-zenama/>, 25. 1. 2023)
- Бекер Косана, *Вишеструка дискриминација жена у Србији и одабраним државама Европске уније: упоредна анализа*, одбрањена докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2019. (Beker Kosana, *Višestruka diskriminacija žena u Srbiji i odabranim državama Evropske unije: uporedna analiza*, odbranjena doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad, 2019)
- Bonnet Florence, Vanek Joann, Chen Martha, *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Brief*, Geneva, 2019.
- Брадаш, Сарита, Рељановић Марио, *Индикатори достојанственог рада у Републици Србији: Анализа нормативног оквира и праксе*, Београд, 2019. (Bradaš, Sarita, Reljanović Mario, *Indikatori dostojanstvenog rada u Republici Srbiji: Analiza normativnog okvira i prakse*, Beograd, 2019)
- Bridgeman Jo, Keating Heather, „Introduction: Conceptualizing Family Responsibility“, *Responsability, Law and Family* (eds. Jo Bridgeman, Heather Keating, Craig Lind), Farnham, 2008.
- Women in business 2020: Putting the Blueprint into Action, Grant Thornton Report, доступно на адреси: [https://www.grantthornton.global/global-assets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/2020/women-in-business-2020\\_report.pdf](https://www.grantthornton.global/global-assets/1.-member-firms/global/insights/women-in-business/2020/women-in-business-2020_report.pdf), 20. 7. 2022.
- Gupta Sweety, Aggarwal Aanchal, „Opportunities and Challenges faced by Women Entrepreneurs in India“, *IOSR Journal of Business and Management*, Vol. 17, Issue 8/2015.
- Das Smita, Kotikula Aphichoke, *Gender-based Employment Segregation: Understanding Causes and Policy Interventions*, Washington, 2019.
- Дигитална заједница, Предлози Иницијативе „Дигитална заједница“ и „Маме су закон“ за унапређење положаја жена које обављају са-

- мосталну делатност, доступно на адреси: <https://www.digitalna.zajednica.org/wp-content/uploads/2021/08/Inicijativa.docx.pdf>, 25. 6. 2022. (Digitalna zajednica, Predlozi Inicijative „Digitalna zajednica“ i „Mame su zakon“ za unapređenje položaja žena koje obavljaju samostalnu delatnost, dostupno na adresi: <https://www.digitalnazajednica.org/wp-content/uploads/2021/08/Inicijativa.docx.pdf>, 25. 6. 2022)
- European Parliament, Understanding the Gender Pay Gap: Definition and Causes, доступно на адреси: [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vl59mpupm0vq?ctx=vk4jic6t1dxz#:~:text=Source%3A%20European%20Parliament%20\(EP\),and%20the%20reasons%20behind%20it](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vl59mpupm0vq?ctx=vk4jic6t1dxz#:~:text=Source%3A%20European%20Parliament%20(EP),and%20the%20reasons%20behind%20it), 10. 7. 2022.
- European Commission, *2022 Report on Gender Equality in the EU*, Brussels, 2022.
- European Commission, Women's Situation in the Labour Market, доступно на адреси: [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/women-labour-market-work-life-balance/womens-situation-labour-market_en), 10. 6. 2022.
- Жунић Наталија, „Discrimination Against Women and the Human Rights of Women“, *Зборник радова Правној факултетеиша у Нишу*, Vol. 67, 2014. (Žunić Natalija, „Discrimination Against Women and the Human Rights of Women“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Vol. 67, 2014)
- International Labour Organization, *Maternity and Paternity at Work: Law and Practice across the World*, Geneva, 2014.
- International Labour Organization, *Women at Work: Trends 2016*, Geneva, 2016.
- International Labour Organization, *World Employment Social Outlook: Trends for Women 2017*, Geneva, 2017.
- International Labour Organization, *World Social Protection Report 2017–19: Universal Social Protection to Achieve the Sustainable Development Goals*, Geneva, 2017.
- International Labour Organization, *Global Wage Report 2018/19: What Lies behind Gender Pay Gaps*, Geneva, 2018.
- International Labour Organization, Assessment of Women's Entrepreneurship Development, 2020, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_745278.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_745278.pdf), 20. 7. 2022.

- International Labour Organization, Over 2 Million Moms Left the Labour Force in 2020 According to New Global Estimates, 2022, доступно на адреси: <https://ilostat.ilo.org/over-2-million-moms-left-the-labour-force-in-2020-according-to-new-global-estimates/>, 15. 6. 2022.
- International Labour Organization, The Gender Gap in Employment: What's Holding Women Back?, 2022, доступно на адреси: <https://www.ilo.org/infostories/en-GB/Stories/Employment/barriers-women#global-gap>, 9. 6. 2022.
- International Labour Organization, International Labour Standard Instruments on Maternity Protection, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/travail/aboutus/WCMS\\_119238/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/travail/aboutus/WCMS_119238/lang--en/index.htm), 21. 7. 2022.
- International Labour Organization, International Labour Standards on Maternity protection, доступно на адреси: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--en/index.htm>, 15. 6. 2022.
- International Labour Organization, Understanding the Gender Pay Gap, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_735949.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_735949.pdf), 20. 7. 2022.
- International Labour Organization, Women Entrepreneurship Development, доступно на адреси: [https://www.ilo.org/moscow/areas-of-work/employment/WCMS\\_249440/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/moscow/areas-of-work/employment/WCMS_249440/lang--en/index.htm), 11. 7. 2022.
- International Organization for Migration, *For Their Own Good? Addressing Exploitation of Women Migrant Workers*, Geneva, 2017.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Правни оквир ЕУ за подстицање женског предузетништва“, *Усклађивање пословној права Србије са правом Европске Уније* (уредник Вук Радовић), Београд, 2019. (Јевремовић Петровић Татјана, „Pravni okvir EU za podsticanje ženskog preduzetništva“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske Unije* (urednik Vuk Radović), Beograd, 2019)
- Kiaušienė Ilona, Štreimikienė Dalia, Grundey Dainora, „On Gender Stereotyping and Employment Assimetries“, *Economic & Sociology*, Vol. 4, Nr. 2/2011.
- Кисић: Средином 2023. биће усвојен закон којим се продужава породилско одсуство са 12 на 15 месеци, Танјуг, доступно на адреси: <https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/6057/kisic-sredinom-2023-bice-usvojen-zakon-kojim-se-produzava-porodiljsko-odsustvo-sa-12-na-15-meseci/vest>, 25. 1. 2023. (Kisić: Sredinom 2023. biće usvojen zakon kojim se produžava porodiljsko odsustvo sa 12 na 15 meseci, Tanjug, dostupno na adresi: <https://www.tanjug.rs/srbija/drustvo/6057/>

- kisic-sredinom-2023-bice-usvojen-zakon-kojim-se-produzava-poro-diljsko-odsustvo-sa-12-na-15-meseci/vest*, 25. 1. 2023)
- Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за оџказ ујовора о рагу*, Београд, 2016. (Kovačević Ljubinka, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Beograd, 2016)
- Ковачевић Љубинка, *Заснивање радној односа*, Београд, 2021. (Kovačević Ljubinka, *Zasnivanje radnog odnosa*, Beograd, 2021)
- Correl Shelley J, Stephan Benard, Paik In, „Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?“, *American Journal of Sociology*, Vol. 112, No. 5/2007.
- Cruz Adrienne, *Good Practices and Challenges on the Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183) and the Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156): A comparative study: Working Paper*, No. 2/2012, Geneva, 2012.
- Kunze Astrid, Parental Leave and Maternal Employment, Discussion Paper No. 01/2022, доступно на адреси: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4013304](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4013304), 18. 7. 2022.
- Lorber Judith, *The Variety of Feminisms and their Contributions to Gender Equality*, Oldenburg, 1997.
- Minniti Maria et al, *Women in Entrepreneurship*, London, 2003.
- Мршевић Зорица, *Ка демократском друштву – родна равнојравност*, Београд, 2011. (Mršević Zorica, *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost*, Beograd, 2011)
- Onileowo Temitope Teniola, „Single Mother Entrepreneurs: Issues and Challenges“, *IRE Transactions on Education*, No. 4/2021.
- Otobe Naoko, *Gender Dimensions of Employment Trends and Future of Work: Where Would Women Work Next?*, Geneva, 2017.
- Пајванчић Маријана, „Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена – кратак осврт на садржај“, *Омбудсман њрошив дво-сџруке дискриминације жена* (уредник Покрајински омбудсман), Нови Сад, 2008. (Pajvančić Marijana, „Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena – kratak osvrt na sadržaj“, *Ombudsman protiv dvostruke diskriminacije žena* (urednik Pokrajinski ombudsman), Novi Sad, 2008)
- Pace Francesco, Sciotto Guilia, „Gender Differences in the Relationship between Work–Life Balance, Career Opportunities and General Health Perception“, *Sustainability*, No. 14/2022.
- Продужава се породилско одсуство, Маме су закон, доступно на адреси: <https://www.mamesuzakon.org/produzava-se-porodiljsko-bolovanje/>,

25. 1. 2023. (Produžava se porodiljsko odsustvo, Mame su zakon, доступно на адреси: <https://www.mamesuzakon.org/produzava-se-porodiljsko-bolovanje/>, 25. 1. 2023)
- Рељановић Марио, Дискриминација предузетница се наставља, 2021, доступно на адреси: <https://pescanik.net/diskriminacija-preduzetnica-se-nastavlja/>, 20. 7. 2022. (Reljanović Mario, Diskriminacija preduzetnica se nastavlja, 2021, dostupno na adresi: <https://pescanik.net/diskriminacija-preduzetnica-se-nastavlja/>, 20. 7. 2022)
- Savat Sara, Mothers May Face Increased Workplace Discrimination Post-pandemic: Research Warns, 2020, доступно на адреси: <https://source.wustl.edu/2021/07/mothers-may-face-increased-workplace-discrimination-post-pandemic-research-warns/>, 1. 8. 2022.
- Срдић Марија, Равноправност за маме предузетнице, 2022, доступно на адреси: <http://www.centaronline.org/sr/vest/12640/ravnopravnost-za-mame-preduzetnice>, 5. 8. 2022. (Srđić Marija, Ravnopravnost za mame preduzetnice, 2022, dostupno na adresi: <http://www.centaronline.org/sr/vest/12640/ravnopravnost-za-mame-preduzetnice>, 5. 8. 2022)
- UN Women, Care Work: Increased Burdens for Women, доступно на адреси: <https://www.unwomen.org/en/hq-complex-page/covid-19-rebuilding-for-resilience/care-work>, 20. 6. 2022.
- UN Women, Women in the Changing World of Work, доступно на адреси: <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/changingworldofwork/en/index.htm>, 21. 6. 2022.
- Ferrant Gaëlle, Kolev Alexandre, The Economic Cost of Gender-based Discrimination in Social Institutions, OECD Development Centre, June 2016, доступно на адреси: [https://www.oecd.org/dev/development-gender/SIGI\\_cost\\_final.pdf](https://www.oecd.org/dev/development-gender/SIGI_cost_final.pdf), 15. 7. 2022.
- Ferrary Michel, „Gender diversity in the labor market: Employer Discrimination, Educational Choices and Professional Preferences“, @ GRH, No. 2/2018.
- Шундерић Боривоје, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001. (Šunderić Borivoje, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Београд, 2001)

**Mina KUZMINAC**

**Teaching fellow and PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia**

## **SPECIAL MATERNITY PROTECTION – (UN) JUSTIFIED UNEQUAL TREATMENT OF EMPLOYED WOMEN AND WOMEN ENTREPRENEURS**

### **Summary**

*The article deals with the comparison of the legal status of working women and women entrepreneurs in the Republic of Serbia, regarding rights related to maternity protection. Although it is indisputable that there is a significant difference between performing independent and subordinate work, the article aims to find an answer to the question of whether and to what extent the position of working women and women entrepreneurs is (un)equal in terms of special maternity protection. Special attention in the article is devoted to maternity leave, leave for tending a child and leave for special care of a child, types and amounts of monetary compensation, as well as the issue of legal regulation of the (un)equal position of men and women in relation to tending a child. Through the analysis of the aforementioned institutes, the author concludes that the position of employed women and women entrepreneurs is unequal in terms of the rights they exercise as mothers, and that there is no justified reason for this.*

**Key words:** *Employed women. – Women entrepreneurs. – Maternity. – Maternity leave. – Leave for tending a child.*

Датум пријема рада: 20. 8. 2022.

Датум исправке рада: 1. 2. 2023.

Датум прихватања рада: 2. 2. 2023.



## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, који се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италиком).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У 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) *Дрући ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

*Пример:*

## I Појам

### 1. Терминологија

#### *а) Терминологија у ујоредном праву*

##### 1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *redakcija@pravoprivreda.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

### 1. Књиге

- а) Књиге се цитирају на следећи начин:  
име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.  
*Пример:* Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.  
Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.
- б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.  
*Пример:* Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментаријар Закона о стечајном послову*, Београд, 2006, 67.  
Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.
- в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.  
*Пример:* Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.  
Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.  
Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.
- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.  
*Пример:* М. Васиљевић, 102.  
R. Goode, 431.
- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.  
*Пример:* Н. Јовановић (2010), 107.

## 2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

*Пример:* Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

*Пример:* Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

*Пример:* Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

*Пример:* В. Радовић, 164.

- д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

*Пример:* В. Радовић (2014), 184.

- ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

*Пример:* И. Јанковец (1995а), 16.

### 3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, *Службени њласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

*Пример:* Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени њласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

*Пример:* чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, чл. 7.  
ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetz-buch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

#### 4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financialmarkets/docs/clearing/first\\_giovannini\\_report\\_en.pdf](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 : Правни факултет Универзитета у Београду, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002. – Друго издање на другом медијуму:  
Право и привреда (Online) = ISSN 2683-5592

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:

*Гордана Илић Попов, Лидија Живковић*

Порез на дигиталне услуге: дизајн, правна природа и перспективе

*Сања Стојковић Златановић*

Субординација *versus* аутономизација и њихове границе  
код дигиталног рада

*Владимир Вулетић*

Танка је линија што спаја и раздваја: о надмудривању и превари  
у римској класичној продаји

*Андреј Мићовић*

Заштита колективног интереса потрошача

*Никола Илић, Стефан Савић*

Доктрина неопходних капацитета и заштита конкуренције у Србији:  
сектор телекомуникација

*Невена Миленковић*

Како се развијала двостепеност хрватског управног судства:  
шта можемо научити?

*Јована Величковић*

Субјективни домаћај домаће арбитражне одлуке

*Стеван Димитријевић*

Значај развоја државних капацитета за спровођење медијације  
у инвестиционим споровима