УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

60 година часописа

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
2
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 Ћирић (Државни универзитет у Новом Пазару, Србија).

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

Технички секретари
Владимир Пешић, Привредни суд у Београду, Србија
Јелисавета Бољановић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Издавачи
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
Београд, Теразије 27, V спрат
Електронска адреса удружења: office@pravniciuprivredi.org.rs
Електронска адреса часописа: redakcija@pravoiprivreda.rs
Интернет страница: www.pravniciuprivredi.org.rs; 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

60 година часописа

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
2
2023

ПРАВО И ПРИВРЕДА, бр. 2/2023, Година LXI

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

***Мирко* ВАСИЉЕВИЋ**

Компанијскоправни режим разрешења директора пре истека мандата – „ad nutum“ 239

***Слободан* М. МАРКОВИЋ**

Статус законских ограничења ауторског права и патента у међународном праву и праву Србије 257

***Зоран* Р. ТОМИЋ**

Опет о категорији управне ствари: упоришне тачке, заједничка нит и структура 280

***Владимир* ЧОЛОВИЋ**

Финансијско реструктурирање привредних субјеката 297

***Предраг* Н. ЦВЕТКОВИЋ**

Алгоритмирање права: илустрација могућих приступа 315

***Татјана* ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**

Искључива електронска пријава оснивања привредног друштва 328

***Вук* ЦУЦИЋ**

Надзор у области дигиталне имовине 356

Урош **НОВАКОВИЋ**, *Јелена* **ПЛАМЕНАЦ**
Споразум о деоби заједничке имовине и уговор о подели заједничке имовине – заштита поверилаца и(ли) слобода располагања супружника 382

Марко **С. КНЕЖЕВИЋ**
Постулациона способност пуномоћника у парничном поступку. 404

Ђуро **М. ЂУРИЋ**, *Владимир* **М. ЈОВАНОВИЋ**
Примена медијације код реструктурирања 438

Ранко **СОВИЉ**
Реорганизација места трговања – усаглашеност новог Закона о тржишту капитала с MiFID II 457

Мирјана **Б. ГЛИНТИЋ**
Дејство пророгационе клаузуле у уговорима о осигурању великих ризика – Одлука Суда правде Европске уније у предмету *Balta*. 479

Никола **МИЛОСАВЉЕВИЋ**
Поједини патентноправни аспекти примене вештачке интелигенције. 499

Александра **СЕКУЛИЋ**
Основне претпоставке за увођење стечаја предузетника у Републици Србији 518

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Ксенија **ЏИПКОВИЋ**
Егзонерационе клаузуле у српском праву. 534

Андријана **РИСТИЋ**
Радноправни положај платформских радника – анализа стања и перспективе уређења 563

Милена **МОМЧИЛОВ**
Прекид низа индосамената као разлог ништавости преноса менице – пример „скривеног авала“ 578

Бојан **ГРУЈИЋ**
Надметање као начин закључења уговора о грађењу 601

Владимир **ПЕШИЋ**

Електронска меница као потенцијално нови институт српског права 629

Марија **ВРАНИЋ**

Правни третман инсајдерских информација према новом Закону о тржишту капитала. 650

Томислав **ЂУКИЋ**

Оправданост увођења класа акција – осврт на примере у САД и регулативу у Републици Србији. 676

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 692

LAW AND ECONOMY, No. 2/2023, Year LXI

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mirko **VASILJEVIĆ**

Company Law Regime of Dismissing the Director Before Termination of Mandate – "Ad Nutum" 239

Slobodan **M. MARKOVIĆ**

Status of Statutary Limitations of Copyright and Patent in International and Serbian Law 257

Zoran **R. TOMIĆ**

Administrative Matter 280

Vladimir **ČOLOVIĆ**

Financial Restructuring of Economic Entities 297

Predrag **N. CVETKOVIĆ**

Algorithmization of Law: An Illustration of Possible Approaches 315

Tatjana **JEVREMOVIĆ PETROVIĆ**

Exclusive On-line Registration of Companies 328

Vuk **CUCIĆ**

Supervision in the Field of Digital Assets 356

Uroš **NOVAKOVIĆ**, *Jelena* **PLAMENAC**
Agreement on Division of Joint Marital Propriety and Contract on Division of Joint Marital Propriety – Protection of Creditors and/or Freedom of Disposal of Spouses 382

Marko **S. KNEŽEVIĆ**
The Right of Audience of Representative in Civil Proceedings . . . 404

Đuro **ĐURIĆ**, *Vladimir* **JOVANOVIĆ**
Use of Mediation in Restructuring Proceedings. 438

Ranko **SOVILJ**
Reorganization of Trading Venues – Harmonization of the New Capital Market Law with MiFID II. 457

Mirjana **B. GLINTIĆ**
Effects of Forum Selection Clause in Large Risk Insurance Contracts – ECJ decision in case *Balta* 479

Nikola **MILOSAVLJEVIĆ**
Certain Aspects of Application of Artificial Intelligence in Patent Law. 499

Aleksandra **SEKULIĆ**
Basic Assumptions for Introducing Bankruptcy of Entrepreneurs in the Republic of Serbia 518

STUDENT PAPERS

Ksenija **DŽIPKOVIĆ**
Exoneration Clauses in Serbian Law 534

Andrijana **RISTIĆ**
Labour Law Status of Platform Workers – Analysis and Legal Perspectives. 563

Milena **MOMČILOV**
Interruption of the Series of Endorsements as a Reason for the Nullity of the Transfer of Bill of Exchange – An Example of the "Hidden Aval" 578

Bojan **GRUJIĆ**
Bidding as a Method of Formation of Construction Contract . . . 601

Vladimir **PEŠIĆ**
Electronic Bill of Exchange as a Potentially New Institute of Serbian Law 629

Marija **VRANIĆ**
Legal Treatment of Insider Information According to the New Law on Capital Market 650

Tomislav **ĐUKIĆ**
Justification of Dual Class Stock – Review of Examples in US and Regulation in The Republic of Serbia 676

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 692

ЧЛАНЦИ

УДК: 347.72.036 ; 347.72.03-057.177.3
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23201A

др *Мирко* ВАСИЉЕВИЋ*
професор емеритус Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

КОМПАНИЈСКОПРАВНИ РЕЖИМ РАЗРЕШЕЊА ДИРЕКТОРА ПРЕ ИСТЕКА МАНДАТА – „AD NUTUM“**

Сажетак

Разрешење директора и чланова управе друштава капитала у сваком моменту и када за то не постоје било који разлози (основи) или оправдани (озбиљни) разлози – тзв. разрешење „ad nutum“[1] познат је институт упоредног компанијског права. Отворено је, међутим, питање да ли је овакво разрешење од стране органа именовања (скупштина, надзорни одбор – зависно од система управе: једнодомни или дводомни) праћено и одређеним санкцијама које, и поред прихвата овог института, у извесној мери штите тако разрешеног директора или му обезбеђују одређено задовољење.

---

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

** Чланак је прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ са подтемом „Претходна и накнадна анализа правних прописа“.

1 Lat. *ad nutum* – на знак главом (робовласника гладијатору да може окончати живот робу у арени), на миг, одмах, сместа.

У овом раду на темељу анализе упоредне компанијске регулативе и релевантне судске праксе дато је критичко виђење прихвата овог института у својој класичној форми (у сваком моменту, без претходног обавештења и неког рока, без права на накнаду), што представља велику правну несигурност. Аутор је става да овај институт, иако начелно прихватљив у условима приватне својине друштава капитала, мора бити праћен одређеним санкцијама имовинске природе (накнада одређених форми имовинске штете, као и неких форми неимовинске штете, попут губитка репутације на тржишту), у складу са закљученим међусобним уговорима о услугама (пословођења и заступања) друштва и директора (посебно независних и неизвршних), као и у неким формама уговора о раду (посебно друштва и извршних директора) који обезбеђују радноправну сигурност. Ипак, аутор је става да ове форме заштите, како би се сачувала природа овог института, не могу бити такве да би њихово дејство било одвраћајуће за само друштво да доноси овакве одлуке о разрешењу „ad nutum“.

Кључне речи: *Разрешење директора. – Мандат. – Ad nutum. – Уговор о раду. – Уговор о услугама. – Припадајућа права.*

I О појму и проблему разрешења директора „*ad nutum*“

Правна природа односа властодавац – именовани (изабрани) директор (у ширем смислу члан органа управе) привредног друштва с ограниченом одговорношћу и акционарског друштва правнотеоријски се објашњава уговором о мандату – налогу (давалац мандата, налога – властодавац – налогодавац и прималац, извршилац мандата –налога – овлашћено лице, овлашћеник – налогопримац).[2] Из природе овог односа логично произлази да он почива на поверењу властодавца у овлашћено лице, те се такав однос може раскинути – отказати губитком таквог поверења без обзира на основ тог губитка или чак и на непостојање било ког основа. Отуда, у одређеној форми, законом дефинисаној (уговорна[3] и компанијскоправна регулатива), постоји по правилу ничим ограничена могућност властодавца да и пре истека уговорног или законског периода именовања (избора) откаже даља овлашћења која произлазе из тиме заснованог статуса члана органа управе (директора). Из

2 Marie Christine Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1998, 105–106.

3 Српски Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99 и 44/99 и *Службени гласник РС*, бр. 18/20, чл. 765 ст. 1: „Налогодавац може одустати од уговора“.

традиције римског права овакав престанак мандатног односа директора назива се разрешење „*ad nutum*“.[4]

Разрешење директора (члана управе) привредног друштва пре истека мандата „*ad nutum*“ у свом изворном виду у основи значи губитак овог статуса „без обавештења, без основа и без накнаде.“[5] Ово, без сумње, води озбиљној несигурности, не само конкретног лица које обавља дату функцију подложну оваквом разрешењу, већ и несигурности институције датог органа и самог друштва чији је то орган. Отуда се у савременом компанијском праву све више афирмише став о другачијој правној природи статуса директора, не чисто уговорној (уговор о мандату), већ више институционалној (статусној, корпоративној).[6] У овом смислу, наиме, структура органа друштава капитала не посматра се више чисто у хијерархијском виду већ условно хијерархијском. Сваки орган је, према овом гледању, *суверен и „хијерархијски највиши“ у свом домену*, без могућности другог органа, који чак у статусном смислу стоји „изнад“ тог органа, да се меша у остваривање његовог властитог делокруга, одређеног законом и статутом.[7] Из овога произлази да се само *условно може говорити о хијерархији органа у акционарском друштву*,

4 Истоветно правило важи и за чланове одбора директора који имају дискрециони овлашћење да разреше од њих постављене извршне директоре (менаџере или ниже директоре – *officers*), с тим што то морају учинити савесно и у најбољем интересу компаније (уз евентуалну одговорност корпорације за превремени раскид уговора о раду у случају непостојања разлога или ваљаног разлога): Robert Pennington, *Company Law*, London 1995, 733–735; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 246–248.

5 M. Ch. Monsallier, 105–106.

6 О довођењу у питање теорије мандата (у мери у којој је мандат, то је неки *sui generis* мандат – политички мандат), посебно због чињенице да директор не врши само послове заступања, већ пре свега послове који улазе у сферу интерних односа – пословодство (присталице институционалне теорије привредног друштва говоре о „функцији“ и „функционеру друштва“): Paul L. Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 277–278, 312.

7 Тако, у немачком праву је изричито прописано да скупштина акционарског друштва не може давати одбору директора инструкције које се тичу вођења послова друштва, осим ако одбор директора захтева од скупштине да она у одређеним случајевима донесе одређену одлуку: *SCA (Stock Corporation Act, Federal Law Gazette*, 1965, Vol. I, 1089; 2003/ 3422; 2004/974, 2198, 3166, 3214, 3408; 2005/2802; 2006/1426, 2407, 2553, 3332; 2007/10, 542, 1330; 2008/1666, 2026, 2369, 2586; 2009/1102, 2479, 2509), § 119, para 2). Чак ни већински акционар не може давати инструкције одбору директора, осим у случају да је закључен тзв. уговор о контроли и управљању – доминацији између акционарског друштва и тог акционара. Вид. Gerhard Wirth, Michael Arnold, Ralf Morshäuser, *Corporate Law in Germany*, München, 2010, 100. И српски Закон о привредним друштвима преузима ова решења немачког права привредних друштава: Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21, чл. 398 ст. 2, чл. 427 ст. 2, чл. 441 ст. 2 и чл. 557–560.

која има искључиво своје статусно (именовање, разрешење) извориште, али не и функционално. Отуда би сукоби надлежности у друштвима капитала требали бити релативно изузетна појава.[8] Дакле, уместо *мандатне природе* овог односа (скупштина даје мандат директору или одбору директора код једнодомног модела управљања или надзорном одбору код дводомног управљања, а одбор директора даје мандат нижим директорима, односно надзорни одбор код дводомног управљања извршном одбору или извршним директорима), сходно којој властодавац може у свако доба, чак и без постојања основа, отказати (одузети) мандат (а пуномоћник може поднети оставку у свако доба), промовише се све више модел *законског или статутарног овлашћења* које је везано за одређени орган и неопозиво до измене закона или статута. Овим се успоставља чврста позиција сваког органа у привредном друштву. Тако се долази до компромисног става да је овај однос *мешавина теорије мандата* (на статусном плану: именовање и разрешење у свако доба и без постојања ваљаног или озбиљног разлога, интерна дужност поштовања ограничења овлашћења) и *теорије законског и статутарног овлашћења* (изворни делокруг и његово остваривање уз заштиту права савесних трећих лица). Упоредо са овом теоријом и законодавном праксом, афирмише се и теорија о *непостојању хијерархије међу органима* привредног друштва, будући да је сваки орган једини и „највиши“ у свом законски и статутарно утврђеном делокругу, која се релативизује на статусном плану, где се хијерархија у потпуности реафирмише.[9]

II Правни режим регулативе института „*ad nutum*“

Закон о привредним друштвима Србије (ЗОПД) регулише институт разрешења директора (и чланова надзорног одбора) пре истека мандата без обзира на постојање разлога („*ad nutum*“) и то на први по-

8 Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 281–283. Ипак, ово не значи да не постоје озбиљни проблеми корпоративног управљања (најбољи доказ су изузетно велики берзански скандали и крахови великих корпорација у првој декади овог века). У окружењу ових скандала поставља се управо питање: где су за то време били власници и од њих изабрани спољни независни ревизори? Својеврсна контролна функција скупштине друштва је незаобилазни инструмент контроле управе и трошкова управљања (*agency costs*), а одговор како га унапредити дају стратегије решавања проблема корпоративног управљања (први: сукоб дисперзованих акционара и управе, други: сукоб већинског и мањинских акционара, и трећи: проблем друштвене одговорности компаније). Преглед водећих светских берзанских крахова који су покренули овај покрет (*Enron*, *Worldcome*, *General Electric*, *Global Crossing*, *Parmalat*...), вид. код Carol Hansell, *Corporate Governance*, Toronto, 2003, 201–232; Larry Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford, 2010, 195–205.

9 Више: Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2019, 426–429.

глед различито код акционарског друштва[10] и код друштва с ограниченом одговорношћу.[11] Наиме, српски законодавац код акционарског друштва каже да је то могуће „без навођења разлога", док код друштва с ограниченом одговорношћу каже да скупштина при том „није дужна да наведе разлоге за разрешење, осим ако је то изричито предвиђено оснивачким актом или одлуком скупштине". Иако се у граматичком смислу изгледа хтело да решење буде различито, у смислу да је код акционарског друштва могуће разрешење и без постојања разлога (небитна важност), а да је код друштва с ограниченом одговорношћу разрешење могуће такође и код непостојања разлога (небитна важност), с тим да би се на диспозитивној основи то могло искључити у смислу да је такво разрешење могуће само у случају постојања разлога, у циљном смислу, што је права намера законодавца, правни режим је исти и тиме код оба друштва постоји могућност разрешења и без постојања разлога (основа), с тим што се код друштва с ограниченом одговорношћу разлог разрешења не мора навести осим ако је то предвиђено оснивачким актом друштва или одлуком скупштине о разрешењу. Израз „навођење разлога" уноси забуну, тако да се институт разрешења „*ad nutum*" код акционарског друштва може тумачити као императиван, а код друштва с ограниченом одговорношћу као диспозитиван, што се изгледа ипак није желело. У сваком случају, као што то чине развијенија компанијска законодавства боље би било да је српски законодавац код оба друштва изреком рекао да је разрешење „*ad nutum*" могуће „без постојања разлога" (или важног разлога у режиму неких права), чиме се фиксира материјалноправни режим овог института, а формалноправни режим („навођење у одлуци о разрешењу разлога или не") се чини нерелевантним или мање релевантним (евентуално право на накнаду тиме проузроковане штете од стране друштва разрешеном директору у случају непостојања разлога или важног разлога је ствар доказног поступка у случају спора).

10 ЗОПД у одредби члана 395 (једнодомни модел управе) прописује: „Скупштина може разрешити директора и пре истека мандата на који је именован, без навођења разлога." Исто и код дводомног модела управе (чл. 425 ст. 3): „Надзорни одбор може разрешити извршног директора и пре истека мандата на који је изабран, без навођења разлога." Исто правило важи и за разрешење члана надзорног одбора: „На … разрешење чланова надзорног одбора сходно се примењују одредбе члана … 395 овог закона" (чл. 439).

11 ЗОПД (чл. 220): „Скупштина, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, разрешава директора, при чему није дужна да наведе разлоге за разрешење, осим ако је то изричито предвиђено оснивачким актом или одлуком скупштине." Такође, код дводомног управљања (чл. 231): „На разрешење чланова надзорног одбора од стране скупштине…сходно се примењују одредбе члана 439… овог закона које се односе на разрешење … чланова надзорног одбора акционарског друштва."

У француском праву у основи постоји јединствено решење и за друштво с ограниченом одговорношћу и за акционарско друштво: могућност разрешења генералног директора или делегираних директора на предлог генералног директора од стране управног одбора (једнодомно управљање) или скупштине, а ако је тако предвиђено статутом и од стране надзорног одбора (дводомно управљање) и без постојања оправданог разлога (*sans juste motif*, *ad nutum*, „*на знак главом*“), с тим што овакво разрешење даје право на накнаду штете, што је искључено у случају разрешења код утврђеног постојања важног разлога.[12]

У швајцарском компанијском праву ово разрешење и код друштва с ограниченом одговорношћу и код акционарског друштва је могуће у свако доба (*en tout temps*), с тим што се овим не дира у евентуално право на накнаду штете.[13]

У немачком праву акционарских друштава (дводомни модел управе) чланови управног одбора могу бити разрешени само у случају постојања „доброг разлога“ (*for good cause*) од стране надзорног одбора, као што су: 1) груба или поновљена повреда дужности, 2) неспособност за редовно обављање делокруга посла и 3) изгласавање неповерења од стране скупштине акционарског друштва, осим ако је ово повлачење поверења резултат очигледно арбитрерних разлога.[14] Исто важи и за разрешење чланова надзорног одбора пре истека мандата.[15] Практично, дакле, немачко право акционарских друштава не познаје институт разрешења директора „*ad nutum*“. С друге стране, немачко право друштава с ограниченом одговорношћу познаје овај институт, с обзиром на то да посебни закон који регулише ова друштва прописује могућност разрешења директора у било које време (*at any time*), што не дира у евентуално право на накнаду штете по основу постојећих закључених уговора (уговор о раду, уговор о услугама). Ипак, у режиму овог закона, могуће је оснивачким актом искључити овај институт и увести само могућност разрешења у случају

12 Code de commerce – Ccom (Deuziéme livre Des Société commerciales, Dalloz 2007), art. 223-25 (Ord. n. 2004-274, art. 17); art. 225-55 (L. n. 2001-420). Вид. Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris, 2003, 349–352; Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 402–403; Michel D. Juglart, Benjamin Ippolito, Jacques Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 468–469, 483–484; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 239–242; P. L. Cannu, B. Dondero, 468–469.

13 Le Code civile suisse, Livre cinquième, Droit des obligations – Ccs (1911, 2022), чл. 726. и 815.

14 SCA, § 84(3).

15 У немачком корпорацијском праву разрешење члана надзорног одбора (од стране суда) условљено је утврђењем постојања „важног разлога“ (SCA, § 103, para. 3), попут повреде принципа поверљивости, повреде правила сукоба интереса и слично. Вид. G. Wirth *et.al.*, 121.

постојања „доброг разлога“ (*good cause*) – на пример, озбиљна повреда дужности, неспособност адекватног пословођења и слично.[16]

Енглески компанијски закон познаје институт разрешења директора компаније од стране скупштине – једнодомни модел управе (акционарско друштво или друштво с ограниченом одговорношћу) „*ad nutum*“, с обзиром на то да даје могућност разрешења директора пре истека времена избора „без обзира на било шта у било ком уговору (споразуму) између њега и компаније“.[17] Корпорацијско право САД такође познаје институт разрешења директора „*ad nutum*“, али у диспозитивној форми: директори могу бити разрешени од стране скупштине са или без постојања разлога (*with or without cause*), „осим ако оснивачки акт не предвиђа да је то могуће само у случају постојања разлога.“[18]

III Институт „*ad nutum*“ и питање основаности евентуално припадајућих права

Разрешење „*ad nutum*“ отвара питање постојања или непостојања неког права тако разрешеног директора по основу таквог разрешења. Српски уговорни законодавац о овом питању изражава се на следећи начин: „У случају одустанка од уговора у коме налогопримцу припада право на накнаду за његов труд, налогодавац је дужан исплатити налогопримцу одговарајући део накнаде, и накнадити му штету коју је претрпео одустанком од уговора, ако за одустанак није било основаног разлога.“[19] Одустанак од уговора о мандату (налогу) – отказ уговора по основу постојања основаног разлога (доказ постојања таквог разлога у случају спора је на страни компаније, ради ослобођења одговорности по основу разрешења без постојања таквог разлога – било ког или, према законској мери, „важног“, „озбиљног“, „ваљаног“, „оправданог“,

16 *LLCA (Limited Liability Company Act, Federal Law Gazette*, 1892/477; 1898/846; 2004/3166, 3214; 2005/837; 2006/2553; 2007/542; 2008/2026, 2586; 2009/1102, 2479, 2509), § 38.

17 CA – Companies Act (2006), чл. 168–169. Вид. John John Charlesworth (ed. Morse Geoffrey, Stephen Girvin, Richard Morris), *Company Law*, London, 2005, 278–279; John Birds, Eilis Ferran, Charlotte Villiers, *Company Law*, London, 1995, 422–423.

18 Revised Model Business Corporations Act – RMBCA (2002), § 808. Аутономно право САД-а изричито регулише и судско разрешење директора, у одређеним случајевима ако, на пример, постоји немогућност постизања одговарајуће већине у скупштини за разрешење (преварно поступање, грубо оштећење интереса корпорације и акционара, преварно поступање у односу на корпорацију или акционаре). Оваква могућност разрешења од стране суда (укључујући и забрану реизбора) постоји ако суд процени неадекватност других средстава и ако утврди да је то најбољи интерес корпорације: RMBCA, § 8.09. Вид. R. Hamilton, 159–160.

19 ЗОО, чл. 765 ст. 2.

„основаног“) у формалноправном смислу узрокован (узрочна веза) је одговорношћу налогопримца (конкретно директора) у најширем смислу (у ужем правнотехничком смислу реч је о његовој кривици),[20] што налогодавца (компанију) ослобађа одговорности и последично лишава директора припадајућих права по основу престанка дејства одговарајућег уговора, осим дејства уговора о раду у складу с радноправним прописима (уговор о управљању, уговор о мандату, уговор о услугама). У противном, уколико не постоји правно релевантан разлог разрешења директора пре истека мандата у складу са законом и/или закљученим одговарајућим уговором, односно ако је реч о разрешењу „*ad nutum*“, отвара се питање припадајућих права тако разрешеног директора (налогопримца – члана управе друштва).

Заједничка константа законских компанијскоправних извора (или и извора уговорног права) је, чини се, изричито установљење „права на накнаду штете тиме проузроковане.“ То прецизира у смислу једног од права и српски уговорни (не и компанијскоправни) законодавац, као и референтни упоредни компанијскоправни законодавци,[21] а таквог је става и правна теорија.[22] Заједничка константа регулативе у овом домену, уговорне или компанијскоправне, је непрецизирање врста штете и

20 Интересантно је да српски компанијски законодавац не прецизира код друштава капитала (друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) ни макар примера ради оправдане разлоге разрешења директора (члана управе друштва) пре истека мандата (очигледно се то препушта оснивачком акту друштва с ограниченом одговорношћу или статуту акционарског друштва), док то, на пример, ипак чини код ортачког друштва: „Овлашћење за пословођење ортака може се одузети одлуком надлежног суда по тужби друштва или сваког од ортака ако се утврди да за то постоје оправдани разлози, а нарочито: 1) неспособност ортака да правилно води послове друштва; 2) тежа повреда дужности према друштву“ (ЗОПД, чл. 105). Истоветно решење постоји и код одузимања оввлашћења за заступање овог друштва, с тим што се логично први основ прецизира као „неспособност ортака да заступа друштво“ (ЗОПД, члан 113).

Ове оправдане основе најбоље конкретизује енглески законодавац: 1) лоше управљање – *misconduct;* 2) неспособност за обављање функције – *unfitness*; и 3) остали случајеви, укључујући и противправно поступање – *wrongful trading.* Вид. John H. Farrar, *Company Law*, London – Edinburgh, 1988, 301–310; J. Charlesworth, 373–384; Laurence C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 153–158; R. Pennington, 717–725; J. Birds, *et al.*, 431–441.

21 Доминантна су решења о праву на накнаду штете као једином или доминантном праву ако за разрешење нема ваљаног разлога. Упор. ЗОО, чл. 765 ст. 2; француско компанијско право: *Ccom*, art. 223-25 и 225–55; швајцарско компанијско право: Ccs, art. 726 и 815; немачко право друштва с ограниченом одговорношћу: *LLCA*, § 38.

22 У праву САД, ако је реч о директору који има уговор о раду са друштвом разрешење „без довољног основа“ даје право на накнаду штете: André Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes,* Paris, 1985, 118; тако и британско компанијско право: J. Charlesworth (ed. G. Morse, *et al.*), 287–288; Laurence C. B. Gower, Paul L. Davies, *The Principles of Modern Company Law*, London, 2008, 389–398; R. Pennington, 753–755.

обима штете. Чини се да је одређење имовинске штете потребно везати за одговарајући уговор који разрешени директор (члан управе) има са компанијом. Ако је реч о уговору који има природу уговора о обављању услуга (послови пословођења и заступања друштва),[23] тада у питању могу бити сва права прецизирана тим уговором, с тим што се она могу у негативном смислу ограничити у смислу искључења права по основу уговора о раду (осим ако није реч о мешовитом уговору о услугама и уговору о раду) везаних за радни однос и радно место у смислу радноправних прописа.[24] У основи је реч о правима која имају имовинскоправну природу и која се решавају по правилима о накнади имовинске уговорне штете а у складу с уговором који разрешени директор закључује с компанијом у моменту преузимања такве дужности. Прецизирана уговорна права (последично врста тим разрешењем проузроковане штете) изражена у квантитативном смислу у основи одређују обим штете. Уколико није прецизирано тим уговором отворено питање може бити питање одређења временског оквира, али се чини логичним да то буде преостали период од момента дејства таквог разрешења до истека мандата.[25]

Поставља се, међутим, у вези с разрешењем директора без основаног разлога пре истека мандата, питање могућности (основаности) и права на накнаду неке врсте неимовинске (моралне) штете. Ово тим пре што судска пракса српских судова има тенденцију прихвата института моралне штете правног лица (пре свега типа губитка тржишног угледа),[26] те се тиме чини још логичнијим и основанијим (оправданијим) да се таква накнада призна и тако разрешеном директору (члану управе друштва). По нашем виђењу ствари првенствено би

23 У принципу, овај уговор склапају у складу са режимом компанијскоправних прописа тзв. независни директори и неизвршни директори који као такви не могу бити у радном односу у друштву (ЗОПД, чл. 391 и 392) у чијем органу управе имају својство и статус таквог члана – вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, 171–187 и 256.

24 Немачки закон о акционарским друштвима изричито прецизира да по основу разрешења пре истека мандата разрешени директор задржава права која има по основу уговора о раду у складу с радноправним прописима (разрешење је иначе могуће само у случају постојања „доброг разлога“): SCA, § 84 (3). Овакво решење је тим логичније и за случај овог разрешења без обзира на постојање разлога (или основаног разлога), у правима која познају овакав институт, попут српског права, јер иначе произлази из самосталности правне природе уговора о раду.

25 У овом смислу изричито се изјаснио и ранији Југословенски трговачки законик (ЈТЗ, 1937), који иначе никад и није ступио на снагу: „Накнада штете обухвата период до истека мандата према уговору са разрешеним чланом управног одбора и директором“. – ЈТЗ, § 295 ст. 4. Вид. Milorad Stražnjicki, *Tumač Trgovačkog zakona*, Zagreb, 1939, 279–280.

26 Вид. Вера Марковић, „Нематеријална штета правног лица: Пословни углед – лично право коме треба установити заштиту“, *Правни живот*, бр. 11/08, 657–663.

се могло радити о признању права на накнаду моралне штете *по основу губитка репутације* (суда јавности о одређеном лицу), што може имати и одговарајућу имовинскоправну последицу код закључења будућих уговора о обављању услуга или уговора о раду (као и ових мешовитих уговора).[27]

IV Лимитираност института „*ad nutum*“ припадајућим правима

Како разрешење директора „*ad nutum*“ у својој чистој форми, схваћено као мандатни однос, значи разрешење „без обавештења, без основа и без накнаде“, то је правна пракса кренула путем извесне релативизације овог института кроз признање одређених уговорних права, пре свега кроз уговор о раду (радноправна заштита везана за права из радног односа – гаранција професионалне стабилности),[28] али и кроз уговор о пружању услуга. Овај последњи правни инструмент развио је неколико посебних уговорних форми заштите тако разрешеног директора: плаћање одређене накнаде (зависно од основа: „редовно разрешење“ и разрешење по основу преузимања акционарског друштва), откуп акција поседованих у том друштву. Како је у сваком случају овде реч о ублажавању дејства института разрешења „*ad nutum*“, у контексту промене гледања на правну природу односа директор – привредно друштво у смислу веће институционализације овог односа, то се отвара низ питања дозвољености или недозвољености оваквих форми заштите, посебно ако компанијска регулатива изричито прихвата ову форму разрешења.

Институт разрешења директора друштава капитала пре истека времена именовања (избора) „*ad nutum*“, међутим, не подразумева у свом чистом виду припадање тако разрешеном директору било ког имовинског права, ако је као такав признат компанијскоправном регулативом. Како се ипак ова регулатива креће у правцу признања одређених имовинских права, зависно од тога који уговорни однос прати избор директора (уговор о раду, уговор о услугама вођења послова и заступања компаније, мешовити уговор ова два правна посла), то се поставља

27 Тако, на пример, француска судска пракса, што теорија подржава, у случају постојања околности злоупотребе разрешења директора без „ваљаног разлога“ (вексаторан начин и слично) даје и право на накнаду додатне штете по основу злоупотребе разрешења: P. L. Cannu, B. Dondero, 315.

28 Такав статус, у принципу, имају тзв. извршни директори који у складу с режимом компанијскоправних и радноправних прописа закључују неку форму уговора о раду с друштвом у чијем органу управе имају тај статус и својство – више: М. Васиљевић (2013), 256; Marie Christine, Monsallier, 121–126.

питање колико ова права могу да „угрозе“ опстанак овог института у свом појмовном виду, с обзиром на то да њихова квантитативна компонента може да води одвраћању властодавца (чију вољу изражава надлежни орган компаније) од коришћења овог права заснованог на закону. Овде свакако не мислимо на могућу злоупотребу овог права разрешења „*ad nutum*“ која тако разрешеном директору по општим уговорним прописима даје право и судске заштите (накнада штете проузроковане злоупотребом права разрешења).[29] Овде, напротив, мислимо на све чешћу (како је то напред показала анализа релевантне регулативе), законску (или компанијскоправну или уговорноправну) релативизацију овог института разрешења изричитим озакоњењем „права на накнаду штете“ (имовинске свакако, уз отворено питање и неких форми неимовинске) проузроковане таквим разрешењем без постојања основа.

У контексту овог питања занимљив је пут француске судске праксе. Наиме, део француске судске праксе доста рано признао је правноваљаност конвенција (уговора) између директора и компанија којима се предвиђа нека форма накнаде имовинске штете разрешеном директору без постојања основа, чиме се утирао пут таквој регулативи у време кад се она држала правила да разрешење „*ad nutum*“ не даје тако разрешеном директору право на неку форму такве накнаде.[30] С друге стране, део француске судске праксе остајао је чврсто код принципа да ово разрешење не даје право на било какву накнаду штете тако разрешеном директору одбијајући тиме валидност таквих уговорних аранжмана. Карактеристична је у том погледу једна одлука трговинског суда у Паризу која је одбила да призна правну ваљаност уговорне обавезе коју је преузео према директору компаније већински акционар да у случају разрешења „*ad nutum*“ плати накнаду директору у висини годишњих примања. Ова одлука, међутим, је посебно интересантна што је посредно наговестила да би овакви уговорни аранжмани ипак били ваљани када би износи предвиђених накнада тако разрешеном директору били релативно мали да не би деловали одвраћајуће на доношење саме одлуке о таквом разрешењу.[31] И референтна француска правна теорија, коментаришући једну одлуку француског Касационог суда,

29 ЗОО, чл. 13: „Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато“.

30 Релативизацију овог института изричитим признањем права на накнаду штете тако разрешеног директора, у време кад то француска компанијска регулатива није изричито признавала, признала је француска судска пракса: La Cour de Versailles, 1 er décembre 1988: Bull. Joly, 1989, § 47, p. 172 (вид. Marie Christine, Monsallier, 107–110).

31 La Cour de Paris, 26 septembre 1991: Juris-Data, n. 023512 (вид. M. Ch. Monsallier, 111).

заузела је став да је она пређутно признала ваљаност споразума председника управног одбора компаније и компаније којим се предвиђа нека форма такве заштите евентуалног будућег таквог његовог разрешења.[32]

Француска судска пракса и правна теорија, посебно, чини се, неспорно признају у овом смислу потребу одређене правне заштите разрешеног директора без постојања основа, ваљаност одређених уговорних клаузула с компанијом о откупу поседованих акција у компанији у следству тог разрешења, док се таква ваљаност ипак не признаје другим таквим клаузулама. Тако се правно ваљаним сматрају уговорне клаузуле о откупу акција тако разрешеног директора закључене с трећим лицем, уговорне клаузуле о откупу акција закључене с компанијом или већинским акционаром под условом да су у интересу компаније и да је њихов износ релативно низак да не делује одвраћајуће на доношење саме одлуке о таквом разрешењу. С друге стране, не признаје се правна ваљаност уговорним клаузулама закљученим с компанијом или већинским акционаром које представљају претерани терет за њих и сматрају се неправичним и угрожавајућим за принцип слободног разрешења у било које време без обзира на непостојање основа,[33] уговорне клаузуле закључене с трећим лицем (на пример, већински акционар) које могу извршити негативан утицај на слободно доношење одлуке о разрешењу,[34] уговорне клаузуле које предвиђају неки рок претходног

32 Yves Guyon, note sur Cass. Com., 22. Juillet 1986, Rev. Soc. 1987, p. 46 (вид. M. Ch., Monsallier, 112).

33 У једном карактеристичном случају закључен је уговор између два акционара акционарског друштва, од којих је један било једно друштво са 51% капитала, а други физичко лице са 49% акција тог друштва и оно је било председник управног одбора. У том уговору било је предвиђено да у случају разрешења председника његове акције у том друштву ће бити откупљене по дуплој цени. Након његовог разрешења пре истека мандата он је тражио извршење тог уговора пред Трговинским судом у Нантеру. Предмет је пренет у надлежност Трговинском суду у Версају, а дужник ове обавезе је пледирао за ништавост тог уговора по основу института слободног разрешења „*ad nutum*“. Суд је такву клаузулу огласио ништавом: „Таква калузула која је ставила на терет већинског акционара плаћање износа који је практично једнак вредности скоро целог капитала друштва јер је предвиђала обавезу откупа 49% капитала по дуплој цени, што је неспорно имало за циљ да одврати дато друштво од могућности разрешења тог председника и да учини неизвршивим принцип слободног разрешења заступника друштва, који је по природи императиван (јавноправан)“. Cour de Versaille, 11 juillet: Juris. Data, n. 044852 (вид. M. Ch. Monsallier, 116–117).

34 С обзиром на то да француска судска пракса признаје ваљаност уговорних клаузула о откупу акција с трећим лицем (акционар компаније) у случају превременог разрешења директора, то се евентуална ништавост таквих клаузула у одређеним случајевима чини доста контроверзним питањем и предмет је различитих судских одлука. После низа различитих прилаза француски Касациони суд је, најзад, пресекао заузимањем става у једном случају: „Недозвољено је уговарање које има

обавештења.[35] Најзад, неке клаузуле које спадају у домен уговора о раду и које гарантују професионалну стабилност тако разрешеног директора се сматрају правно ваљаним,[36] док се неке друге из овог домена сматрају правно непуноважним (ништавим), с обзиром на то да угрожавају или отежавају принцип слободног разрешења „*ad nutum*“.[37]

Најзад, посебну правну релевантност у контексту института слободног разрешења директора имају и *уговорне клаузуле које се тичу мандата директора*. У француској правној пракси искристалисала су се два типа ових клаузула. Прво, клаузуле које гарантују лицу именованом за директора (члана управе шире) на одређени временски период да буде директор у том времену мандата и да не може бити разрешен пре његовог истека. Друго, клаузуле које гарантују одређеном лицу именованом за директора да ће му мандат бити обновљен. Правна ваљаност првог типа клаузула оспорава се у француској судској пракси по основу супротности с принципом слободног разрешења у било ком моменту.[38] Дејство ових клаузула посебно је актуелно у случају

за предмет и дејство да ограничи или отежа разрешење „*ad nutum*“ генералног директора акционарског друштва значајним финансијским последицама за треће лице које могу извршити утицај на одлуку о разрешењу“. La Cour de cassation commercial, 4 juin 1996: J.C.P., (éd. E), 1996, II, 849, note Y. Guyon (вид. M. Ch. Monsallier, 118–120).

35 Како се разрешење директора „*ad nutum*“ може извршити „у сваком моменту“, то француска судска пракса стоји чврсто на становишту да су уговорне клаузуле које предвиђају неки рок претходног обавештавања недозвољене и без правног дејства и сматрају се као ненаписане, будући противне принципу слободног разрешења. Тако: La Cour de cassation commercial, 17 janvier 1984: Bull. Com. IV, p. 19; La Cour de Versaille, 1 er décembre 1988 (вид. M. Ch. Monsallier, 120-121).

36 Тако се у француској судској пракси сматрају дозвољеним, као несупротни принципу слободног разрешења „*ad nutum*“, уговори о раду с трећим лицем (акционар компаније и чланови групе друштава с правним субјективитетом сматрају се у овом смислу трећим лицима) или уговори о раду закључени након разрешења: M. Ch. Monsallier, 121–123.

37 Француска судска пракса је иначе дуго времена била „непријатељски“ расположена према уговорима о раду закљученим између самог друштва и директора који су обезбеђивали разрешеном директору „*ad nutum*“ радноправну стабилност и задржавање радноправног статуса на неком другом уговореном радном месту након таквог разрешења (на пример, погоршање финансијске позиције друштва у моменту кад се деси такво разрешење у односу на моменат склапања таквог уговора), што је у правној теорији с правом критиковано као угрожавање принципа правне сигурности тако разрешеног директора као друге уговорне стране (истиче се с правом да је кључно питање овде процена дејства таквог уговора, с обзиром на своје финансијске импликације, на слободу одлуке о разрешењу). Вид. M. Ch., Monsallier, 122–126.

38 La Cour de Paris, 4ème Ch., seck. B, 28 février 1985: Rev. Soc., 1986, Pan 113. И француски Касациони суд у више својих одлука заузео је исти став: „Недозвољен је споразум који има за предмет и који има дејство да ограничи или отежа (омете)

непријатељског преузимања јавних акционарских друштава у посебном поступку уређеним посебним законом (*hostile takeover*),[39] док је у англосаксонској правној традицији то правно ваљано, чак и уз праксу уговарања високих отпремнина (накнада) по основу престанка мандата директора у контексту преузимања контроле над друштвом јавним путем од преузимача („*golden parachute*“ – златни падобран).[40] Правна ваљаност другог типа клаузула у француској пракси се такође оспорава с обзиром на то да су противне принципу слободног гласања и правном режиму уговора о гласању.[41]

V Закључне опсервације о институту „*ad nutum*“

Институт разрешења члана управе друштава капитала у режиму „*ad nutum*“ (без постојања разлога, без претходног обавештења, без накнаде) у свом чистом, класичном, виду у компанијскоправној судској пракси и регулативи доживео је значајну еволуцију. Овај институт, као такав, познају у одређеној форми (не увек идентичној – као императивни или диспозитивни институт), како то следи из претходне анализе, релевантна компанијска законодавства, али је судска пракса у доброј мери извршила његову релативизацију руковођена потребом веће правне сигурности члана управе ових друштава, не дирајући при том у власничко право њихове „детронизације“, независно од тога да ли за то постоји законом или актима друштва прописан оправдан разлог (важан, озбиљан, знатан или било који). Кључни правац такве релативизације ишао је путем признавања валидности уговора између друштва и тог члана који предвиђају одређена имовинска права тако разрешеним члановима

разрешење „*ad nutum*“ генералног директора акционарског друштва значајним финансијским последицама које воде томе да неко трећи може извршити утицај на одлуку о разрешењу“. La Cour de cassation com, 4 juin 1996: J.C.P. (éd : E), 1996, II, 849, note Y. Guyon (вид. M. Ch. Monsallier, 127–128).

39 Закон о преузимању акционарских друштава –ЗОПАД, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, 107/09, 99/11 и 108/16.

40 Више: Вук Радовић, „Златни падобрани, корпоративно управљање и тржиште корпоративне контроле“, *Право и привреда,* бр. 1–4/08, 40–60. Српски ЗОПАД у контексту преузимања ових друштава институционализује институт разрешења чланова управе „*ad nutum*“, не говорећи ништа о евентуалним правима тако разрешених лица по основу разрешења без основа, чиме питање евентуалне уговорне заштите, посебно плаћање одређене накнаде, чини отвореним: „Након окончања поступка преузимања акционарских друштава скупштина акционара може простом већином ставити ван снаге одредбе оснивачког акта или статута којима су предвиђена ограничења која се односе на мандат и избор чланова органа управљања“ (чл. 39 ст. 2).

41 Више: M. Ch. Monsallier, 126–130.

управе друштва. Такав развој судске праксе утро је и пут законодавцима, како то показује ова анализа, да изричито код разрешења директора (члана управе) без постојања разлога установи право на одређену имовинску накнаду или накнаду штете.

У овом погледу интересантна је еволуција француске судске праксе која је првобитну ригидност закона који је познавао само институт разрешења у класичном виду (у свако доба, без разлога, без права на било какву накнаду) релативизовала кроз признање валидности уговора (компаније и таквог члана) који су предвиђали одређене форме имовинске накнаде (уговори о услугама) или радноправне стабилности и сигурности (уговори о раду са задржавањем радног односа и после разрешења али без права на повратак на функцију директора у ком својству је разрешен), уз испуњење одређених услова: прво, разрешени директор има право на имовинску накнаду ако није крив за разрешење (не постоји основ разрешења); друго, потребно је да је припадајућа накнада тако разрешеном директору оправдана са становишта услуга које је извршио друштву и у пропорцији са њима; треће, потребно је да одобрена накнада не представља претерани терет такве природе да има одвраћајуће дејство на доношење одлуке о таквом разрешењу.

Српски компанијски законодавац, нажалост, установљавајући институт разрешења чланова управе у свако доба, независно од постојања разлога, нема изричито установљено право тако разрешених лица на одређене форме имовинске накнаде (или накнаде штете), што у одређеној мери угрожава њихову правну сигурност. У помоћ овде може притећи уговорни законодавац под претпоставком да се правна природа статуса ових лица третира уговором о налогу (мандату), што није баш правно беспрекорно због могућности ваљаних оспоравања, који уз право налогодавца да „одустане од уговора“ установљава изричито право налогопримца на „одговарајући део накнаде“ и на „накнаду штете“ проузроковане одустанком од уговора, ако за то није било „основаног разлога.“ У сваком случају, српски уговорни законодавац установљава два елемента заштите код неоснованог разрешења члана управе: „одговарајући део накнаде“ (који би требало прецизирати уговором о раду и/или уговором о услугама обављања послова пословођења и заступања друштва) и „накнада штете“ проузроковане одустанком од уговора без постојања разлога (при чему је имовинска штета прецизирана тим уговором/има у принципу прихватљива, док је питање неких форми неимовинске штете, посебно губитак репутације због таквог разрешења у околностима постојања тржишта менаџерских услуга, у домену озбиљне правне несигурности). И имовинска и евентуална неимовинска накнада (штете) у квантитативном смислу, како то исправно утврђује француска

судска пракса, морају ипак бити таквог обима да, с обзиром на имовински капацитет друштва, не делују одвраћајуће за само разрешење у свако доба и без постојања разлога. Најзад, радноправна сигурност тако разрешених директора, у овој или оној форми, утврђена уговором о раду, придодаје се имовинскоправној заштити, али је она далеко мање униформна од имовинске заштите, а зависна је од природе датог друштва (државе – феномен друштвене одговорности) и степена његове (њене) осетљивости на потребу друштвене одговорности и компанија и степена њихове морализације на путу изградње друштва социјално – демократске традиције или друштва без ових порива.

Коришћена литература

Birds John, Ferran Eilis, Villiers Charlotte, *Company Law*, London, 1995.

Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2019. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2019).

Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013. (Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje – izabrane teme*, Beograd, 2013).

Wirth Gerhard, Arnold Michael, Morshäuser Ralf, *Corporate Law in Germany*, München, 2010.

Gower Laurence C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.

Gower, Laurence C. B., Davies Paul L., *The Principles of Modern Company Law*, London, 2008.

Guyon Yves, *Droit des affaires*, Paris, 2003.

Juglart Michel D., Ippolito Benjamin, Dupichot Jacques, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999.

Марковић Вера, „Нематеријална штета правног лица: Пословни углед – лично право коме треба установити заштиту“, *Правни живот*, бр. 11/08. (Marković Vera, „Nematerijalna šteta pravnog lica: Poslovni ugled – lično pravo kome treba ustanoviti zaštitu“, *Pravni život*, br. 11/08).

Merle Philippe, Fauchon Anne, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001.

Monsallier Marie Christine, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Paris, 1998.

Pennington Robert, *Company Law*, London, 1995.

Радовић Вук, „Златни падобрани, корпоративно управљање и тржиште корпоративне контроле“, *Право и привреда*, бр. 1–4/08. (Radović

Vuk, „Zlatni padobrani, korporativno upravljanje i tržište korporativne kontrole“, *Pravo i privreda*, br. 1–4/08).

Ribstein Larry, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford, 2010.

Stražnjicki Milorad, *Tumač Trgovačkog zakona*, Zagreb, 1939.

Tunc André, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, 1985.

Farrar John H., *Company Law*, London – Edinburgh, 1988.

Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.

Hansell Carol, *Corporate Governance*, Toronto, 2003.

Cannu Paul L., Dondero Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, 2012.

Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, 2006.

Charlesworth John (ed. Morse Geoffrey, Stephen Girvin, Richard Morris, John Charlesworth), *Company Law*, London, 2005.

***Mirko* VASILJEVIĆ, PhD**
Professor Emeritus at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMPANY LAW REGIME OF DISMISSING THE DIRECTOR BEFORE TERMINATION OF MANDATE – „AD NUTUM“

Summary

Dismissal of directors and members of the management of capital companies at any moment of time and when there are no reasons (grounds) or justified (serious) reasons for that i.e. "ad nutum" dismissal is a well-known institute of the comparative company law. However, the question remains whether such a dismissal by the appointing authority (assembly, supervisory board – depending on the management system: unicameral or bicameral) is accompanied by certain sanctions which, despite the acceptance of this institute, protect to a certain extent such dismissed directors or provide them with certain satisfaction.

In this paper, based on the analysis of comparative company regulations and relevant court practice, a critical view is given of the acceptance of this institute in its classic form (at any moment, without prior notice and deadline, without the right to compensation), which represents a great legal uncertainty. The author is of the opinion that this institute, although acceptable in principle

for the private property of capital companies, must be accompanied by certain sanctions of a property nature (compensation for certain forms of property damage, as well as some forms of non-property damage, such as loss of reputation on the market), in accordance with concluded mutual agreement on services (management and representation) between the company and directors (especially independent and non-executive), as well as in some forms of employment contracts (especially related to the company and executive directors) which ensure employment security. However, the author is of the opinion that these forms of protection, in order to preserve the nature of this institute, cannot be such that their effect would be a deterrent for the company itself to make such decisions on „ad nutum" dismissal.

Key words: *Dismissal of a Director. – Mandate. – Ad Nutum. – Employment Contract. – Agreement on Services. – Associated Rights.*

Датум пријема рада: 20. 3. 2023.
Датум прихватања рада: 1. 5. 2023.

УДК: 340.134:347.77/.78(497.11:4-672EU)
CERIF: S 124, S 144, S 155
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23202A

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

СТАТУС ЗАКОНСКИХ ОГРАНИЧЕЊА АУТОРСКОГ ПРАВА И ПАТЕНТА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ И ПРАВУ СРБИЈЕ**

Сажетак

Тежиште рада је на сучељавању традиционалне (de lege lata) и модерне (de lege ferenda) концепције „теста у три корака", којом се показује да традиционални принцип рестриктивности у нормирању ограничења права уступа место принципима сврсисходности и пропорционалности. Тиме се омогућава да овај тест постане флексибилно и ефикасно средство за подешавања баланса релевантних интереса у заштити интелектуалне својине, ради остварења јавног интереса – унапређења стваралаштва, развоја и благостања заједнице.

„Тест у три корака" је, по својој природи једна инструктивна међународноправна норма која се обраћа националном законодавцу који пропису ограничења права. У Србији је овај тест уграђен у текст

---

* Електронска адреса аутора: *slobodanmarkovic0227@gmail.com*.

** Овај рад представља резултат ауторовог истраживања на стратешком пројекту „Савремени проблеми правног система Србије" Правног факултета Универзитета у Београду за 2023. годину.

ЗАСП-а и ЗОПАТ-а чиме је добио природу националне законске норме која обавезује субјекте који примењују закон. Разматрајући узроке и последице ове необичне појаве, аутор критикује технику хармонизације домаћих прописа са прописима ЕУ, где је акценат на критеријуму текстуалног подударања, а не на материјалној интеграцији рецепираних прописа у домаћи правни поредак.

Кључне речи: *Ограничење права. – Ауторско право. – Патент. – Тест у три корака. – TRIPS.*

I Уводне напомене

Субјективно ауторско право и патент су искључиве природе и делују *erga omnes*. Будући да је њихов предмет нематеријално добро (ауторско дело, проналазак), тј. информација као градивни елемент цивилизације, ова права су вишеструко ограничена у предметном, временском и садржинском погледу. Смисао тих ограничења је успостављање равнотеже између друштвене мисије ових права (економско подстицање културног и техничког стваралаштва), с једне стране, и легитимног интереса заједнице да има слободан приступ предметима заштите, с друге стране. Номотехнички гледано, та равнотежа се успоставља на различите начине: почев од рестриктивног дефинисања предмета и услова заштите, преко ограничења трајања ових права и прописивања тачно одређених искључивих овлашћења носилаца права, до низа ограничења дејства ових овлашћења.

Предмет овог чланка су само ограничења из последње наведене групе: конкретни законом прописани случајеви у којима одређена имовинска овлашћења из постојећег субјективног ауторског права или патента не делују уопште или не делују у пуном обиму.[1] Разлози који налажу постојање ових ограничења су разноврсни: заштита конкуренције, заштита ефикасности тржишта, заштита одређених људских права и слобода (информисање, стваралаштво, комуникација, образовање итд.), и сл.

Ограничења ауторског права и патента представљају актуелну тему у теорији права интелектуалне својине, јер су препозната као најрационалнији коректив за постизање равнотеже коју смо напред поменули. Она је данас донекле поремећена, пре свега због неслуђеног

1 Најмаркантнија правна карактеристика ових ограничења је то што је позивање на њих могуће само као одбрана од тужбе за повреду права. Другим речима, на њима није могуће засновати никакав тужбени захтев.

развоја комуникационо-информационе технологије која је урушила старе и отворила пут новим обрасцима понашања људи у свим друштвеним сферама. Верује се да се тај поремећај може донекле санирати повећањем или проширењем законом прописаних случајева у којима ауторско право или патент не делују уопште или не делују у пуном обиму.

Законодавац, међутим, нема потпуну слободу у нормирању ове материје јер су њени оквири постављени у међународним конвенцијама које је Србија ратификовала или чија правила поштује из политичких разлога иако им (још) није формално приступила. Циљ овог рада је да се, на основу анализе поменутих међународних конвенција, оцени у којој мери и на који начин је законодавац Србије искористио могућности адекватног обликовања ограничења ауторског права и патента.

С обзиром на сложеност материје и велики број разноврсних ограничења, предстојећа анализа изискује одређену селективност, односно сведеност на најрелевантније елементе којима се може подупрети главна теза овог рада: Србија је у овој материји своју законодавну активност свела на дословно усклађивање са прописима Европске уније, и у тој ревности понекад чини грешке које се могу приписати одсуству сопственог става, па чак и свести о улози коју ограничења права данас имају у области заштите интелектуалне својине.

II Терминологија

Законодавци, како у иностранству, тако и у Србији, користе два термина за означавање онога што је предмет наше анализе: ограничења и изузеци. Будући да се то чини на релативно недоследан начин, није могуће једнозначно утврдити шта ти термини денотирају, односно у чему је њихова разлика. Једно схватање је да термин „ограничења“ означава законске норме којима се одређене врсте нематеријалних добара искључују из заштите, док се термин „изузеци“ односи на законске норме којима се утврђује имунитет од одговорности за повреду одређеног искључивог права.[2] По другом схватању, напротив, термин „изузетак“ би требало разумети као „најдаље досежућу рестрикцију која указује да се право више не примењује или не постоји у појединoм случају који је у питању“, док термин „ограничење“ значи да се право сужава без губљења целе своје садржине.[3] Треће схватање каже да нема суштинске разлике у значењима ових термина, него да је термин „изузетак“

2 Sam Ricketson, „WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment“, *Document SCCR/9/7*, Genève, 2003, 3.

3 Jörg Reinbothe, Silke Von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright*, Oxford, 1996, 128.

ближи континенталној природноправној традицији која је фокусирана на права, док је термин „ограничења“ својственији утилитаријанском приступу *common law*-а.[4]

Из реченог је разумно закључити да је избор термина претежно ствар конвенције која не импликује правнополитички став. Дакле, оба термина се могу третирати као синоними који означавају границу искључивих имовинских овлашћења из субјективног ауторског права и патента. Из тога следи још један супстанцијални закључак: норме којима се поставља та граница нису хијерархијски нижег статуса од норми којима се прописују искључива овлашћења, те не подлежу обавези уског тумачења, као што иначе налаже максима *exceptiones non sunt extendendae*. Напротив, оне се тумаче као и све друге правне норме, тј. тако да постигну своју сврху.[5]

У даљем тексту ћемо користити термин „ограничења“.

III Међународни правни извори у материји ограничења ауторског права и патента (хронолошки ред)

1. Париска конвенција за заштиту индустријске својине (ПК)

ПК је закључена 1883. године у Паризу, а ревидирана је седам пута. Србија има континуитет чланства у овој конвенцији од њеног доношења до данас. ПК регулише материју патента, индустријског дизајна, жига, ознаке порекла и нелојалне конкуренције. Ширина регулисања је у обрнутој пропорцији према садржајности и детаљности регулисања, тако да ПК скоро уопште не улази у нормирање садржине појединих права.

Последично, ПК не садржи ни ограничења права, осим једног које је експлицитно дефинисано. Реч је о ограничењу патента, које постоји у случају коришћења производа у којем је инкорпорисан патентирани проналазак, на превозном средству које се нађе привремено/у транзиту на територији земље патента (чл. 5ter).

4 Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-step test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag 2004, доступно на адреси: *https://hdl.handle.net/11245/1.224623*, 20. 1. 2023, 22. Аутор тиме објашњава чињеницу да TRIPS у свом чл. 13 користи оба термина, како би демонстрирао равноправност обе правне традиције.

5 Annette Kur, „Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?“, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, Nr. 08-04, 2008: доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317707*, 20. 1. 2023, 6, 8.

2. Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела (БК)

БК је закључена 1886. године у Берну, а ревидирана је седам пута, закључно са париском ревизијом 1979. године. Материја ограничења ауторског права је уређивана поступно, почев од изворног текста, све до стокхолмске ревизије 1971. Краљевина Југославија је приступила БК 1930. године. Србија, као правни наследник Југославије, прихватила је све доцније ревизије БК.[6]

Норме којима су уређена ограничења ауторског права могу се поделити у две групе: императивне и допуштајуће. Првима се намеће обавеза државама чланицама Париске уније да конкретно ограничење уграде у своје законодавство,[7] а другима се допушта да пропишу конкретно ограничење. Притом, нека ограничења су допуштена као комплетна суспензија одређених искључивих имовинских овлашћења,[8] а нека само под условом да закон пропише обавезу плаћања одређене накнаде аутору.[9]

Из данашње перспективе, најважнија одредба БК којом се ограничава ауторско право је она у чл. 9 ст. 2. Њоме се допушта државама чланицама Бернске уније да законом ограниче искључиво овлашћење на умножавање (репродуковање) ауторског дела у „извесним посебним случајевима“, и то само „под условом да ово репродуковање не иде на штету редовног коришћења дела и да не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора“. Занимљиво је да је она унесена тек у

6 Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75 и *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори, бр. 4/86 – уредба.

7 БК, чл. 10 ст. 1: „Допуштени су цитати узети из дела које је на законит начин већ постало доступно јавности, под условом да је то у складу с добрим обичајима и у мери оправданој циљем који се има постићи, подразумевајући ту и цитате из новинских чланака и повремених зборника у облику прегледа штампе.“ Ово је, заправо, једино императивно ограничење ауторског права.

8 Нпр. БК, чл. 10 ст. 2: „У погледу могућности да се на допуштен начин користе књижевна или уметничка дела за илустровање наставе путем објављивања, радиодифузних емитовања или звучних и визуелних снимања, уколико је ово коришћење оправдано циљем који се има постићи, меродавни су законодавство земаља Уније и посебни споразуми који постоје или који ће се закључити између њих с тим да такво коришћење буде у складу с добрим обичајима.“

9 Нпр. БК, чл. 11bis ст. 2: „Препушта се законодавствима земаља Уније да утврде услове под којима ће се вршити права наведена у ставу 1 овог члана, али ови услови ће бити строго ограничени на земље које их буду прописале. Они ни у ком случају не смеју повредити морално право аутора ни његово право на правичну накнаду коју ће, у недостатку споразума, утврдити надлежни орган.“ Реч је о ограничењу искључивог овлашћења на емитовање ауторског дела.

стокхолмску ревизију БК 1971. године, и да је везана само за искључиво овлашћење аутора на умножавање његовог дела (које је такође први пут на општи начин регулисано у стокхолмској ревизији). Како су закони већег броја држава чланица Бернске уније у том тренутку већ регулисали искључиво овлашћење на умножавање ауторског дела, као и ограничења тог овлашћења, одредба чл. 9 ст. 2 БК је заправо била компромисна формулација која је требало да обухвати та у националним законима постојећа ограничења, као и да одреди оквир за будућа.[10]

Услови под којима је ово ограничење допуштено колоквијално се називају „тест у три корака" (енгл. – *three step test*), и постали су у новије време једна од централних тема ауторског права.

БК легализује још један тип ограничења ауторског права, иако се он не помиње у тексту конвенције. Реч је о малим, безначајним видовима коришћења ауторског дела, који се толеришу као допуштени, тј. који се не могу санкционисати као повреда ауторског права. Ти случајеви се означавају као „мала ограничења" (енгл. – *minor reservations*). Колоквијално се користи и латински назив: *de minimis* ограничења. Она улазе у заоставштину БК преко Генералног (завршног) извештаја уз бриселску ревизију БК 1948.[11] Наиме, приликом те ревизије, у БК је први пут ушло извођење/представљање ауторског дела, као минимално искључиво овлашћење аутора (чл. 11). Притом, то овлашћење, као и његова ограничења, већ су постојали у националном законодавству једног броја држава чланица Бернске уније. Проблем је био како нормирати ограничења тог искључивог овлашћења, а да се притом: а) не изазове конфликт са ограничењима прописаним у националним законима,[12] и б) не пренагласи могућност будућих ограничења тог тек установљеног овлашћења, што би могло да подрије његову пуноћу и значај. Излаз је нађен у њиховом помињању у Генералном/завршном извештају са дипломатске конференције 1948. године, у којем се истиче „могућност доступна националном законодавцу да пропише оно што се обично зове малим ограничењима". Примена тог *de minimis* правила је, у наставку истог документа, проширена са чл. 11 и на чл. 11bis, 11ter, 13 и 14 БК, чиме је обухваћено и искључиво овлашћење на емитовање ауторског дела.

10 Christophe Geiger, Daniel J. Gervais, Martin Senftleben, „Understanding the 'three-step test'", *International Intellectual Property* (ed. Daniel Gervais), Cheltenham, 2015, доступно на адреси: *https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test*, 20. 1. 2023, 167–168.

11 За детаље види S. Ricketson, 34–37.

12 Реч је о допуштености извођења/представљања ауторског дела углавном за потребе религиозних или војних церемонија, добротворних приредби, јавних забава поводом одређених фестивала или празника.

Будући да је Генерални/завршни извештај усвојен једногласно, данас је, на основу Бечке конвенције о праву међународних споразума (чл. 31, 32), општеприхваћено да је *de minimis* правило институт БК иако се не помиње и њеном тексту. С обзиром на хронологију дешавања, има основа да се ово правило сматра претходником „теста у три корака“.[13]

3. Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS)

TRIPS је закључен 1994. године у оквиру Светске трговинске организације и, заједно са Општим спразумом о трговини и царинама и Општим споразумом о трговини услугама, представља стуб правног поретка међународне трговине у глобализованом свету.

Као најамбициознији подухват међународног кодификовања права интелектуалне својине, TRIPS је, с једне стране, реафирмисао раније донесене конвенције (на првом месту ПК и БК)[14] и, с друге стране, релативно прецизним нормама попунио њихове празнине. Резултат тога била је и нужност регулисања ограничења права интелектуалне својине.

У TRIPS-у су изричито и врло екстензивно регулисана два ограничења патента. Једно је принудна лиценца (чл. 31), а друго је принудна лиценца за производњу и извоз фармацеутских производа (чл. 31bis). Уз то, TRIPS прописује и следеће у чл. 30: „Чланице могу одредити ограничене изузетке од искључивих права признатих патентом, под претпоставком да такви изузеци нису у неразумној супротности с нормалним искоришћавањем патента и неразумно не штете легитимним интересима носиоца патента, узимајући у обзир легитимне интересе трећих лица.“

Кад је реч о ограничењима ауторског права, TRIPS не познаје ниједно експлицитно ограничење, али у чл. 13 каже: „Чланице ће свести ограничења или изузетке од искључивих права на одређене посебне случајеве који нису у супротности с нормалним искоришћавањем дела и који не штете неразумно легитимним интересима носиоца права.“

Запазимо да је овде реч о варијантама „теста у три корака“ из БК.

Успут, TRIPS се на сличан начин осврће и на ограничења права заштите индустријског дизајна и жига, али то је изван предмета овог чланка.

13 M. Senftleben, 45.

14 Номотехнички гледано, то је учињено помоћу тзв. бланкетних норми. Чл. 2 ст. 1: „У погледу Глава II, III и IV овог Споразума, чланице су дужне да поштују чл. 1 до 12 и чл. 19 Париске конвенције (1967).“ Чл. 9 ст. 1: „Чланице су дужне да поштују чл. 1 до 21 Бернске конвенције и Анекс уз њу.“

4. WIPO уговор о ауторском праву (WCT)

WCT је закључен 1996. године са циљем да међународно регулише одређена имовинска овлашћења аутора, која су дотад била нерегулисана у међународним актима. Пре свега, мисли се на искључиво овлашћење на свако јавно саопштавање ауторског дела жичним или бежичним путем, укључујући чињење тог дела доступним јавности на начин да појединац може приступити делу с места и у време које сам одабере (чл. 8). Овиме је WCT довео међународни оквир заштите ауторског права у склад са достигнућима дигиталне информационо-комуникационе технологије (интернет).

Нова искључива овлашћења захтевала су да се WCT изјасни и о њиховим могућим ограничењима. То је учињено у чл. 10. Први став овог члана гласи: „Уговорне стране могу у својим националним законодавствима да предвиде ограничења или изузетке (од) права признатих ауторима књижевних и уметничких дела на основу овог уговора, у одређеним посебним случајевима који нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем дела и који не наносе неосновано штету законитим интересима аутора.“ Други став гласи: „Уговорне стране ће, када примењују Бернску конвенцију, свести сва ограничења или изузећа од права која су у њој предвиђена на одређене посебне случајеве који нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем дела и не наносе неосновано штету законитим интересима аутора.“[15]

Запазимо и овде да WCT прописује једну варијанту „теста у три корака“ из БК и TRIPS-а. Дакле, овај „тест у три корака“ примењује се не само на „нова“ овлашћења из WCT, него и на она „стара“ из БК. Проблем је, међутим, то што су и „стара“ искључива овлашћења из БК (нпр. овлашћење на умножавање ауторског дела) са развојем дигиталне технологије добила нове појавне облике (електронско умножавање), па се поставило питање да ли за те нове облике старих овлашћења важе иста ограничења или не. Одговор на то питање дат је у Усаглашеној изјави уз чл. 10, која је саставни део WCT-а.[16] Поента је да су се стране

15 WCT реферише на искључива овлашћења из БК тако што је у свом чл. 1 прописао: а) WCT је посебан споразум у смислу члана 20 БК, б) ништа у овом уговору неће дерогирати постојеће обавезе које уговорне стране имају једна према другој на основу БК, в) уговорне стране се морају придржавати чланова 1 до 21 и анекса БК.

16 „Разуме се да одредба чл. 10 допушта уговорним странама да наставе и на одговарајући начин протегну у дигитално окружење ограничења и изузетке у њиховим националним законима, који су сматрани прихватљивим са становишта БК. Слично томе, ова одредба би требало да се разуме тако да допусти уговорним странама да обликују нове изузетке и ограничења која одговарају дигиталном окружењу.

Такође се разуме да чл. 10 ст. 2 нити умањује нити проширује обим примене ограничења и изузетака који су допуштени на основу БК.“

уговорнице сагласиле да се постојећа допуштена ограничења могу транспоновати и на дигитално окружење, као и да се могу уводити нова, ако је то целисходно у дигиталном окружењу.

5. Право Европске уније

У материји патентног права ЕУ постоји само један секундарни извор права који садржи ограничења о којима овде говоримо.[17] Насупрот томе, у материји ауторског и сродних права има више секундарних извора који таква ограничења садрже, укључујући и „тест у три корака".[18] Без сумње, за нашу тему је најзначајнија Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године,[19] која је 2019. амандирана Директивом о ауторском и сродним правима на дигиталном јединственом тржишту.[20] Њен значај је у томе што у свом чл. 5 предвиђа листу од двадесет ограничења која државе чланице ЕУ могу по свом избору да уграде у национално законодавство, уз поштовање „теста у три корака". Није чудо да ова слобода избора, која је остављена државама чланицама, није довела до задовољавајућег степена хармонизације националних прописа о ограничењима ауторског и сродних права.[21]

17 Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака (98/44/EC) из 1998. која прописује посебна правила за исцрпљење права и за тзв. укрштену принудну лиценцу (*Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions*, *OJ* L 213, 30. 7. 1998).

18 Директива о правној заштити рачунарских програма (9/24/EC) из 2009 (*Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) (Text with EEA relevance)*, *OJ* L 111, 5. 5. 2009); Директива о праву закупа, позајмице и одређеним правима сродним ауторском праву у области права интелектуале својине (2006/15/EC) (*Commission Directive 2006/15/EC of 7 February 2006 establishing a second list of indicative occupational exposure limit values in implementation of Council Directive 98/24/EC and amending Directives 91/322/EEC and 2000/39/EC (Text with EEA relevance)*, *OJ* L 38, 9. 2. 2006); Директива о правној заштити база података (96/9/EC) (*Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases*, *OJ* L 77, 27. 3. 1996).

19 Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године (*Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, *OJ* L 167, 22.6.2001).

20 Директива о ауторском и сродним правима на дигиталном јединственом тржишту 2019/790/EU (*Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC*, *OJ* L 130, 17. 5. 2019).

21 Врло критички о томе Lucie Guibault, „Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation – The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC", *Journal*

IV „Тест у три корака“

1. Ширење обима примене и варирање формулације

Ако се занемаре ограничења која су у поменутим међународним изворима дефинисана као обавезна, „тест у три корака“ представља оквир у којем се морају кретати остала ограничења која национални законодавци прописују по свом нахођењу. Међу њима има ограничења чији модел већ постоји у међународном праву, као и оних која се обликују без узора у међународним прописима.

Из претходно изложених међународних конвенција се види метаморфоза улоге и садржаја „теста у три корака“. У Бернској конвенцији, његова улога је била да државама чланицама пружи обавезујућу инструкцију за обликовање ограничења само једног искључивог овлашћења аутора – овлашћења на умножавање ауторског дела. Реч је о инструкцији која треба да обезбеди да национални законодавац не оде предалеко у ограничавању овог искључивог овлашћења, и лиши га на тај начин његове супстанце и смисла. TRIPS је преузео „тест у три корака“, проширивши његову улогу и домашај: а) са ауторског права на патентно право и право заштите индустријског дизајна, и б) са једног овлашћења на сва овлашћења у оквиру ових субјективних права. WCT је, за потребе ауторског права, преузео концепт из TRIPS-а, по којем се „тест у три корака“ примењује на ограничења било којег искључивог имовинског овлашћења, уз нагласак на овлашћењима која имају посебан значај у добу дигиталне информационо-комуникационе технологије.

У вези са изложеним ширењем поља примене „теста у три корака“ морамо скренути пажњу на неколико могућих питања. Прво питање везано је за околност да TRIPS и WCT представљају „посебне аранжмане“ у смислу чл. 20 БК.[22] Та околност има за последицу да се путем TRIPS-а и WCT-а не смеју сужавати права аутора, која су утврђена у БК. С тим у вези, питање је да ли „тест у три корака“ из TRIPS-а и WCT-а подразумева допуштеност ограничавања и оних минималних права за која БК није прописала могућност ограничења.[23] Одговор је свакако негативан, јер се једино тако може спречити да аутор дође у

of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2010, 55 и даље.

22 БК, чл. 20: „Владе земаља Уније задржавају себи право да приступе склапању посебних аранжмана уколико би се овим аранжманима ауторима дала шира права од оних која су им призната Конвенцијом или уколико би они садржавали друге одредбе које нису у супротности са овом конвенцијом. Одредбе постојећих аранжмана које одговарају горе наведеним условима остају у важности.“

23 На пример, БК, чл. 11 ст. 1: „Аутори драмских, драмско-музичких и музичких дела уживају искључиво право да дају одобрење: 1) за јавно приказивање и извођење својих дела, подразумевајући јавна приказивања и извођења свим средствима или

ситуацију да има мања права на основу TRIPS-а или WCT-а него на основу БК. Следеће питање је да ли се „тест у три корака", како је прописан у TRIPS-у, примењује и на она ограничења права аутора из БК, код којих су постављени посебни услови. Одговор је негативан, јер би кумулацијом услова за ограничење права, слобода националног законодавца приликом прописивања тих ограничења била додатно сужена. Наредно питање тиче се статуса тзв. малих ограничења (енгл. – *minor reservations*) из БК (види 3.2. горе) у светлу проширења поља примене „теста у три корака" на сва допуштена ограничења из БК. Да подсетимо, иако нису експлицитно наведена у тексту БК, мала ограничења јесу део *acquis*-а БК, што чини ово питање умесним. Одговор је позитиван, што није тешко закључити. Тај одговор, међутим, захтева једну битну ограду: није допуштено да национални законодавац, на основу TRIPS-а и WCT-а, уводи нова мала ограничења (иако су она подложна „тесту у три корака"), ако би се она односила на минимална права за која БК није прописала могућност ограничења.[24] Коначно, питање је да ли се „тест у три корака" примењује и на она ограничења ауторског права, која лишавају аутора могућности да другоме забрани коришћење дела, али га овлашћују на потраживање накнаде за то коришћење.[25] На то не постоји једнозначан одговор. Једно се, ипак, може рећи: кад би се „тест у три корака" примењивао на та ограничења, она би најчешће прошла тест, будући да новчана компензација за ограничење права *per se* сугерише да ограничење не прелази разумне оквире прописане тестом.

„Тест у три корака" претрпео је и садржинску метаморфозу. Наиме, формулација овог теста није иста у БК, TRIPS-у и WCT-у. Свака потоња итерација укључује понеку модификацију. Примера ради, за разлику од БК која говори о „посебним" случајевима, TRIPS говори о „ограниченим" случајевима у којима су ограничења допуштена. Затим, док БК говори о ауторима, TRIPS говори о „носиоцима права" чији интереси морају бити заштићени. Коначно, док БК каже да је ограничење права допуштено само ако „не наноси неоправдану штету законитим интересима аутора", TRIPS додаје да притом треба узимати у обзир и „легитимне интересе трећих лица" (додуше, само ако је реч о патентима). WCT се, у основи, држи верзије „теста у три корака" из БК.[26]

поступцима, 2) за јавно преношење свим средствима приказивања и извођења својих дела."

24 Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London 1998, 89 (наведено према P. Bernt Hugenholtz, Ruth L. Okediji, „Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright – Final Report", 2008, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629*, 20. 1. 2023, 20).

25 Закон о ауторском и сродним правима Србије зове ту врсту ограничења „законска лиценца".

26 Овом приликом занемарујемо нијансе које се појављују у преводима ових докумената на српски (нпр. легитиман/законит и сл.).

Поменуте варијанте формулације теста траже одређена објашњења. Будући да је TRIPS трговински споразум који се бави искључиво имовинским овлашћењима из субјективних права интелектуалне својине, логично је да је, са аспекта материје коју регулише, небитно да ли се ради о аутору, односно проналазачу или о његовом правном следбенику. Зато TRIPS говори о носиоцу права. Увођењем „легитимних интереса трећих лица" у оцену допуштености ограничења патента, TRIPS експлицира оно што се подразумева: ограничење права мора бити разуман компромис између интереса носиоца права и трећих лица. Зашто TRIPS није употребио исту формулацију „теста у три корака" који се односи на ауторско право, остаје нејасно. Коначно, кад регулише ограничења патента, TRIPS говори о „ограниченим" случајевима, док у вези са ауторскоправним ограничењима говори о „одређеним посебним" случајевима. Разлог за ово такође остаје нејасан.

Ради предупређења могућих неспоразума, истакнимо и ово: ограничења ауторског права и патента, у вези са којима налази примену „тест у три корака", сасвим су одвојена од могућих ограничења која проистичу из других закона који уређују заштиту јавног поретка, заштиту конкуренције, заштиту података и сл. Другим речима, „тест у три корака" налази примену само код оних ограничења која произлазе из права интелектуалне својине.[27] Свако другачије решење би подразумевало постојање хијерархије правних грана (нпр. ауторско право има примат над правом конкуренције), што свакако није случај.

2. Садржина „теста у три корака"

Будући да је TRIPS уздигао „тест у три корака" у статус општеприхваћеног међународног стандарда за оцену допуштености ограничења права интелектуалне својине, посебну важност за његово тумачење имају одлуке три панела Светске трговинске организације, који су одлучивали у споровима због повреда TRIPS-а, везаних за законско нормирање ограничења патента,[28] ауторског права[29] и жига.[30] Спорови су вођени против Канаде, САД и ЕУ. Ове одлуке су биле предмет

27 Ограничења која произлазе из права интелектуалне својине могу, наравно, водити рачуна о јавном интересу, слободи конкуренције и др., али се тим ограничењима не примењују норме закона који уређују ту материју.

28 Поступак вођен против Канаде окончан је 2000. године (вид. WTO Document WT/DS114/R).

29 Поступак вођен против САД окончан је 2000. године (вид. WTO Document WT/DS160/R).

30 Поступак вођен против ЕУ окончан је 2005. године (вид. WTO Document WT/DS174/R).

теоријског интересовања и критичке анализе.[31] Сврха овог рада не тражи детаљно упуштање у чињенично стање и правно резоновање у поменутим одлукама, него је оријентисана ка синтези реакција које су те одлуке изазвале у теорији. Из разумљивих разлога занемарићемо проблематику ограничења жига. Почнимо са прегледом ставова из одлука поменутих панела.

Кад је реч о првом кораку, тј. услову, неспорно је да он тражи да ограничење буде, ради правне сигурности, прецизно одређено, и то на узак начин, како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу. Једноставно речено, допуштена су само мала умањења искључивих имовинских овлашћења носиоца ауторског права или патента. Рестриктивност у дефинисању ограничења потенцира његову субординираност у односу на правило, тј. на искључиво имовинско овлашћење које је предмет ограничења. Занимљиво је, међутим, да ово тумачење начелно не искључује ограничења која су у англосаксонском праву позната под именом *fair use*, чије главне карактеристике чине широка дефиниција у закону и креативна судска пракса.[32]

Други корак, тј. услов тражи да ограничење не буде у (неразумној) супротности са нормалним коришћењем предмета заштите. Нормално коришћење предмета заштите подразумева све постојеће и евентуално будуће начине коришћења, који носиоцу права доносе или вероватно могу донети опипљиву материјалну корист. Притом, не мисли се на максималну материјалну добит, јер би у том случају било немогуће испунити овај услов из „теста у три корака". Остаје питање која и колика материјална добит је искључена из концепта нормалног коришћења предмета заштите. Свака спекулација на тему одговора на ово питање отвара даља питања. На пример, могуће је рећи да су то приходи од оних начина коришћења из којих (ради баланса релевантних интереса)

31 Види нпр. Martin Senftleben, „Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 37/2006, доступно на адреси: *https://www.researchgate.net/publication/228121882_Towards_a_Horizontal_Standard_for_Limiting_Intellectual_Property_Rights_WTO_Panel_Reports_Shed_Light_on_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law_and_Related_Tests_in_Patent_and_Trademark_Law*, 20. 2. 2023, 407 и даље.

32 WTO документ WT/DS160/R § 6.108 каже: „ … нема потребе да се изричито идентификује свака могућа ситуација на коју би се ограничење могло применити, уколико је обим ограничења познат и посебан. То гарантује довољан степен правне сигурности." Овде је реч о једном крајње благонаклоном схватању компатибилности система *fair use* са логиком ограничења права интелектуалне својине која постоји у међународним изворима права. То није чудно, јер су САД *de facto* покровитељ TRIPS-а.

носилац права **не би требало** да остварује материјалну корист. Тај став отвара правнополитичка питања која нису тема у оквиру овог услова. Могуће је, такође, рећи да су то приходи који превазилазе меру која је неопходна да би ауторско право, односно патент испунили своју сврху економског подстицаја за стваралаштво. Овај став отвара питање да ли се приликом оцене допуштености одређеног ограничења права узимају у обзир материјалне користи од свих имовинских овлашћења, или само од оног које је предмет ограничења. Панел у предмету који се односио на ауторско право стаје на становиште да супротност са нормалним коришћењем предмета заштите постоји кад начини коришћења у оквиру конкретног имовинског овлашћења које је предмет ограничења, постају економска конкуренција начинима на које носиоци права нормално црпу економску вредност из тог овлашћења.[33]

Трећи корак, односно услов из „теста у три корака" тражи да ограничење права буде у оквирима који се могу оправдати, који су разумни и сразмерни кад се посматрају у светлу вагања легитимних интереса носиоца права и трећих лица. Овај услов отвара врата за правнополитичка разматрања, за која углавном нема места код претходна два услова. Другим речима, њиме се отвара питање шта се конкретним ограничењем права жели постићи, па се из угла значаја тог циља сагледава и оцењује прихватљивост штете која ограничењем настаје на страни носиоца права.

Тумачење „теста у три корака", које су дали панели Светске трговинске организације, није последња реч о овом питању, јер је тест формулисан довољно апстрактно да омогућава померање тежишта у његовој улози и значењу, зависно од промењених околности које су последица технолошког развоја, нових модела пословања, глобализације и др.[34]

Најопштије запажање је да се „тест у три корака" 1971. године уклопио у БК која је наглашено усмерена на заштиту аутора, што је сасвим логично, имајући у виду шта је био циљ њеног доношења (успостављање националног третмана странаца и утврђење одређених минималних ауторскоправних овлашћења). Отуда је смисао теста био виђен као брана од претераних ограничења искључивих овлашћења аутора, које би државе чланице могле прописати. Последично, успостављено је схватање које и данас постоји у уџбеницима, по којем „тест у три корака" мора да се тумачи рестриктивно јер ограничења на која се он односи имају статус изузетака у односу на правило да носилац права има целовита искључива овлашћења. Дакле, у време формирања међународног ауторског права, акценат је био на правима и њиховом проширењу, док

33 WTO Document WT/DS160/R, § 6.183.

34 C. Geiger, D. Gervais, M. Senftleben, 189.

су ограничења сматрана изузетним компромисом са јавним интересом, чему су погодовале доктрине о ауторском праву као облику својине, природном праву и сл. Захваљујући променама у условима живота, које су наступиле у последњим деценијама, „тест у три корака“ почиње да се сагледава кроз другачију оптику. Људи се враћају питању смисла и сврхе права интелектуалне својине, и откривају да оно не постоји због аутора и проналазача него је ту због јавног интереса да се унапређује културно и техничко стваралаштво заједнице и на тај начин побољшава квалитет живота.[35]

Тако долази до афирмације тзв. утилитаристичке доктрине права интелектуалне својине, која посматра искључива права и јавни интерес као повезане ствари које се међусобно условљавају и допуњују. Овакво сагледавање ствари значајно мења и приступ „тесту у три корака“.

На првом месту, „тест у три корака“ у помињаним међународним изворима права представља **инструкцију за законодавца** у државама чланицама. Суштина те инструкције је како да национални законодавац обликује будућа ограничења, а не како да судови тумаче постојећа ограничења. Формулисање искључивих права, као и формулисање њихових ограничења чини део процеса успостављања равнотеже релевантних интереса, која је подобна да реализује јавни интерес. Отуда, „тест у три корака“ није само лимитатор ерозије искључивих права интелектуалне својине, него је норма која овлашћује законодавца да кроз ограничења права успоставља поменуту равнотежу.[36]

На изложеној основи могуће су различите интерпретације „теста у три корака“, са новим акцентима и конструктивнијом логиком. Сасвим практично говорећи, могуће је проблематизовање општепознатог става да услови (кораци) из теста морају бити **кумулативно** испуњени да би одређено ограничење права било допуштено. Идући у анализи редом којим су услови у тесту формулисани, тест је негативан кад се наиђе на први услов који није испуњен. То доводи до тога да, по правилу, неиспуњење једног од прва два услова који су у основи квантитативне природе, чини излишним испитивање трећег услова који се тиче правнополитичке материје. Има логике у ставу да би трећи услов морао да се анализира на првом месту, јер јаки правнополитички разлози у

35 Парадоксално, најстарија правна акта у овој материји истичу управо интерес заједнице као крајњи смисао и циљ интелектуалне својине, док интерес стваралаца третирају као средство за њихово постизање. Устав САД из 1787. овлашћује Конгрес да „унапређује напредак науке и корисних вештина обезбеђујући на одређено време ауторима и проналазачима искључива права на њихова дела и проналаске“. Исто тако, први закон о ауторском праву, енглески Закон краљице Ане из 1710. године званично се звао „Закон о подстицању учења...“.

36 P. Bernt Hugenholtz, R. L. Okediji, 25.

прилог конкретног ограничења права, могу утицати на оцену квантитативних критеријума из прва два услова.[37] Још више логике има у ставу, да сва три корака морају бити посматрана као целина, а тест ће, у сваком конкретном случају, бити позитиван или негативан зависно од укупне оцене сва три услова.[38]

Из претходног става произлази једна важна последица: „тест у три корака" је заправо тест пропорционалности између јавног интереса који се конкретним ограничењем права жели постићи, и штете коју носилац права мора због тога да претрпи. Што је јавни интерес већи и важнији, носилац права мора претрпети већу штету. Штета за носиоца права, коју „тест у три корака" допушта, не сме прећи границу иза које његово искључиво право престаје да буде у функцији економског подстицаја стваралаштва и постаје *nudum ius* у економском смислу.[39]

То нас води закључној констатацији да се традиционални формалистички приступ „тесту у три корака", оличен у изреци *exceptiones non sunt extendendae*, трансформише у приступ по којем је улога теста да обезбеди да се циљеви правне политике обезбеђују на начин који наноси најмању могућу штету носиоцу права.

V Рецепција „теста у три корака" у праву ЕУ и праву Србије

Напред су већ поменуте директиве ЕУ у које је транспонован „тест у три корака". Узмимо за пример Директиву о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву из 2001. године. Директива у чл. 5 овлашћује државе чланице да својим националним прописима предвиде одређени низ ограничења појединих искључивих имовинских овлашћења аутора/ носиоца ауторског права, водећи притом рачуна о „тесту у три корака", који мора бити поштован.

Као што је већ речено, од БК па преко TRIPS-а до WCT-а, „тест у три корака" је обавезујућа инструкција за националног законодавца кад прописује ограничења искључивих права. Будући да је ЕУ Директива, по својој природи, такође обавезујућа инструкција националном законодавцу како да обликује домаће прописе, „тест у три корака" је и ту (бар

37 Christophe Geiger, „Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment", *Computer Law Review International*, 2005, 12.

38 Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan Griffiths, Uma Suthersanen, „Declaration A Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' In Copyright Law", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, доступно на адреси: *https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_english1.pdf*, 20. 1. 2023, 119.

39 A. Kur, 41.

формално) задржао своју изворну улогу. Ипак, немогуће је превидети следеће: таксативно набрајање (на концизан и прецизан начин) допуштених ограничења ауторског и сродних права у Директиви практично не оставља простор националним законодавцима да „имплементирају“ та ограничења тако што ће било шта променити у формулацији или обиму ограничења, да не говоримо о стварној примени „теста у три корака“. То нас води закључку да је изворна улога „теста у три корака“ нарушена. Практично гледано, он се у Директиви претворио у тест да ли ће национални законодавац уопште укључити одређено ограничење из Директиве у закон, или неће.

Текући процес хармонизације прописа Србије из ове области са прописима ЕУ довео је до тога да је улога „теста у три корака“ значајно промењена. Закон о ауторском и сродним правима Србије (ЗАСП)[40] започиње велико поглавље „Ограничења ауторског права“ заједничком одредбом чл. 41 ст. 2 која каже: „У сваком конкретном случају, обим ограничења искључивих права не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела, нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора, односно носиоца права.“ Затим следи низ чланова Закона, у којима се дефинишу ограничења ауторског права. Слично томе, Закон о патентима Србије (даље: ЗОПАТ)[41] започиње поглавље „Ограничења права“ чланом 21 чији ст. 2 гласи: „Одредбе из става 1 овог члана примењују се само у случају да нису у супротности са уобичајеним искоришћавањем патента или малог патента и да прекомерно не утичу на легитимне интересе носиоца права, узимајући у обзир и легитимне интересе трећих лица.“ Затим следе други чланови којима се уређују различити облици ограничења патента.

Одмах пада у очи да је код нашег законодавца „тест у три корака“ добио улогу правне норме која представља обавезујућу инструкцију за субјекте који примењују право (суд). Последице тога су прилично збуњујуће.

Пођимо од ЗАСП-а. Примена било којег ограничења које је ЗАСП предвидео, захтева да се конкретни случај анализира из угла „теста у три корака“ да би се обим ограничења држао у оквиру који није у супротности са нормалним искоришћавањем дела нити неразумно вређа легитимне интересе аутора, односно носиоца права. Исход те анализе може ићи од тога да нема препрека за примену ограничења права, до тога да је примена ограничења недопустива. Средња могућност је да

40 Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019.

41 Закон о патентима – ЗОПАТ, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон, 95/2018, 66/2019 и 123/2021.

је примена ограничења права допустива само под условом да се обим ограничења толико сузи, да ограничење губи смисао и не може постићи свој циљ.

У правосуђу и правничкој јавности Србије не постоји свест о томе да је овај начин нормирања „теста у три корака“ потенцијални извор проблема код сваке примене ограничења ауторског права, јер аутор/носилац ауторског права увек може да се позива да услови теста нису испуњени у конкретном случају. Хипотетички, уколико ти услови нису испуњени, суд би требало да може да забрани примену одређеног ограничења у конкретном случају, или да његов обим сведе на меру која му одузима смисао. Није вероватно да суд то може, а још је мање вероватно да суд то уме.

Надаље, законска обавеза провере испуњености услова из „теста у три корака“ односи се и на ограничење предвиђено у чл. 49 ЗАСП-а, по којем је свакоме допуштено да, у виду цитата, умножава или на други начин јавно саопштава одломке из туђих ауторских дела.[42] Наш законодавац је занемарио чињеницу да је ово ограничење на изричит начин уређено још у БК, те да оно није подложно „тесту у три корака“ нити од стране законодавца, а још мање од стране националних судских и управних органа.

Коначно, према ЗАСП-у је потребно да се свака конкретна примена ограничења права у виду „законске лиценце“, подвргне „тесту у три корака“. Кад би суд био доведен у ситуацију да одлучује у спору између аутора/ носиоца права и лица које користи ауторско дело на основу законске лиценце, кључно питање висине накнаде би одлучивало о томе да ли је то ограничење, у конкретном случају, допуштено или није. Тешко је замислити да је то била интенција законодавца. Наиме, законска лиценца свакако овлашћује треће лице да користи предмет заштите, док обавеза плаћања накнаде представља законску облигацију, а не услов за коришћење.

Кад је реч о патентима, ЗОПАТ има другачију технику. Он је прописао да се „тест у три корака“ има применити само на три ограничења

42 „Дозвољено је без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде умножавање, као и други облици јавног саопштавања кратких одломака ауторског дела (право цитирања), односно појединачних кратких ауторских дела, под следећим условима:

1) да је дело објављено;

2) да се поменути делови, односно кратка дела, без измена, интегришу у друго дело ако је то неопходно ради илустрације, потврде или референце, уз јасну назнаку да је реч о цитату и у складу са добрим обичајима;

3) да се на погодном месту наведе ко је аутор цитираног дела, који је наслов цитираног дела, када је и где је цитирано дело објављено, односно издато, уколико су ти подаци познати.“

патента,[43] док су сва остала ограничења изван домета теста. Ово је свакако мудрије решење од оног које постоји у ЗАСП-у, мада су оба погрешна.

Исправно схватање „теста у три корака“ подразумева да њему уопште није место у закону којим су прописана ограничења ауторског права, односно патента. Наиме, БК, TRIPS и WCT, као међународни споразуми који су овом тесту дали значај међународног правног стандарда, обавезују **законодавну власт** држава чланица. Дакле, национални законодавац је дужан да примени „тест у три корака“ кад доноси законе којима прописује ограничења искључивих права интелектуалне својине, а не да остави грађанском суду да проверава да ли је конкретна примена одређеног ограничења допуштена или није.

Део објашњења за ове номотехничке пропусте са непредвидљивим последицама може се наћи у техници трансплантације прописа ЕУ у домаће законе. Пошто се усклађеност домаћих прописа и прописа ЕУ проверава формалистички, упоређивањем текстова, а не упоређивањем смисла норми, успоставила се пракса преписивања одредби из директива ЕУ у домаће законе и подзаконска акта. За такву праксу су претежно одговорни чиновници ЕУ, а мање домаћи законодавац.

За сада, једини практични учинак интегрисања „теста у три корака“ у ЗАСП и ЗОПАТ јесте што се тиме потенцира традиционална и већ превазиђена концепција ограничења права као изузетка који се мора уско тумачити и рестиктивно примењивати. Као што смо показали у овом раду, модернија схватања залажу се за „тест у три корака“ као најфлексибилнији, најцелисходнији и најпрактичнији законодавни инструмент за обезбеђење равнотеже између искључивих права на предмету заштите, с једне, и слободе јавности да приступи предмету заштите и користи га, с друге стране.

43 „1) Примена проналаска или употреба производа израђеног према проналаску у личне и некомерцијалне сврхе;

2) Радње које се предузимају ради истраживања и развоја које се односе на предмет заштићеног проналаска, укључујући радње потребне за добијање дозволе за стављање у промет производа који је лек намењен људима или животињама или медицински производ или средства за заштиту биља дефинисана законом којим се уређују средства за заштиту биља;

3) Непосредна и појединачна припрема лека у апотекама на основу појединачног лекарског рецепта и на стављање у промет тако припремљеног лека.“

VI Закључак

Нове технологије, нови начини комуницирања, нови модели пословања и глобализација трговине довели су до потребе преиспитивања и унапређивања прописа из области заштите интелектуалне својине. Циљ тих промена је да се, у новим околностима, успостави равнотежа између искључивих права интелектуалне својине (преко којих право интелектуалне својине остварује своју мисију економског подстицаја стваралаштва) и слободе јавности да приступи предметима заштите и да их користи. Међу многим инструментима који служе тој сврси, законска ограничења субјективних права интелектуалне својине су препозната као најефикаснији.

Поред ретких ограничења која национални законодавац мора *telle quelle* преузети из међународних конвенција, прописивање највећег броја ограничења је у дискреционој власти националног законодавца који води рачуна о домаћим приликама и потребама. Притом, он има обавезу да претходно провери да ли планирано законско ограничење права испуњава услове из „теста у три корака“, који је данас универзални међународни правни стандард за допуштеност ограничења права интелектуалне својине.

Традиционална улога „теста у три корака“ била је да спречи законодавца да претера у ограничавању права (овде је било речи само о ауторском праву и патенту), што је водило схватању да је свако ограничење изузетак у односу на искључиво право које се сматра правилом. Следствено томе, ограничења карактерише рестриктивност, како у фази њиховог законског регулисања, тако и у фази примене.

Новија схватања, међутим, потенцирају флексибилност „теста у три корака“ као основу његовог потенцијала да служи као ефикасан инструмент усклађивања интереса носиоца права и јавности, ради реализације јавног интереса који је у основи заштите интелектуалне својине – подстицање стваралаштва, унапређење развоја, друштвено благостање. Највеће новине у том приступу су: а) услови из теста се процењују у међусобној повезаности, а не одвојено, и б) начело рестриктивности које још увек доминантно одређује природу теста, замењује се начелима целисходности и пропорционалности.

Интеграција „теста у три корака“ у домаће прописе учињена је погрешно, јер је изостало разумевање смисла тог института. Без обзира да ли се схвата на традиционалан или модеран начин, овај тест је међународноправна инструкција за законодавца да по њему обликује законску норму којом прописује одређена ограничења права. Наш

законодавац је, међутим, уградио „тест у три корака“ у текст ЗАСП-а и ЗОПАТ-а, претворивши га у инструкцију за одлучивање грађанских судова у споровима због примене одређеног ограничења права у конкретном случају. Домаћа правничка јавност не показује свест о могућим последицама овог законодавног решења.

Део објашњења за овај пропуст може се наћи у процесу хармонизације домаћег права са правом ЕУ, јер је „тест у три корака“ уграђен у Директиве ЕУ, које се скоро дословно транспонују у наше законе.

De lege ferenda, решење овог проблема је у брисању „теста у три корака“ из законских текстова Србије.

Коришћена литература

Geiger Christophe, „Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment“, *Computer Law Review International*, 2005.

Geiger Christophe, Gervais Daniel J., Senftleben Martin, „Understanding the ‘three-step test’“, *International Intellectual Property* (ed. Daniel Gervais), Cheltenham, 2015, доступно на адреси: *https://www.researchgate.net/publication/298519957_Understanding_the_three-step_test*, 20. 1. 2023.

Geiger Christophe, Hilty Reto, Griffiths Jonathan, Suthersanen Uma, „Declaration A Balanced Interpretation of the ‘Three-Step Test’ In Copyright Law“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, доступно на адреси: *https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_english1.pdf*, 20. 1. 2023.

Gervais Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London 1998, 89 (наведено према P. Bernt Hugenholtz, Ruth L. Okediji, „Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright – Final Report“, 2008, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629*, 20. 1. 2023.

Guibault Lucie, „Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation – The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC“, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010.

Kur Annette, „Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?“, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, Nr. 08–04, 2008: доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317707*, 20. 1. 2023.

Reinbothe Jörg, Von Lewinski Silke, *The WIPO Treaties on Copyright*, Oxford, 1996.

Ricketson Sam, „WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment", *Document SCCR/9/7*, Genève, 2003.

Senftleben Martin, „Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Nr. 37/2006, доступно на адреси: *https://www.researchgate.net/publication/228121882_Towards_a_Horizontal_Standard_for_Limiting_Intellectual_Property_Rights_WTO_Panel_Reports_Shed_Light_on_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law_and_Related_Tests_in_Patent_and_Trademark_Law*, 20. 2. 2023.

Senftleben Martin, *Copyright, Limitations and the Three-step test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag 2004, доступно на адреси: *https://hdl.handle.net/11245/1.224623*, 20. 1. 2023.

***Slobodan* M. MARKOVIĆ, PhD**
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

STATUS OF STATUTARY LIMITATIONS OF COPYRIGHT AND PATENT IN INTERNATIONAL AND SERBIAN LAW

Summary

The focus of the work is on the confrontation of the traditional (de lege lata) and modern (de lege ferenda) concepts of the "three-step test", which shows that the traditional principle of restrictiveness in the regulation of the limitation of rights gives way to the principles of purposefullness and proportionality. This enables this test to become a flexible and effective tool for adjusting the balance of relevant interests in the protection of intellectual property, in order to achieve the public interest – the improvement of creativity, development and community welfare.

The "three-step test" is, by its very nature, an instructive international legal norm addressed to the national legislator who prescribes the limitations of rights. In Serbia, this test was incorporated into the text of Law on Copyright and Related Rights and Law on Patents, which gave it the nature of a national legal norm that binds entities that apply the law. Considering the causes and consequences of this unusual phenomenon, the author criticizes the technique of harmonizing domestic law with EU law, where the emphasis is on the criterion of text matching, and not on the substantive integration of EU norms into the domestic legal order.

Key words: *Limitation of Rights. – Copyright. – Patent. – A Three-step Test. – TRIPS.*

Датум пријема рада: 5. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 35.077.3(497.11) ; 342.922
CERIF: S 111
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23203A

др *Зоран* Р. ТОМИЋ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ОПЕТ О КАТЕГОРИЈИ УПРАВНЕ СТВАРИ: УПОРИШНЕ ТАЧКЕ, ЗАЈЕДНИЧКА НИТ И СТРУКТУРА**

Сажетак

Појам и особине управне ствари разматрају се теоријски, упоредно, такође са становишта меродавних прописа и судске праксе, нарочито ради пружања одговарајуће правне заштите. Управне ствари се поглавито тичу управног акта (у оквиру којег и гарантног акта као релативно самосталног), затим управног уговора, управних радњи и вршења услуга од јавног значаја – али и сваке друге правне ствари законом квалификоване управном. Осим оне стожерне, главне управне ствари као предмета поступка постоје и „мале", узгредне управне ствари: чисто процесног, али и казненог, а по изузетку и парничног профила. Јавни интерес је кључно упориште управне ствари. Беспоговорно је његово задовољавање у конкретним случајевима, на темељу закона а уједно у заштити субјективних ситуација странака у управном

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

** Рад је прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду за 2023. годину *Савремени проблеми правног система Србије*, подтема: *Претходна и накнадна анализа правних прописа – Правна заштита у управно-процесном праву*.

поступку. Особине управне ствари су: јавноправни утицај надлежног вршиоца управне делатности на грађане и њихове колективитете; шири, јавни интерес који се мора остварити; појединачна, конкретна ванспорна ситуација; извршни, спроведени карактер активности које се предузимају у управним стварима.

Кључне речи: *Подела власти. – Јавни интерес. – Управна ствар. – Управни поступак.*

I Уводне напомене

Цео државни апарат, а шире и јавна структура друштва почива на два главна принципа: специјализацији државних/јавних функција и јединству правног поретка, његовог нормативног и фактичког вида. Циљ је двојак: да би се обезбедило ваљано функционисање државних и друштвених полуга, обављање разнородних јавних послова и њихово повезивање у складну целину. Јавни задаци, „јавне ствари“ се у правном погледу углавном могу груписати у три групе: стваралачке, спроведбене и заштитне. Прве на један општи начин формирају друштвени, регулативни оквир. Друге га конкретизују с обзиром на друштвене чињенице и животне ситуације грађана и њихових колективитета. Трећа категорија јавних ствари треба да заокружено правно обезбеди како поштовање објективног права тако и субјективних права грађана и правних лица.

Чланак који започињем усредсређује се на другу од наведених јавних функција која „покрива“ одговарајућу групу случајева. Она се уобичајено квалификује као извршна делатност. Има стандардно две сукцесивно повезане компоненте: политичко-извршну и извршно-управну.[1] Традиционално, прва је искључиво апстрактне, општенормативне подзаконске природе са елементима политичког одлучивања, у оквиру уставних и законских прописа сваке државе понаособ. Друга компонента извршног јавног деловања у примени општих правних норми – законских и подзаконских – поглавито је усмерена конкретно, на појединичне ситуације. Тако долазимо до појма „управне ствари“ (*Wervaltugssache*) што је и тема овога рада.

Имајући у виду специфичности правних система сваке државе, постављају се, теоријски, три основна, повезана питања: 1) ширина појма управне ствари, његова супстанцијална обележја, разграничавајућа од других правних ствари што је од значаја и за врсту правне заштите од

1 Вид. монографски, Ратко Марковић, *Извршна власт*, Београд, 1980.

незаконитог и неправилног поступања надлежних органа у управним стварима; 2) структура – облици управне ствари; 3) правна природа управне ствари. Текст махом има у виду савремено домаће право и респектабилну судску праксу.

II Упоредно о управној ствари

У највећем броју данашњих правних система управни поступак је, по угледу на судске, *формализовани правни ток рада надлежних органа*. Радње поступка детаљно су нормиране у погледу времена обављања, редоследа и рока, субјеката који су овлашћени да их обаве, форме у којој се предузимају и другог. У *управном, као и у судским поступцима, утврђује се чињенична слика индивидуалног случаја, како би се једнострано или двострано (споразумно) установило (не)постојање законских услова за изазивање предвиђених, односно жељених правних и фактичких дејстава, односно утицаја на главне учеснике тих процеса*. Судски поступак је по правилу правни процес у коме треба да се разреши *спорни појединачни случај – судска ствар*.[2] У управном поступку, пак, поглавито је конкретно правно уређивање, односно ненормативно (фактичко) обликовање једне појединачне *ванспорне/неспорне ситуације – управне ствари*.

Међутим, највећи број правних система и не познаје као издвојену категорију управне ствари.[3] До њеног формалног уобличавања долази се било преко одређивања делокруга и надлежности органа државне, односно јавне управе, било преко набрајања најважнијих, типичних, законски одређених управних активности.

---

2 Упућујем на Славољуб Поповић, „О појму судског акта“, *Управно право (студије и чланци)*, Београд, 1972, 87–119.

3 Тако Robert Walter, Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, 4. auflage, Wien, 1987, 138, 141, 253, 296; према Elmar Diemulla, Nikolaus Jaworsky, Rolf Müller-Uri, *Verwaltungsrecht, Ein Basisbuch* (4. erweiterte und überarbeitete Auflage), Köln – Berlin – Bonn – München, 1991. Управно право обухвата, поред организационих норми, најважније компоненте управне функције – управне акте, управне уговоре и управне радње (66–280), али и управне интервенције – поглавито регулаторно-уредбодавно и полицијско деловање (281–338), затим управноправне норме извршења (228–255) и, на концу „правну заштита у управном праву“ – управну, предсудску и судску (339–405). Тако би се управна ствар могла конструисати из нареченог трилинга управних активности; Heiko Faber, *Verwaltungsrechts*, 3. Auflage, Tübingen, 1992, у састав управног права уврштава нарочито, поред осталог, „право регулаторних конкретних управних интервенција“ (*Eingriffswervaltung*) – превасходно појединачним (у)правним актима и материјалним операцијама (типичне су оне полицијске и пореске) – што би могло да наведе на закључак о том и таквом, индиректном одређивању категорије управне ставри (166–242).

Француско право не познаје кодификовани управни поступак, а ни било какву јединствену законску дефиницију управног акта, односно управних активности. У доктрини, изразом *actes de l'administration* означава се скупина аката управе, и то: *des actes reglamentaires* (општи правни акти уређујуће-изведеног карактера) и *des actes individueles* (појединачни правни акт),[4] односно *actes non reglamentaires*.[5] Што се тиче простирања термина *acte administratif*, њему француски правни писци, ослонцем на управносудску праксу, придају махом два значења (оба ужа у односу на *actes de l'administration*). Према једном значењу, „управни акт је сваки онај од значаја за управно право". То би било његово функционално обележје, са додатном одредницом – „појединачни карактер".[6] Предочена формула обухвата и једностране управне акте (*unilateraux* – дело једне воље, индивидуалне или колективне) и управне уговоре (*les contrats administratif*, двострани или вишестрани правни акт). Друго значење израза *acte administratif* још је рестриктивније и оно данас претеже у француској правној науци: *Acte administratif* је правни појединачан једнострано-ауторитативан акт, који је издала управна власт, а има својство извршиве одлуке (*la décision exécutoire*).[7]

Немачко право садржи законску дефиницију управног акта (*Verwaltungsakt*, пар. 35 Закона о управном поступку):[8] управни акт је „свака наредба, решење или друга ауторитативна мера, предузета од неког органа власти у циљу регулисања једног појединачног случаја на подручју јавног права, а која има непосредно спољашње правно дејство". Са цитираним значењем, уз одговарајућа појашњења, оперише и немачка управноправна наука.[9]

III Српско право и судска пракса о управној ствари

Најшире, *управна ствар* се може изједначити са целим управним пољем деловања, с управном материјом као таквом, са читавом сфером

4 André de Laubadère, *Traité de droit administratif I*, Paris, 1973, 227.

5 Pierre Delvolvé, *L'acte administratif,* Paris, 1983, 115.

6 A. de Laubadère, 226 и даље, а нарочито 232–235.

7 В. детаљније Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1980, 90–92 и даље; Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif II,* Paris, 1983, 678–681, 685, 688–691, 727, 737–739; René Chapus, *Droit administratif général,* t. 1, Paris, 1988, 330 и 336; George Dupuis, „Definition de l'acte unilatéral", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, 1975, 213; P. Delvolvé, 11–22; Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, 507 и сл.

8 *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* из 1976. године.

9 Вид. више Драган Милков, *Појам управног акта* (необјављена докторска дисертација), Београд, 1983, 42–52.

друштвеног простирања јавне управе. У том смислу, сви акти органа и организација јавне управе – државне и недржавне – односили би се на управне ствари. А они су, донети у примени права, разноврсни. Према критеријуму да ли имају непосредна, самостална правна дејства или их немају раздвајају се: 1) *правни/нормативни* акти – општи и појединачни, који их имају, и 2) *материјални/фактички* акти (радње) управе, који немају непосредна, тј. самостална правна дејства (о чему је било речи у уводној студији).

Међутим, управна ствар се – уз *ослонац на прописе који данас важе* – стандардно одређује знатно уже.[10] Тако се управна ствар поима као садржински посебна врста правних ствари, различита од оних законодавних, подзаконско-нормативних, судских, уставносудских, јавнотужилачких, самоуправних – и свих других типова правних случајева који су садржински карактеристични за одређене врсте јавних органа, односно категорије јавноправних делатности.[11] Тако би се управна ствар могла схватити као особен модел правног случаја који се законски ставља у надлежност јавне управе, да би га она непосредно правно регулисала. Следствено, управна ствар бива везана за *појединачне (а не опште правне) акте јавне управе – пре свега за управне акте, управне радње, па и управне уговоре (тамо где су подвргнути засебном правном режиму).*

Предмет важећег Закона о општем управном поступку Србије[12] (ЗУП) знатно је разгранат тако да његова процесна правила обавезују државне (органи државне управе и други државни органи и организације)

10 О покушају одређења управне ствари в. код Зоран Јелић, „У трагању за идентитетом управне ствари“, *Правни живот*, бр. 9/96, 691–704, посебно 700–703; Невенка Бачанин, „Закон о управним споровима и управна ствар“, *Правни живот*, бр. 10/2011, II том, 251–262; Славољуб Поповић, Стеван Лилић, Јованка Савиншек, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд, 1998, 58; Стеван Лилић, *Коментар и критичка анализа Закона о општем управном поступку, са моделима аката и регистром појмова*, Београд, 2022, 42, 47; Зоран Р. Томић, Ђорђије Блажић, *Коментар Закона о управном поступку Црне Горе, теоријски, међународни, примјена, судска пракса, регистар, табеле, шеме*, Подгорица, 2017, 69–74; Владимир Тодоровић, *Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима, са коментаром, моделима акакта, примерима и управносудском праксом*, Београд, 2018, 29–31.

11 Мађарски ЗУП (из 1957. године) дефинише управну ствар као „сваки предмет путем чијег решења државни орган установљава за странку права или обавезе, потврђује или региструје одређене чињенице“. У следећем тексту тамошњег ЗУП-а (из 1981. године) управном ствари сматрала се „свака ствар у којој орган државне управе заснива неко право или дужност, који се односе на странку, потврђује неки податак, води евиденцију или врши државни надзор“. Упућујем на Драган Милков, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/86, 490–504.

12 *Службени гласник РС*, бр. 18/16, 95/18 – Аутентично тумачење, чл. 2 ст. 2.

и недржавне вршиоце (органи територијалне аутономије, органи јединица локалне самоуправе и имаоци јавних овлашћења – привредна друштва, установе, јавне агенције и други овлашћени колективитети, али и овлашћени појединци) – у следећим врстама управних активности: 1) када решавају о правима, обавезама или правним интересима странке – доносећи управне акте (једностране решавајуће појединачне правне акте јавне власти); 2) када доносе гарантне акте (којима се „обећава" садржина будућег управног акта); 3) када закључују управне уговоре; 3) када предузимају друге управне активности које имају непосредно фактичко дејство на права, обавезе или правне интересе странака – то су управне радње и пружање јавних услуга. У складу с претходним, *управна ствар* је дефинисана као појединачна, конкретна – по правилу неспорна – ситуација од јавног интереса „у којој орган, непосредно примењујући прописе, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге" (члан 2 став 1), али и као „свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар" (члан 2 став 2). Тако, према *Закону о радним односима у државним органима*, „при одлучивању о правима и дужностима државног службеника примењује се закон којим се уређује општи управни поступак, изузев код одлучивања о одговорности за штету". Дакле, именовани пропис узима да је односни акт одлучивања управни акт, тј. да је у питању управна ствар. Такође, према *Закону о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе*, „акт којим се одлучује о правима, обавезама и одговорностима службеника из радног односа доноси се у форми решења, сагласно закону којим се уређује општи управни поступак, и има карактер управног акта, ако овим законом није друкчије одређено".

Ранији текст ЗУП-а није садржао дефиницију управне ствари. Поређења ради, према важећем *Закону о управним споровима Србије* (члан 5 тога текста) „управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди". Закључујем да је управна ствар у смислу новог ЗУП-а осетно шире постављена, у складу са класификацијом управних активности (Глава друга – чл. 16–32), чиме је и поље примене овог закона постало обухватније и изнијансираније.

Дакле, управна ствар је увек *појединачна, конкретна ситуација*; док су опште ситуације законодавна и подзаконско-нормативна ствар. Отуда, на пример, решење којим се одлучује по захтеву да се отвори јавни пут или да се такав пут оспособи за употребу није управни акт (СВС,

Уж бр. 6792/58 од 6. децембра 1958); ни актом о забрани саобраћаја на јавним путевима не решава се о управним стварима (тако, у објашњењу Савезног секретаријата за правосуђе бр. 04–85/1 од 12. фебруара 1966); урбанистички пројекат нема карактер управног акта већ општег акта, па се његова законитост не може преиспитивати у управном спору (ВСС, Увп. 1203/98 од 2. фебруара 2000).

Доиста, судска пракса наилази на знатне тешкоће приликом одређивања да ли је неким актом решавано о управној ствари и – с тим у вези – да ли се против њега може водити управни спор. У својим одлукама, домаћи судови обично дају само штуре одговоре на питање да ли је акт који се напада тужбом управни акт у смислу члана 4 (раније члан 6) ЗУС-а. Код тога често није јасно зашто је једна ствар сматрана „управном", а друга није. Судови углавном само констатују постојање или непостојање појединих елемената решавајућег управног акта.[13]

13 Тако, акт није донет у вршењу управне делатности јер је издавалац акта иступао као странка у грађанскоправном односу (СВС, У 1493/52 и У 1323/52); решење којим управни орган ауторитативно решава о својој надлежности има карактер управног акта у смислу члана 5 (сада члан 6 – прим. аут.) ЗУС-а (СВС, Уж. бр. 2364/56); питање накнаде трошкова болничког лечења представља ствар о којој се расправља у поступку код редовног суда, па решење којим је Завод за социјално осигурање одбио да исплати накнаду трошкова нема карактер управног акта (Решење ВСЈ, Уж. 127/63 од 19. априла 1963); не може се у управном поступку тражити да се посебним решењем утврђују чињенице које могу бити релевантне у поступку за остваривање неког захтева, већ се оне могу утврђивати само у поступку за остваривање неког права (Одлука ВСЈ, бр. 2020/65 од 6. марта 1965); спорови о одвођењу оборинских вода су имовинскоправног карактера, па се о њима не може решавати у управном поступку (ВСХ, У 4234/69 од 20. марта 1970); доношење акта комисије којим се оцењује докторски рад, поднет с циљем стицања доктората наука, не представља поступање по одредбама ЗУП-а, те такво оцењивање, као и свако друго одлучивање у вези с тим није одлучивање о некој управној ствари (ВСС, У бр. 5069/69 од 14. јануара 1970); када Југорегистар бродова приликом вршења јавних овлашћења која су му поверена решава о правима, обавезама или правним интересима појединца, правног лица или друге странке – такво решење има карактер управног акта (СС, Ус. бр. 137/79); акти организације која управља гробљем, које она доноси у вези с управљањем и коришћењем гробних места, сматрају се управним актима (УСХ, Ус. бр. 1979/ 80 од 1. октобра 1980); акт Савезне управе за контролу летења, којим се обавештава учесник да није изабран на конкурс за стипендирање на студије за послове контролора летења, није управни акт јер је донет у ствари заснивања радног односа која нема обележја управне ствари (СС, Ус-42/82 од 7. априла 1982); одлучивање даваоца стана на коришћење о додели терасе ради коришћења, не представља одлучивање у управној ствари, те ни решење даваоца којим је одбијен захтев странке не представља управни акт (Пресуда Окружног суда у Крагујевцу У бр. 45/85 од 25. фебруара 1985); Решење министра просвете на основу члана 115 став 7 Закона о основној школи (*Службени гласник РС*, бр. 50/97 и 22/02), којим није дата сагласност на одлуку школског одбора о избору директора, нема карактер управног акта из члана 6 ЗУС-а (ВСС, У. 3801/02 од 11. децембра 2002); акт Министарства просвете на основу члана 66

Све у свему, могло би се начелно закључити да овдашњи судови одричу овлашћење на вођење управног спора, тј. један акт не сматрају донетим у управној ствари у следећим врстама случајева: (1) када је реч о општем правном акту; (2) уколико је једним актом расправљен неки спорни имовинскоправни однос; (3) у случају да извесни акт нема решавајући карактер; (4) када је у питању акт приватно-уговорног карактера (кауза му није јавни интерес као код управног уговора), као и сваки други акт који није донет у вршењу државне власти, односно коришћењем јавних овлашћења. Са друге стране, управни уговор *ex lege* представља управну активност, облик управног поступања: двострани управни посао. Ипак, дефинитивна правна, судска заштита странке, тј. једне стране уговорнице (наспрам друге, јавноправног органа) од нерегуларних, посебно ништавих управних уговора не остварује се код Управног суда, већ у парници.[14]

IV Неки регионални модели одређивања управне ствари

Управна ствар је релативно особени „члан“ процесне породице који захтева респектабилан правни одговор. Она је предмет управног поступка. „Ствар“ је у датом контексту задатак, спис, питање, случај, конкретна животна ситуација. Има садржинско језгро, а формалну ширину. Нема чистог теоријског појма управне ствари. Законодавац – било општим процесним законом, било ма којим посебним законом – може одређену правну ситуацију квалификовати „управном ствари“ без обзира на њена садржинска обележја. Тако чини, како сам већ навео, и

став 2 Закона о средњој школи (*Службени гласник РС*, бр. 50/92 ... 25/02) којим, по захтеву за заштиту права ученика односно родитеља, којим упозорава школу да у остављеном року отклони повреде закона, нема карактер управног акта против ког се може водити управни спор (ВСС, У. 3531702 од 6. фебруара 2003); сагласност односно одбијање сагласности Републичког савета за развој универзитетске делатности на елаборат о оснивању факултета по Закону о универзитету, нема карактер управног акта (ВСС, У. 2827/05); Одлука скупштине града о избору чланова градског већа не представља акт против ког се судска заштита може остварити пред Врховним судом Србије, као да се ради о повреди права јединица локалне самоуправе из чл. 124 и 125 Закона о локалној самоуправи (ВСС, У. 6432/04 од 26. јануара 2005); постављење заменика секретара скупштине општине, као и његово разрешење, не представља појединачан акт о избору и именовању односно разрешењу од дужности лица у изборним звањима, тј. није управни акт из члана 6 ЗУС-а, због чега се против тог акта не може водити управни спор (ВСС Увп. И. 404/04 од 15. јуна 2005); појединачни акти Владе Републике Србије о избору, постављењу и разрешењу са дужности изабраних и постављених лица могу се оспоравати пред Врховним судом Србије (ВСС, У. 3156/03 од 2. фебруара 2005).

14 Према Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, треће издање, Београд, 2022, 54, 92–112.

ЗУП Србије: „Управна ствар је и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар“. Тако је предвиђено да се „решењем којим се усваја приговор ... одређује се даљи начин испуњења обавезе органа из управног уговора и одлучује о захтеву за накнаду штете...“[15]

Слично регулише, односно упућује и *Закон о управном поступку Црне Горе*:[16] „Управна ствар је ... и свака друга ситуација која је законом прописана као управна ствар“. Такође, „управне активности подразумјевају доношење управних аката, закључивање управних уговора, заштиту корисника услуга од општег интереса, као и предузимање других управних активности у управним стварима, у складу са законом“.

Другачији модел прихвата *Закон о општем управном поступку Хрватске*.[17] Он најпре дефинише управну ствар: „Управном ствари сматра се свака ствар у којој јавноправно тијело у управном поступку рјешава о правима, обавезама или правним интересима физичке или правне особе или других странака..., непосредно примјењујући законе, друге прописе и опште акте којима се уређује одговарајуће управно подручје“ (члан 1 став 1). „Управном ствари сматра се и свака ствар која је законом одређена као управна ствар“ (став 2). Но, даље, хрватски пропис проширује своју примену – „на одговарајући начин“ – и на друге типове ситуација који се *ex lege* не сматрају управном ствари. Наиме, и на „склапање управних уговора и на свако друго поступање јавноправних тјела из подручја управног права, које има непосредан учинак на права, обавезе или правне интересе странака, ако законом није другачије прописано“ (члан 3 став 1). Такође, одговарајућа примена истог прописа важи „и у поступцима заштите права, односно правних интереса странака у предметима у којима правне особе обављају јавне службе..., одлучују о правима, обавезама или правним интерсима, ако законом није прописана судска или друга правна заштита“ (члан 3 став 2).

На основу приказаног хрватског управно-процесног материјала, може се закључити следеће: Прво, код појма управне ствари централно место заузима једнострани, ауторитативни, спроведбени и решавајући правни акт – управни акт. Друго – правила установљена за њега меродавна су и у три напред поменуте групе ситуација. Једна је „отворена законска формула“ (где се пропис примењује дословно), а друге две су конкретније и ту правила управног поступка – која изворно важе за управне акте – важе сходно, прилагођено особености тих других, претходно цитираних службених активности.

15 Чл. 149 ст. 1 тач. 3; тај пример наводи и Вук Цуцић, *Збирка прописа из области управног права (с предговором и регистром прописа)*, Београд, 2019, 15.

16 *Službeni list Crne Gore*, br. 56/14, 20/15, 40/16, 37/17, чл. 2 *in fine* и чл. 3.

17 *Narodne novine*, br. 47/09, 110/21, чл. 2 и чл. 3 ст. 2 и 3.

V Основна обележја управне ствари

Враћам се на једно претходно, почетно питање: да ли је категорија управне ствари заправо теоријски а и у законодавству и судској пракси можда сувишна, будући да није – да и не може да буде!? – до краја одређена, с обзиром на њен разнородни састав, на њену комплексну структуру. Да ли је она само знамење управе, симбол номиналне каквоће, без садржинског заједничког именитеља. Да ли она, највећим делом, зависи од законског, чисто или претежно формалног именовања (како је претходно било илустровано) – и да се, као такво, може мењати?

И поред озбиљности изнете аргументације, потписник – на основу свега до сада изложеног у овоме чланку – ипак сматра да се управна ствар може садржински одредити, обликовати у највећој мери. Штавише, да се може издвојити у оквиру целокупног делокруга јавне управе у једну, иоле самосталну категорију.

У том смислу подвлачим *четири заједничке црте управне ствари*, без обзира на конкретан вид управне активности под њеним окриљем: 1) јавноправни утицај – правни или/и фактички на странке у поступку, физичка, правна и са њима изједначене колективитете чиме се успоставља однос нејенакоправности између органа и другог учесника управног односа (чак и код управног уговора као двостраног управног посла); 2) уграђени јавни интерес, његово задовољење – посредно простирање, домашај и ван одређеног односа који је управним активностима успостављен: јавни интерес је уједно и покретач, разлог али и циљ одговарајуће службене активности, односно интервенције; 3) појединачна ситуација без спорног правног питања – конкретан ванспорни случај; 4) извршни, спроведени карактер, особена природа управних активности у њеном саставу.

1) *Јавноправни утицај.* – Ово и следујуће својство управне ствари дубоко су повезани. Управна ствар, тачније управне активности које том приликом предузимају поседују одговарајући утицај, остављују службени „печат“ на грађане и њихове колективитете, на странке у управном поступку. Управна ствар подразумева однос слабије или јаче неравноправности између надлежног предузимаоца управног чина и оних према којима је он уперен. Тај утицај може да буде чисто правни, нормативни – у облику правних дејстава, а може да буде ненормативни, фактички, без непосредних и самосталних правних дејстава. У сваком случају односни уплив изазива законом предвиђене правне последице. Нормативни утицај је несумњив код управног акта, гарантног акта и управног уговора. Потоњи правни посао настаје као сагласност воља једног јавноправног и једног приватноправног

субјекта, но неједнакоправност страна уговорница током извршења и окончања дејстава управног уговора тиме није обрисана. Разлог је у сврси управног уговора: беспоговорно остварење јавног интереса који је у дотичном типу ситуација законски пројектован. Фактички утицај у домену управних ствари очит је код управних радњи (рецимо, вођење јавних евиденција и издавање јавних уверења, или, драстично – код службених интервенција полицијских и пореских органа) и обављања јавних услуга, тј. вршења разноврсних јавних служби (од комуналних, здравствених, преко снабдевања у више облика, до оних васпитно-образовних).

2) *Уграђени јавни интерес.* – У свакој управној ствари испреплетена су два интереса: јавни интерес и приватни, конкретан, онај правног субјекта о којем је реч. То зависи од одговарајуће управне области у којој се управна активност предузима. Од унутрашњих послова, војске, односа централне бааанке према пословним банкама, заштите акционара, пореза, царина, уређења простора, заштите животне средине до грађења, саобраћаја, експропријације, реституције и тако даље. Јавни интерес, у својој множини, представља срж јавног поретка.[18] Да би се једна људска заједница и њена основна, најшира и најјача политичка организација – држава, одржала као целовита, да би складно функционисала, неопходно је остварити најважније циљеве, кључне друштвене вредности: владавину права, људске слободе, јавни ред и мир, безбедност – спољну и унутрашњу, унапређујући пословни миље, заштиту здравља становништва, несметано одвијање снабдевања, саобраћаја, еколошки јавни интерес – и многе друге, привредне и непривредне постулате. Том приликом се укрштрају легитимни интереси одређене социјалне целине и сваког њеног припадника.

3) *Конкретан вансудорни случај.* – Тако долазимо и до обележја управне ставри које се тиче простирања управних активности на појединачне случајеве, на субјективне правне ситуације, што је уско повезано и са последњом одредницом управне ствари. Јер, управно деловање се не састоји само у поступању у управним стварима. Јавна управа има и регулаторну, подзаконску функцију: доношење општих правних аката, правилника, наредаба, упутстава. Свака управна ствар је, наиме, нечија управна ствар, па тако особена, посебна. Такође, за разлику од судовања, од судске ствари, смисао управних активности није у разрешавању спорних правних питања, у службеном арбитрирању између две стране.

4) *Извршни, директно спроведбени карактер активности у њеном саставу.* – Код управних ствари, посреди је службено деловање

18 Упућујем на Зоран Р. Томић, „Јавни поредак, појам и структура“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2019, 34–48.

јавноправноправних субјеката у процесу примене права. И тô у завршним стадијумима тога процеса. Тако се управне ствари показују као крајње животне, опипљиве, непосредно спајајуће – и што је више могуће, уклапајуће – јавно и приватно, службено и неслужбено.

На крају, имајући у виду укупност изложеног и разложеног, управна ствар – иако појавно богате и разноврсне садржине – изузетно је важан још један, заштитни, обједињавајући правни механизам: судску заштиту у управном спору, пред управним судством. Речју, дефинитивно, непристрасно и независно преиспитивање, оцену законитости конкретног управног рада у управним стварима пред специјализованом судском инстанцом, по тужби лица које сматра да је извесним управним чином нарушен интегритит њене правне ситуације – да су му повређена права или правни интереси засновани на закону (о чему још нешто доцније).

VI Класификација управних ствари

На претходним страницама учињен је покушај да се осветли природа управне ствари као садржински – делом и формално, по законодавчевој вољи – различите од осталих правних ствари. Но, поред правне науке и законодавства, улога ставова судске праксе остаје пресудна у погледу квалификовања каквоће одређене правне ствари чија се законитост пред њим оспорава. Управни суд даје мериторан одговор на питање ком правном режиму судске заштите – управно-судском или неком другом – ће конкретна ствар бити подвргнута.

С претходним у вези, корисно је понудити оквире једне класификације управних ствари, према њиховој ужој садржини и облику:

1. нормативна и ненормативна управна ствар (што је раније објашњено);
2. једнострана и двострана (управни уговор);
3. једностраначка и вишестраначка (према броју странака наспрам органа);
4. јаче, тј. веће, посебно уз употребу силе – или слабије ауторитативна (као што су јавна документовања, о чему је било речи);
5. главна и остале, такозване споредне управне ствари – процесне (код управљања поступком: спајања ствари у један поступак, изузећа, заказивања усмене расправе и друго), казнене (прекршајна одговорност службеног лица, односно новчано кажњавање несавесног сведока или вештака, новчано кажњавање због ометања тока усмене расправе итд.), парничне

(већ поменуто одлучивање о захтеву за накнаду штете неизвршења управног уговора);

6. правно везане и дискрециоие управне ствари (критеријум је степен правне везаности предузимаоца службеног чина, односно количина његове слободне оцене при вршењу извесне управне активности), што се мора разграничити од чисто политичких појединачних ствари (као што су акти милосрђа државног поглавара);
7. претходна „обећавајућа“ управна ствар – код гарантног акта, и она из ње произлазећа, следујућа;
8. онерозне (које се тичу одређене обавезе за странку наметнуте управном активношћу) и потенцијално фаворабилне (где се одлучује о одређеном праву, односно правном интересу странке заснованом на закону);
9. „класична“ управна ствар и управна ствар управног извршног поступка (по правилу скопчана са врстама и облицима финалног извршења, односно обезбеђења извршења управног акта).

Да подсетим и на кумулирање (у)правних ствари код наилажења на такозвано претходно питање у управном поступку: било да су посреди две повезане управне ствари од којих је решавање једне конститутиван услов за закониту одлуку о другој – било да нека неуправна (по правилу, судска) има ранг претходног, нерешеног правног питања у управном поступку.

VII Закључна разматрања

Управна ствар је појам из ризнице управноправне гране. Може да буде изричито или прећутно законски одређен. Многи правни системи га не познају, бар не под тим именом (већ, на пример, управне активности, управна делатност, управне интервенције и друго). Управна ствар се конструише у виду затворене или пак делимично отворене законске формуле прописивања. Каткад само један потез законодавца може променити правни режим једног дела друштвене стварности. Такав је случај са различитим јавним регистрима. Јасну илустрацију пружа србијански катастар, раније припадајући грађанско-судској сфери, а последњих десетак година – оној управној, у организационом и процесном погледу.

Управна ствар се може дефинисати у ужем – редовно само кроз управноправни акт, као једна од његових карактеристика – или ширем

смислу (што сам потанко приказао). Но, улогу судске праксе, па и правне доктрине, не би у том смислу требало потцењивати. Напротив, управни суд, код почетног питања да ли ће се упуштати у разматрање неке тужбе, несумњиво прецизира да ли неки животни догађај спада под управну ствар или не.

Сводно узев, управна ствар је један замашан „исечак“ правне стварности који има јавноправну природу, ауторитативан, појединачан, ванспорни и спроведбени/извршни карактер. Као таквој, одговара јој управно деловање – изражено неколиким групама управних активности – којим се врши на закону заснован респектабилан утицај, правни или/и фактички, на појединце и њихове колективитете, странке у управном поступку. Као најважније управне активности могу се навести: управноправни акт – при чему се гарантном акту ту даје мање или више самостално место; управни уговор; управна радња; јавне услуге, тј. услуге од општег интереса као стандардно „друго име“ за обављање јавних служби.

Управне ствари су премрежиле друштвени живот у свакој држави: од оних традиционалних (војска, полиција, финансије) до привредних, али и породичних (тако, стављање малолетног лица под старатељство), или оних везаних за управно ограничење својине. Речју, где год се у једном конкретном друштвеном односу без спорног правног питања ангажује (и) јавни интерес – то је сигнал да је посреди управна ствар.

Функционално гледано, у управном поступку – поред оне главне управне ствари, његовог предмета – има и оних чисто процесних (деловање службеног лица у управљању поступком, у виду доношења различитих „закључака“ или аката другачијег назива), дисциплинске/казнене, али по изузетку и управне ствари „посуђене“ из парничног миљеа (одлучивање о накнади штете); има и „накнадних“ управних ствари у сфери извршног поступка. Такозване споредне управне ствари служе да се управни поступак законито и правилно спроведе, да се главна управна у потпуности чињенично расветли и регуларно реши, односно доследно спроведе донета одлука.

Све у свему, управна ствар захтева званичан, правно утемељен одговор у смислу надлежног службеног делања у сваком појединачном случају. Но, код ћутања управе – као незаконитог пропуштања дужног службеног чињења надлежног органа – управна ствар остаје, макар привремено, непокривена, правно, односно фактички.

Иначе, по правилу, за управне ствари установљава се надлежност управног правосуђа као једно од њихових изведених мерила. Међутим, судска правна заштита код управних уговора као двостраног јавноправног инструмента може да буде хибридна. У српском праву она је двострука.

Тако, против решења о раскиду управног уговора, као и оних којима је коначно одлучивано по приговору на неизвршење управног уговора од стране јавноправног субјекта – надлежан је Управни суд. А спорна питања из управних уговора, тужби за његово поништење, расправља у парници грађански суд.[19] Насупрот, примерице у црногорском праву, „о поништењу управног уговора по тужби странке, односно јавноправног органа одлучује се у управном спору“.[20]

Коришћена литература

Бачанин Невенка, „Закон о управним споровима и управна ствар“, *Правни живот*, бр. 10/2011 (Bačanin Nevenka, „Zakon o upravnim sporovima i upravna stvar“, *Pravni život*, br. 10/2011).

Bénoit Fransis-Paul, *Le droit administratif français*, Paris, 1968.

Walter Robert, Mayer Heinz, *Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, 4. Auflage, Wien, 1987.

Giemulla Elmar, Jaworsky Nikolaus, Müller-Uri Rolf, *Verwaltungsrecht: Ein Basisbuch*, 4. erweiterte und überarbeitete Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München, 1991.

Delvolvé Pierre, *L'acte administratif*, Paris, 1983.

Dupuis George, „Definition de l'acte unilatéral“, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, 1975.

Eisenmann Ch., *Cours de droit administratif*, tome II, Paris, 1983.

Јелић Зоран, „У трагању за идентитетом управне ствари“, *Правни живот*, бр. 9/96. (Jelić Zoran, „U traganju za identitetom upravne stvari“, *Pravni život*, br. 9/96)

Laubadère André de, *Traité de droit administratif I*, Paris, 1973.

Лилић Стеван, *Коментар и критичка анализа Закона о општем управном поступку, са моделима аката и регистром појмова*, Београд, 2022. (Lilić Stevan, *Komentar i kritička analiza Zakona o opštem upravnom postupku, sa modelima akata i registrom pojmova*, Beograd, 2022)

Марковић Ратко, *Извршна власт*, Београд, 1980. (Marković Ratko, *Izvršna vlast*, Beograd, 1980)

Милков Драган, „Управна ствар“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/86. (Milkov Dragan, „Upravna stvar“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/86)

19 Чл. 26 ЗУП-а – супсидијерна примена закона којим се уређују облигациони односи.

20 Члан 28 став 2 тамошњег управно-процесног закона.

Милков Драган, *Појам управног акта* (необјављена докторска дисертација), Београд, 1983. (Milkov Dragan, *Pojam upravnog akta* (neobjavljena doktorska disertacija), Beograd, 1983)

Поповић Славољуб, „О појму судског акта“, *Управно право (студије и чланци)*, Београд, 1972. (Popović Slavoljub, „O pojmu sudskog akta“, *Upravno pravo (studije i članci)*, Beograd, 1972)

Поповић Славољуб, Лилић Стеван, Савиншек Јованка, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд, 1998. (Popović Slavoljub, Lilić Stevan, Savinšek Jovanka, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd, 1998)

Rivero Jean, *Droit administratif*, Paris, 1980.

Тодоровић Владимир, *Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима, са коментаром, моделима аката, примерима и управносудском праксом*, Београд, 2018. (Todorović Vladimir, *Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o upravnim sporovima, sa komentarom, modelima akata, primerima i upravnosudskom praksom*, Beograd, 2018)

Томић Р. Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку, са судском праксом и регистром појмова*, треће издање, Београд, 2022. (Tomić R. Zoran, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku, sa sudskom praksom i registrom pojmova*, treće izdanje, Beograd, 2022)

Томић Р. Зоран, „Јавни поредак, појам и структура“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2019. (Tomić R. Zoran, „Javni poredak, pojam i struktura“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2019)

Томић Р. Зоран, Блажић Ђорђије, *Коментар Закона о управном поступку Црне Горе, теоријски, међународни, примјена, судска пракса, регистар, табеле, шеме*, Подгорица, 2017. (Tomić R. Zoran, Blažić Đorđije, *Komentar Zakona o upravnom postupku Crne Gore, teorijski, međunarodni, primjena, sudska praksa, registar, tabele, šeme*, Podgorica, 2017)

Faber Heiko, *Verwaltungsrechts*, 3. Auflage, Tübingen, 1992.

Цуцић Вук, *Збирка прописа из области управног права (с предговором и регистром прописа)*, Београд, 2019. (Cucić Vuk, *Zbirka propisa iz oblasti upravnog prava (s predgovorom i registrom propisa)*, Beograd, 2019)

Chapus René, *Droit administratif général, tome 1*, Paris, 1988.

***Zoran* R. TOMIĆ, PhD**
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

ADMINISTRATIVE MATTER

Summary

The notion and caracteristics of administrative matter have been considered from the theoretical point of view as well as from comparative and applicable law and practice, especially in order to provide appropriate legal protection. Generally speaking, administrative matters are relating administrative acts (and the guarantee act, in particular), administrative contract, administrative activities and performance of services of public importance as well as all other legal activities qualified by law as administrative. Beside the main administrative matter, the subject of the proceeding may be "small" i. e. incidental administrative matters that are necessary in the procedure: mainly of procedural, but also of penal and litigious profile. Public interest is the base of administrative matter. It must be satisfied without any exception according to the law and in order to protect subjective situations of parties of administrative proceeding. Features of administrative matters are the following: public law impact of the competent performer of administrative activity on citizens and their collectives, the satisfaction of public interest, individual indisputable situation, executive character of activities undertaken in administrative matters.

Key words: *Separation of Power. – Public Interest. – Administrative Matter. – Administrative Procedure.*

Датум пријема рада: 28. 3. 2023.
Датум прихватања рада: 30. 4. 2023.

УДК: 658.14/.17(497.11) ; 005.591.4:334.72(497.11)
CERIF: S 141, S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23204A

др *Владимир* ЧОЛОВИЋ*
професор, научни саветник Института за упоредно право Београд, Србија

ФИНАНСИЈСКО РЕСТРУКТУРИРАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА**

Сажетак

Уопште, под реструктурирањем подразумевамо предузимање низа мера које треба да допринесу побољшању пословања привредних субјеката. Мере реструктурирања се могу предузимати када је привредни субјект у финансијским тешкоћама и када прети покретање стечајног поступка, али се те мере предузимају и када постоји потреба за ефикаснијим пословањем. Због тога можемо разликовати реструктурирање ван стечаја, као и у стечају. Постоје различити облици реструктурирања, а пажња ће бити посвећена, пре свега, финансијском реструктурирању. Морамо рећи, да финансијско, али и друге облике реструктурирања можемо сврстати у оквир корпоративног реструктурирања. У раду се наводи и разлика између реструктурирања

---

* Електронска адреса аутора: *v.colovic@iup.rs*.

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

и реорганизације дужника. Аутор анализира и однос финансијског са осталим облицима реструктурирања. Кратко се анализира и Закон о споразумном финансијском реструктурирању Републике Србије, као и Директива ЕУ у овој области. Такође, аутор се осврће и на поједина решења у овој области у Великој Британији и САД.

Кључне речи: *Финансијско реструктурирање. – Корпоративно реструктурирање. – Привредни субјект. – Реорганизација.*

I Увод

Реструктурирање везујемо за низ активности и мера које један привредни субјект, било да је у питању привредно друштво или предузетник, предузима, у циљу ефикаснијег обављања делатности, као и повећања профита. Али, реструктурирање се спроводи и у ситуацијама, када је привредни субјект у финансијским тешкоћама, односно, када му прети инсолвентност. Разликујемо различите облике реструктурирања, у зависности од тога, у којим условима се спроводе, као и у зависности од тога, које се мере и активности предузимају. Нас ће, у овом раду, пре свега, интересовати реструктурирање које се спроводи ван судског поступка, тачније речено, ван стечајног поступка или у вези са стечајним поступком. Обзиром на регулисање овог института у законодавству Републике Србије, интересоваће нас финансијско реструктурирање, које се односи на регулисање односа поверилаца и дужника. Исто тако, обзиром да се реструктурирање може односити и на ситуације када је привредни субјект у финансијским тешкоћама, осврнућемо се и на разлику између овог института и реорганизације дужника. Осим домаћем законодавству, посветићемо пажњу и законодавствима Велике Британије и САД, као и Директиви ЕУ у овој области.

Као што смо рекли, наша пажња ће бити усмерена, пре свега, на финансијско реструктурирање. Но, да би могли да објаснимо овај облик реструктурирања, мораћемо да дефинишемо и друге облике овог процеса, које се морају спроводити заједно са мерама финансијског реструктурирања.

Одмах, на почетку, одредићемо два циља финансијског реструктурирања. Први циљ се односи на ефикасније и успешније пословање, а други на исплату дугова. У зависности од тога у којим условима се овај процес спроводи, зависиће и дефинисање једног од два наведена циља. Неки аутори дефинишу да је један од основних циљева реструктурирања

да привредни субјект не буде угашен након стечајног поступка.[1] Овај циљ можемо дефинисати само у случају покретања стечајног поступка.

II Уопште о реструктурирању и његовим облицима

Мере које се спроводе у поступку реструктурирања су различите, зато што се предузимају и у случајевима финансијске и друге нестабилности привредних субјеката, као и када субјект добро послује, кад постоји жеља за повећањем профитабилности. Међутим, кад су у питању привредни субјекти у нашој земљи, о реструктурирању говоримо, најчешће, када су та друштва у финансијским тешкоћама. Управо, због тога, често долази до поређења поступака реструктурирања и реорганизације дужника. Реструктурирање треба да доведе до побољшања пословања, па тек онда до намирења дугова, док се у поступку реорганизације предузимају мере које треба да доведу до наставка рада дужника, али и до намирења поверилаца. Саме мере, које се предузимају и код реструктурирања и код реорганизације су сличне. Међутим, постоји разлика. Наиме, код реструктурирања те мере нису увек везане за решавање финансијских проблема. Зато, реструктурирање представља посебан економско правни процес који обухвата различите фазе: од доношења одлуке, која се односи на могућност спровођења овог поступка, као и одређивања начина спровођења, па до утврђивања концепта пословања, помоћу којег би привредни субјект поново успешно пословао.[2] Оно што морамо рећи, јесте да реструктурирање није алтернативни поступак у односу на стечајни поступак.

Један од разлога спровођења реструктурирања је и одлагање покретања стечајног поступка. Овде се ради о ситуацијама, када је привредни субјект у финансијским тешкоћама и дуговима. Но, овде не говоримо о спречавању покретања овог поступка, већ о одлагању, када се ради о ситуацијама, које су неповољне за привредног субјекта, али се, ипак, покушава наћи решење за његове финансијске проблеме. Наведено одлагање има две димензије. Прва димензија се састоји у кашњењу у самом покретању поступка, а друга на кашњење у вођењу и закључењу поступка. У државама у којима су ређи и реструктурирање и реорганизација, власници и руководиоци компанија имају подстицаје за одлагање стечаја. Но, постоје негативности везане и за покретање поступака реструктурирања, које се састоје у томе да су рачуни компанија

1 Mladena Bedeković, „Restrukturiranje poduzeća u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu*, vol. 4, no. 1, lipanj 2013, 2–3.

2 Domagoj Sajter, „Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, br. 3/2010, 732.

врло дуго замрзнути. Разлог томе може бити и неуспех преговора дужника и поверилаца.[3]

1. Два приступа у спровођењу реструктурирања

Поједини аутори разликују два приступа реструктурирању. Један се односи на предузимање мера одбране друштва, а други је стратешки приступ. Први приступ обухвата смањење броја запослених, као и финансијске мере, а други обухвата управљање људским ресурсима, као и инвестиције.[4] Исти аутори, када је у питању одбрамбено реструктурирање, наводе низ негативности везаних за овај приступ, а које се састоје у следећем: – наведене мере се спроводе, када је, већ, наступила криза у привредном друштву, односно, спроводе се у условима лошег пословања; – често се дешава да анализа стања није направљена темељно, управо због услова, у којима се предузимају мере; – ретко се јасно дефинишу стварни узроци проблема који су довели до кризе у пословању; – сам поступак реструктурирања траје кратко и спроводи се брзо; – често се ради о мерама које доводе до делимичног реструктурирања; и – дејства оваквих мера су ограничена и краткорочна.[5] Са друге стране, стратешко реструктурирање се спроводи у много бољим условима, односно, када је пословање успешно. Стратешко реструктурирање се спроводи након темељне анализе стања, сам поступак реструктурирања траје дуже, затим, циљ је потпуно реструктурирање, а позитивна дејства су дугорочно одржива.[6]

III Финансијско реструктурирање

О финансијском реструктурирању говоримо, на првом месту, када је присутна инсолвентност или претећа инсолвентност привредних субјеката. Таква ситуација је и код нас, као и у другим земљама. У вези са тим, мора се дефинисати однос поверилаца и дужника, односно мора се одредити статус дугова тог субјекта према повериоцима. Наравно, могу се предузимати мере без учешћа суда, када се ради о појединим

3 Stjepan Srhoj, Dejan Kovač, Jacob N. Shapiro, Randall K. Filer, „The impact of delay: Evidence from formal out-of-court restructuring“, *Journal of Corporate Finance*, vol. 78, February 2023, доступно на адреси: *https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0929119922001626?via%3Dihub*, 25. 3. 2023.

4 Nikša Trstenjak, Ivor Altaras Penda, „Restrukturiranje i sanacija poduzeća u uvjetima financijske krize“, *Zbornik sveučilišta Libertas*, br. 3/2018, 173.

5 *Ibid.*, 174.

6 *Ibid.*

неформалним мерама, које могу да буду уређене законом или другим актима. Затим, ако је отворен стечај, може се, у оквиру стечајног поступка, усвојити план реструктурирања или реорганизације.[7] Тада већ, говоримо о стечајном дужнику. Но, овде ћемо поменути и хибридне поступке, у оквиру којих се уређује статус наведених дугова, али не у оквиру стечајног поступка, јер се преговори око усвајања плана реструктурирања воде без учешћа суда.[8] Наиме, ради се о предстечајним споразумима који дефинишу услове који се намећу и мањинским повериоцима, који се нису сагласили са тим споразумом већине поверилаца и дужника. Тај споразум мора да буде потврђен од стране суда. Овде морамо поменути и подношење унапред припремљеног плана реорганизације, који, такође, представља један од облика тих хибридних поступака, који се подноси заједно са предлогом за покретање стечајног поступка.[9] Унапред припремљени план реорганизације значи, у суштини, позив да се преговара о плану реорганизације са повериоцима и тражи прихватање тог плана пре подношења пријаве за стечај. Три разлога су мотивишућа за избор унапред припремљеног плана реорганизације, а то су договор поверилаца, избегавање потпуног престанка делатности и очување пословања.[10] Видимо да се поступак реорганизације не може покренути без покретања стечајног поступка, што одваја овај поступак од реструктурирања.

Са друге стране, финансијско реструктурирање се састоји из предузимања мера чији је циљ редефинисање односа између привредног субјекта као дужника, са једне стране, и поверилаца, са друге. Ради се о ситуацијама, када привредни субјект има финансијске тешкоће, односно, како смо рекли, када постоји опасност покретања стечајног поступка.[11] Код финансијског реструктурирања разликујемо реструктурирање дугова и пасиве, као и реструктурирање акцијског капитала. Кад је у питању реструктурирање дугова и пасиве спроводе се активности које се односе на вансудска поравнања са повериоцима, репрограмирање обавеза, као

7 Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – упоредно правна и емпиријска анализа“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2013* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 56.

8 *Ibid.*, 57.

9 *Ibid.*

10 Милена Јовановић-Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2013, 173.

11 Бранко Радуловић, Лука Андрић, „Споразумно финансијско реструктурирање – упоредно-правна и емпиријска анализа“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2015* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 153.

и друге активности. Пасиву и дугове морамо посматрати одвојено. Пасива се односи на сва дуговања привредног друштва, а дугови на конкретне износе, односно, они представљају конкретна потраживања поверилаца.[12] Реструктурирање акцијског капитала обухвата мере које се односе на промене у његовој структури уз спровођење одговарајућих финансијских мера, али и повећања конкурентности.[13]

Иначе, план финансијског реструктурирања мора да садржи следеће елементе: – дефинисање узрока финансијских тешкоћа привредног друштва; – мере реструктурирања које ће се спровести; – дефинисање активности којима ће се извршити наведене мере; – изворе обезбеђења финансирања друштва током спровођења плана; – финансијска пројекција за одређени период (више година), итд.[14] У сваком случају, финансијско реструктурирање подразумева смањење дуга, инјекције капитала, замену дуга у акције, реструктурирање дуга укључујући смањење каматних стопа, дужи рок доспећа, делимични отпис дуга, продају имовине, итд.[15]

1. Корпоративно реструктурирање

Да бисмо могли да разумемо финансијско реструктурирање, морамо да дефинишемо и корпоративно реструктурирање, који везујемо и за мере које су део финансијског реструктурирања. Корпоративно реструктурирање се односи на предузимање активности које треба да доведу до промене структуре имовине и капитала у привредном субјекту.[16] Осим тога, овај модел обухвата и процес утврђивања финансијских губитака. Практично, корпоративно реструктурирање обухвата елементе и финансијског и оперативног реструктурирања.[17] Што се тиче оперативног реструктурирања, оно обухвата оптимизацију процеса производње, повећање продуктивности, елиминисање неефикасности, као и друге мере, које се тичу побољшања пословања, као што

12 Vladimir Čolović, „Restrukturiranje dužnika“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron*, br. 8/2018, 8.

13 Dejan D. Erić, Ivan S. Stošić, *Korporativno restrukturiranje*, Beograd, 2013, 10.

14 Luka Andrić, Branko Radulović, Milan Stefanović, Marko Brežančić, Gordon W. Johnson, Blažo Nedić, *Vodič kroz sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednih društava*, Privredna komora Srbije, European Bank for Reconstruction and Development, 2014, *https://www.partners-serbia.org/public/documentations/SFR-Vodic.pdf*, 30. 3. 2023, 20.

15 Jongsoon Shin, „Corporate Restructuring and Its Macro Effects“, *IMF Working paper*, January 2017, 5.

16 Б. Радуловић, Л. Андрић, 153.

17 *Ibid.*

су смањење трошкова рада и производње, побољшање производног програма, унапређење канала дистрибуције, итд.

Овде морамо узети у обзир и интервенцију државе, која ће зависити од економских и финансијских проблема на нивоу целе привреде. Држава може мање или више да интервенише у овим ситуацијама, па тако разликујемо децентрализован и централизован приступ у решавању проблема у привредном субјекту, у зависности од степена учешћа државе у томе. Децентрализован приступ подразумева решавање од случаја до случаја, у зависности од самог проблема, а обухвата интервенцију која се састоји у подршци банкарском сектору уз предузимање више различитих мера. Централизован приступ подразумева веће учешће државе у реструктурирању привредног субјекта, што некад подразумева и оснивање новог друштва које управља имовином, а које је одговорно за стицање и продају капитала и имовине друштва које је у проблему.[18] Морамо говорити и о подстицајима реструктурирању који су дефинисани регулаторним оквиром, а који су различити у зависности од броја поверилаца.[19] Иначе, нерегулисање вансудског реструктурирања је био и остао проблем у многим земљама. Значи да је оно препуштено дужницима и повериоцима.[20] Такав случај је, на пример, у Холандији, где све зависи од договора дужника и поверилаца.[21] Слична ситуација је и у САД, али је у тој земљи дефинисан „стечајни оквир“ који регулише ова питања.[22]

У сваком случају, сваки привредни субјект који спроводи корпоративно реструктурирање се суочава не само са финансијским проблемима, већ и са проблемима који се тичу управљања тим субјектом. Због тога је веома битно разумети због чега привредни субјект није у стању да генерише довољно финансијских средстава, како би могао да се направи реални и изводљиви пословни план који би обухватио решења за сва критична питања у пословању. Финансијско реструктурирање неће помоћи уколико се настави са неефикасним пословањем. Да би били сигурни да ће одређене инвестиције довести до бољег и ефикаснијег пословања једног субјекта, потребно је да проценимо економску профитабилност улагања. Уколико је очекивана профитабилност ниска, тада не би требало ни улагати у тај привредни субјект.[23] Финансијско

18 V. Čolović, 6.

19 Б. Радуловић, Л. Андрић, 154–155.

20 *Ibid.*, 156.

21 *Ibid.*, 157.

22 *Ibid.*, 158.

23 Francisco J. López Lubián, *The Executive Guide to Corporate Restructuring, Chapter Financial Restructuring*, London, 2014, 52.

реструктурирање подразумева промену финансијске политике привредног субјекта, али оно мора бити праћено добрим управљањем, како би се одржао ниво дуга у одређеним границама. Због тога је, између осталог, веома битно да се утврди дужнички капацитет компаније, који зависи од баланса између улагања и економске профитабилности.[24]

Компаније у многим земљама су прошле кроз бројне изазове корпоративног реструктурирања. Низ великих корпоративних реструктурирања везујемо за јапанске компаније у раним 2000-тим годинама. Са проблемима које успоравају привредни раст суочила се и Шпанија након 2008. године и глобалне финансијске кризе. Пракса је показала да је веома битно рано проценити услове за покретање поступка реструктурирања уз финансијски надзор и подстицање банака да врше реструктурирање кредита. Због могуће финансијске нестабилности банака, веома је битно инсистирати на флексибилности код вансудског реструктурирања. Осим тога, веома је битно водити рачуна и о тржишној инфраструктури, као и о транспарентности у пословању компанија. У сваком случају, да би се извршило успешно корпоративно реструктурирање, потребно је јасно дефинисање улоге финансијских супервизора, финансијска солидност банака, јасна тржишна инфраструктура и процењена димензија реструктурирања компанија.[25]

Као што смо рекли, корпоративно реструктурирање састоји се из различитих облика реструктурирања који се могу засебно спроводити, тако да и оперативно и финансијско реструктурирање сврставамо у корпоративно. Али, у овај облик реструктурирања сврставамо и реструктурирање инвестиција. Реструктурирање инвестиција се односи на промене у улагањима. Сви наведени облици реструктурирања се могу предузимати паралелно.[26] Уколико се ради о реструктурирању дуга, тада разликујемо још два облика реструктурирања – формално и неформално. Формално се односи на стечај и ликвидацију, а неформално би укључивало замену дуга за дуг, трансфер дуга владиним органима, продаја дуга, итд.[27]

Поред наведених облика реструктурирања, поменућемо и: 1) организационо реструктурирање, које обухвата сложене активности везане за промену организационе структуре привредног друштва и измене везане за број запослених; 2) управљачко реструктурирање, које је усмерено ка изменама у процесу управљања, начину руковођења, итд.; 3) власничко реструктурирање, које обухвата промене у власничкој

24 *Ibid.*

25 J. Shin, 4.

26 *Ibid.*, 5.

27 *Ibid.*, 6.

структури, а што је везано и за трансфер својине, приватизацију, итд.; 4) тржишно реструктурирање, које се односи на редефинисање тржишта, подручја пословања, наступ на тржишту, итд.; и 5) производно-технолошко реструктурирање које обухвата измену техничко-технолошке структуре, модернизацију опреме, примену резултата научноистраживачке делатности, као и друге мере.[28]

2. Регулисање финансијског реструктурирања

Финансијско реструктурирање зависи од договора дужника и поверилаца. Од њиховог споразума зависи и статус привредног субјекта који је у финансијским тешкоћама. Закон о споразумном финансијском реструктурирању Републике Србије (даље: ЗСФР)[29] регулише финансијско реструктурирање привредних субјеката, уопште, како друштава, тако и предузетника. По ЗСФР, финансијско реструктурирање се може спроводити, ако у томе учествују најмање две банке, а у питању су друштва, односно, једна банка, ако је у питању предузетник. Морамо рећи да се ЗСФР неће примењивати кад су у питању друштва против којих је покренут претходни стечајни поступак, у складу са унапред припремљеним планом реорганизације.[30] У поступку финансијског реструктурирања се може донети одлука о мировању дугова, која ће произвести дејство даном закључења уговора о наведеном. Посредовање у поступку финансијског реструктурирања спроводи Привредна комора Србије. Уговор о споразумном финансијском реструктурирању може да обухвати: исплату потраживања у ратама, измену рокова доспелости, уновчење и пренос имовине, одрицање од заложног права, претварање потраживања у капитал, издавање хартија од вредности, итд. Ако је потраживање, које је обухваћено финансијским реструктурирањем, обезбеђено средствима обезбеђења као што су хипотека или заложно право на покретним стварима, оно се замењује реструктурираним обезбеђеним потраживањем, а хипотека или заложно право настављају да постоје као средство обезбеђења тог потраживања. Наведено мора да буде предвиђено у уговору о финансијском реструктурирању. ЗСФР дефинише финансијско реструктурирање као поновно уређивање поверилачко дужничких односа. Под финансијским тешкоћама се подразумевају неспособност плаћања, претећа неспособност плаћања, као и презадуженост.[31]

28 Иван Стошић, „Корпоративно реструктурирање предузећа у свету и Србији“, *Пословна економија*, вол. 8, бр. 1/2014, 161; V. Čolović, 7.

29 Закон о споразумном финансијском реструктурирању – ЗСФР, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 89/2015.

30 Чл. 2 ЗСФР.

31 Чл. 3 тач. 1 и 2 ЗСФР.

Поменућемо две земље англосаксонског права, које другачије приступају регулисању овог института. Пре свега, у Великој Британији постоје четири облика реструктурирања, која можемо дефинисати као финансијска, а која су доступна компанијама: уговорно дефинисање измирења дуга закључено између дужника и поверилаца, компанијски добровољни споразум, шеме уређења дуга и администрирање.[32] На првом месту, уговор о дефинисању измирења дуга представља најједноставније решење за компаније. Предности овог облика реструктурирања су што се спроводи брзо, нема интервенције суда или стечајног управника, омогућава решење проблема у раној фази, а избегавају се све негативности које прате поступке инсолвентности.[33] Друго, компанијски добровољни споразум не представља стечајни поступак, иако се одредбе о његовом регулисању налазе у Закону о инсолвентности из 1986. Овај облик се, такође, користи у релативно раној фази настанка финансијских тешкоћа. Током читаве примене овог облика реструктурирања, менаџмент компаније остаје под надзором, осим ако је против компаније већ покренут неки од поступака који се тиче инсолвентности или ликвидације, када ће послове компаније преузети стечајни или ликвидациони управник. Углавном, директори компанија остају на њиховом челу током целог процеса реструктурирања, али ће то зависи од бројних фактора.[34] Треће, шеме уређења дуга немају тај значај као други облици реструктурирања. Ипак, у задњих 15 година, оне се све више користе као механизам за реструктурирање. Као што видимо, наведени период везујемо за почетак глобалне финансијске кризе. Шеме се могу користити без обзира да ли је компанија инсолвентна или не. Као и претходна два облика, шеме се користе у раној фази настанка проблема. Но, оно што представља предност овог облика, односи се на решење проблема који може настати између поверилаца са или без гаранција. Исто тако, шеме се користе и код заштите мањинских поверилаца.[35] Шеме уређења дуга, се могу користити као средство компанијског реструктурирања у поступку преузимања. Зато су наведене шеме део Европског модела компанијског закона.[36] Најзад, четврти облик администрирање, представља план за спасавање компанија. У суштини, то је поступак у коме се именује стечајни управник који управља компанијом. Постоји и посебан облик

32 Зоран Васиљевић, „Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске“, *Право и привреда*, бр. 1/2020, 142.

33 Jennifer Payne, „Debt Restructuring in the UK“, *European Company and Financial Law Review (ECFR)* Vol. 15, Nr. 3/2018, 451.

34 *Ibid.*, 452.

35 *Ibid.*, 453–454.

36 З. Васиљевић, 141.

администрирања који се састоји у подношењу унапред дефинисаног плана, а примењује се на компаније које су у финансијским тешкоћама. У плану се, пре свега, дефинише продаја дужника, односно, целе његове имовине.[37]

Са друге стране, САД не регулише реструктурирање као што то чини Велика Британија. Ово питање се у САД дефинише као део стечајног поступка, у коме је укључен суд, али дужник задржава право управљања својом имовином и делатношћу.[38] Ова област се регулише у поглављу 11 Стечајног законика САД. У америчком систему, дужници су заштићени законским мораторијумом на потраживања поверилаца. Постоје и изузеци од примене законског мораторијума, када су у питању потраживања између брачних другова и родитеља и деце, као и када постоје разлози за именовање управника који ће управљати имовином дужника.[39]

*
* *

Што се тиче законодавства Европске уније (ЕУ), осврнућемо се на Директиву Европског Парламента и Савета бр. 1023/2019 од 20. јуна 2019. године о оквирима за превентивно реструктурирање, отпусту дуга и забранама, као и мерама за повећање ефикасности поступака који се односе на реструктурирање, инсолвентност и отпуст дуга и о измени Директиве (ЕУ) 2017/1132 (Директива о реструктурирању и инсолвентности) (даље: Директива 1023/2019).[40] Кад је у питању реструктурирање, Директива 1023/2019 садржи правила о оквирима за превентивно реструктурирање који стоје на располагању дужницима у финансијским тешкоћама, ако постоји вероватноћа инсолвентности, а са циљем спречавања те инсолвентности, као и обезбеђења финансијске одрживости тог субјекта. Осим тога, ова Директива садржи правила и о повећању ефикасности поступака који се односе на реструктурирање.[41] Под реструктурирањем, Директива 1023/2019 подразумева предузимање мера усмерених на овај поступак који се

37 J. Payne, 455.

38 З. Васиљевић, 145.

39 *Ibid.*

40 *Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), Official Journal of the European Union*, L 172, 26. 6. 2019, 18–55.

41 Чл. 1 тач. 1 а) и с).

спроводи у вези са пословањем дужника, које укључују промену система, услова или структуре имовине и обавеза дужника или било ког другог дела структуре капитала дужника, као што је продаја имовине или појединих елемената пословања, а ако је тако дефинисано националним правом, продаја целокупног пословања друштва које послује трајно, као и друге оперативне промене или комбинацију тих елемената. Кад погледамо дефиницију реструктурирања, видимо да се она, пре свега, односи на примену мера усмерених ка инсолвентном субјекту и предузимању мера за његов наставак рада. Директива 1023/2019 користи термин за превентивно реструктурирање и дефинише да државе чланице ЕУ треба да дефинишу могућност да, у случају вероватног наступања инсолвентности дужници имају приступ оквиру за превентивно реструктурирање у циљу спречавања инсолвентности и наставка њиховог рада. Исто тако, предвиђа се да државе чланице својим правом могу ограничити колико пута може дужник да приступи наведеном оквиру. Иначе, тај оквир се састоји од једног или више поступака, мера или одредаба, који се могу спроводити и вансудски. Интересантна је одредба која омогућава државама чланицама да у својим правима ограниче учешће правосудног или управног органа у наведеном оквиру превентивног реструктурирања.[42] Реструктурирање по одредбама ове Директиве подразумева да дужник задржава овлашћења, односно, да и даље може управљати својом имовином и да може вршити делатност. У вези са тим, предвиђа се и именовање управника у овом поступку, како би се помогло и дужнику и повериоцима код дефинисања плана реструктурирања.[43] Исто тако, ако се преговара о доношењу плана реструктурирања, може се донети одлука о застоју извршења над имовином дужника и да тај застој може обухватити све врсте потраживања, као и оних која су обезбеђена. Најбитнија последица застоја извршења над имовином дужника, јесте суспендовање могућности покретања поступка у случају инсолвентности, без обзира како се тај поступак назива у односној држави чланици, а који би могао да доведе до престанка дужника, односно, његове ликвидације.[44] Директива 1023/2019 садржи и заштитне одредбе о новом и привременом финансирању код сваке следеће инсолвентности дужника, као и о заштити других трансакција које су повезане са реструктурирањем, ако је у питању поновна инсолвентност дужника.[45]

Видимо да се Директива 1023/2019, на првом месту, односи на ситуацију примене мера реструктурирања у условима претеће инсол-

42 Чл. 4 тач. 1, 4, 5 и 6.

43 Чл. 5 тач. 1 и 3.

44 Чл. 7 тач. 1 и 2.

45 Чл. 17 и 18.

вентности или инсолвентности привредног субјекта. Но, дефинисање садржине плана реструктурирања даје и другачији вид овом институту, а што се тиче могућности примене ових мера и кад није у питању инсолвентност. Иначе, само у ЕУ сваког месеца се региструје 90–100 реструктурирања великих компанија.[46]

IV Финансијско реструктурирање као хибридни („синтетички") поступак у међународном стечају

Посветићемо пажњу и спровођењу реструктурирања у специфичним условима, који се тичу рада привредног субјекта у другој земљи у односу на ону у којој има регистровано седиште. Наиме, поступак реструктурирања је присутан у међународном стечају, тачније речено, у секундарном стечајном поступку, у посебним ситуацијама, које се везују за избегавања вођења секундарног стечајног поступка. Тада стечајни управник именован у главном стечајном поступку одлучује о вођењу тзв. „синтетичких" стечајних поступака, како би се ефикасније намирили повериоци из оба стечајна поступка. Да подсетимо, секундарни стечајни поступак се односи, само, на имовину и/или само на филијалу које се налазе у једној држави и не може се односити на имовину и/или филијалу дужника које се налазе у било којој другој земљи.[47] Два главна разлога која чине упитним или непотребним вођење секундарног стечајног поступка су повећање трошкова поступка, као и право локалних поверилаца на намирење потраживања. Наравно, оба разлога су везана за имовину дужника која је у тим случајевима мања, односно, недовољна.[48] „Синтетички" стечајни поступак мора да доведе до намирења локалних поверилаца већег обима у односу на секундарни стечајни поступак, као и да трошкови тог поступка буду нижи у односу на трошкове које би произвео секундарни поступак. О томе одлучује стечајни управник из главног стечајног поступка. Такође, тај поступак мора бити предвиђен законодавством државе, у којој би могао бити вођен секундарни стечајни поступак. Међутим, мора се рећи да се, у пракси, пре свега ради о поступцима који доводе до наставка рада дужника, односно, на првом месту, о реструктурирању. Ради се о реструктурирању

46 И. Стошић, 161.

47 Члан 3 ст. 2 Уредбе 848/2015 *(Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, Official Journal of the European Communities*, L 141, 5. 6. 2015, 19–72).

48 Elisa Torralba Mendiola, „'Synthetic' insolvency proceedings", *Analysis Gomez-Aceboe&Pombo*, November 2015, 2, доступно на адреси: *https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/synthetic-insolvency-proceedings.pdf,* 24. 3. 2023.

филијале дужника. Осим тога, ако се у наведеној земљи налази само имовина дужника, а не и филијала, онда не може бити речи о овом поступку. Стечајни управник, именован у главном стечајном поступку, одлучује у држави, у којој надлежност над имовином и филијалом дужника има суд друге земље о могућности покретања секундарног поступка, као и о покретању неког другог поступка – „синтетичког“ или хибридног. Исто тако, стечајни управник из главног стечајног поступка доноси одлуке и о расподели имовине дужника која се налази у другој земљи. У случају покретања поступка реструктурирања или неког другог поступка (као „синтетичког“) примењиваће се правила само оне државе у којој је покренут тај поступак, што може довести у неповољнији положај повериоце са мањим потраживањима. Разлог томе је што и повериоци са мањим потраживањима гласају за једнострану обавезу, како се назива гаранција дата од стране стечајног управника из главног стечајног поступка. Значи, да би, уопште, могао да се покрене поступак реструктурирања, потребно је да постоји сагласност поверилаца у секундарном стечајном поступку, као и наведена гаранција.

V Финансијско реструктурирање као обавезни део реструктурирања привредног субјекта

Финансијско реструктурирање треба, пре свега, да буде усмерено ка решавању проблема неликвидности, као и предузимању мера које би довеле до смањења дуга, а које би обухватиле повећање цене акција, промене у финансијској структури капитала, оптимизирању управљања новчаним токовима, итд.[49] Са друге стране, корпоративно реструктурирање се не односи, увек, на ситуације када је привредни субјект у финансијским тешкоћама и оно се регулише статусним законима у овој области.[50] Поставља се питање да ли је, у сваком случају, финансијско реструктурирање део корпоративног, односно, да ли се може замислити реструктурирање привредног субјекта без спровођења мера које чине финансијско реструктурирање. Мислимо да не, ако узмемо у обзир све активности које треба да се спроведу у овом поступку. Без обзира да ли дефинишемо реструктурирање на ужи или шири начин, морамо имати у виду примену наведених финансијских мера. Код ужег дефинисања говоримо о одређеном облику реструктурирања или предузимању тачно одређених мера које треба да доведу до промена у једном привредном субјекту. Но, шира дефиниција обухвата све или скоро све активности и мере које треба да доведу до реструктурирања.

49 И. Стошић, 160.

50 З. Васиљевић, 141.

Тако, реструктурирање се може дефинисати као процес доношења пакета управљачких одлука, као и предузимања низ активности, чији је циљ остваривање коренитих промена постојеће структуре и стратегије привредног субјекта. Тај процес обухвата анализу постојећих пословних околности, као и сагледавање узрока које су довеле до одређених тешкоћа у пословању. Те активности морају бити усмерене ка тражењу решења за побољшање позиције привредног субјекта, које би довеле до елиминисања слабости и криза, као и које би допринеле одржавању конкурентских предности.[51] Из наведеног закључујемо да је присуство елемената финансијског реструктурирања неизбежно, без обзира у којим условима се спроводи реструктурирање. И кад говоримо о реструктурирању ван стечаја, говоримо о споразумном неформалном вансудском реструктурирању. Његове карактеристике су: прво, у питању је реструктурирање које може бити финансијско или оперативно, друго, у питању је неформалан поступак, треће, овај поступак се заснива на споразуму дужника и поверилаца, четврто, у питању је вансудски поступак и пето, не примењује се стечајно право.[52]

VI Закључак

Реструктурирање не смемо да посматрамо само као могућност даљег рада дужника и исплату потраживања повериоцима, већ, пре свега, као дефинисање ефикаснијег пословања привредног субјекта. У процесу реструктурирања се предузимају, на првом месту, економске мере, како би се остварио већи профит. Но, предузимају се и друге мере, које омогућавају ефикасан рад привредних субјеката. Исто тако, реструктурирање не смемо дефинисати само као поступак који се спроводи у случају инсолвентности или претеће инсолвентности привредног субјекта. Мере реструктурирања се могу предузимати и добровољно. Ипак, много су чешће ситуације, када се реструктурирање спроводи када је привредни субјект у финансијским проблемима, односно, кад већ постоје разлози за покретање стечајног поступка. Од споразума поверилаца и дужника, односно од плана финансијског реструктурирања, зависи на који начин ће бити намирена потраживања. Овде не говоримо о наставку рада дужника, јер се то питање и не поставља.

Но, морамо рећи да се у поступку реструктурирања примењују, како правила стечајног законодавства, тако и правила која уређују радне односе, привредна друштва, облигационе односе, итд.

51 И. Стошић, 160.

52 Вук Радовић, *Стечајно право*, књига друга, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 334.

На крају, морамо закључити да свако финансијско реструктурирање садржи одређене елементе принудности, а што се везује за план који представља договор дужника и поверилаца. Међутим, ако се тај план не изврши у одређеном року, предузеће се принудне мере. Наведено не одузима том плану карактер уговора.

Коришћена литература

Андрић Лука, Радуловић Бранко, Стефановић Милан, Брежанчић Марко, Јохнсон Гордон W., Недић Блажо, *Водич кроз споразумно финансијско реструктурирање привредних друштава*, Привредна комора Србије, European Bank for Reconstruction and Development, 2014. (Andrić Luka, Radulović Branko, Stefanović Milan, Brežančić Marko, Johnson Gordon W., Nedić Blažo, *Vodič kroz sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednih društava*, Privredna komora Srbije, European Bank for Reconstruction and Development, 2014)

Bedeković Mladena, „Restrukturiranje poduzeća u Republici Hrvatskoj", *Zbornik radova Međimurskog veleučilišta u Čakovcu,* vol. 4, no. 1, lipanj 2013.

Васиљевић Зоран, „Реструктурирање као мјера опоравка дужника у праву Републике Српске", *Право и привреда*, бр. 1/2020. (Vasiljević Zoran, „Restrukturiranje kao mjera oporavka dužnika u pravu Republike Srpske", *Pravo i privreda*, br. 1/2020)

Ерић Дејан Д., Стошић Иван С., *Корпоративно реструктурирање*, Београд, 2013. (Erić Dejan D., Stošić Ivan S., *Korporativno restrukturiranje*, Beograd, 2013)

Јовановић-Zattila Милена, Чоловић Владимир, *Стечајно право*, Ниш, 2013. (Jovanović-Zattila Milena, Čolović Vladimir, *Stečajno pravo*, Niš, 2013)

López Lubián Francisco J., *The Executive Guide to Corporate Restructuring, Chapter Financial Restructuring*, London, 2014.

Mendiola Elisa Torralba, „'Synthetic' insolvency proceedings", *Analysis Gomez-Aceboe&Pombo*, November 2015.

Payne Jennifer, „Debt Restructuring in the UK", *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, Vol. 15, Nr. 3/2018.

Радовић Вук, *Стечајно право*, књига друга, Београд, 2017. (Radović Vuk, *Stečajno pravo*, knjiga druga, Beograd, 2017)

Радуловић Бранко, Андрић Лука, „Споразумно финансијско реструктурирање – упоредно-правна и емпиријска анализа", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2015* (ур.

Вук Радовић), Београд, 2015. (Radulović Branko, Andrić Luka, „Sporazumno finansijsko restrukturiranje – uporedno-pravna i empirijska analiza“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije – 2015* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2015)

Радуловић Бранко, „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – упоредно правна и емпиријска анализа“ *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2013* (ур. Вук Радовић), Београд, 2013. (Radulović Branko, „Unapred pripremljeni planovi reorganizacije u Republici Srbiji – uporedno pravna i empirijska analiza“ *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije – 2013* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2013)

Sajter Domagoj, „Procedura i praksa restrukturiranja u stečaju u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, br. 3/2010.

Srhoj Stjepan, Kovač Dejan, Shapiro Jacob N., Filer Randall K., „The impact of delay: Evidence from formal out-of-court restructuring“, *Journal of Corporate Finance*, vol. 78, February 2023.

Стошић Иван, „Корпоративно реструктурирање предузећа у свету и Србији“, *Пословна економија*, вол. 8, бр. 1/2014. (Stošić Ivan, „Korporativno restrukturiranje preduzeća u svetu i Srbiji“, *Poslovna ekonomija*, vol. 8, br. 1/2014)

Shin Jongsoon, „Corporate Restructuring and Its Macro Effects“, *IMF Working paper*, January 2017.

Trstenjak Nikša, Altaras Penda Ivor, „Restrukturiranje i sanacija poduzeća u uvjetima financijske krize“, *Zbornik sveučilišta Libertas, br.* 3/2018.

Čolović Vladimir, „Restrukturiranje dužnika“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Univerziteta Apeiron*, br. 8/2018.

***Vladimir* ČOLOVIĆ, PhD**
Professor, Principal Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

FINANCIAL RESTRUCTURING OF ECONOMIC ENTITIES

Summary

Generally, by restructuring, we mean undertaking a series of measures that should contribute to the improvement of business operations of economic entities. Restructuring measures can be taken when a business entity is in financial difficulties and when bankruptcy proceedings are threatened, but these measures are also taken when there is a need for more efficient operations. That is why we can distinguish restructuring outside of bankruptcy and in bankruptcy. There are different forms of restructuring, and attention will be paid, above all, to financial restructuring. We must say that financial and other forms of restructuring can be classified within the framework of corporate restructuring. The paper also states the difference between restructuring and reorganization of the debtor. The author analyzes the relationship between financial and other forms of restructuring. The paper will briefly analyze the Law on Consensual Financial Restructuring of the Republic of Serbia, as well as the EU Directive in this area. Also, the author looks at some solutions in this area in Great Britain and USA.

Key words: *Financial Restructuring. – Corporate Restructuring. – Economic entity. – Reorganization. – Bankruptcy.*

Датум пријема рада: 5. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 340.115:007 ; 004.421.2:512.54.05]:34
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23205A

др *Предраг* Н. ЦВЕТКОВИЋ*
редовни професор Универзитета у Нишу – Правног факултета, Србија

АЛГОРИТМИРАЊЕ ПРАВА: ИЛУСТРАЦИЈА МОГУЋИХ ПРИСТУПА**

Сажетак

Алгоритмирање је процес који омогућава да се текст норме преведе у формат који објашњава логичку структуру обавеза и услова одговорности страна на начин који обезбеђује валидност и ефективност уговора који је предмет кодирања. Пројекти развоја платформи и програма за алгоритмирање права засновани су на симбиози програмског кода и правне прозе: у анализираним приступима, Лексон то чини редуковањем правила природног језика на она која могу да буду преведена у код; OpenLaw је заснован на Рикардијанском концепту (део уговора је у правној прози, а део у коду), док Legalese користи језик симболичке логике за превођење сведених правних формулација у формат читљив за програмере. Наведена симбиоза води интегрисању права и програмског кода на начин који резултира новим форматом правног језика са оригиналном онтологијом. Наведена онтологија заслужује легитимизацију као предмет правног истраживања у циљу њеног будућег свеобухватног, мерљивог и верификабилног утемељења.

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

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

Кључне речи: *Право као код. – Алгоритмирање права. – Рикардијански уговор. – Онтологија права.*

I Увод

Правне норме написане природним језиком могу бити предмет алгоритамске конверзије у одређеним фазама трајања уговора (спровођење, праћење, контрола, тумачење). Алгоритмирање је процес који омогућава да се текст норме преведе у формат који је разумљив за програмере који развијају програмски код који би требало да омогући извршавање уговора: са тим разумевањем приступили би програмирању правне норме.[1] Алгоритам би требало да објасни логичку структуру обавеза и услова одговорности страна на начин који обезбеђује валидност и ефективност уговора који је предмет кодирања.[2]

Алгоритмирање уговора је појавни облик преклапања права и програмског кода. Технологија расте експоненцијално, али знање о технологији расте линеарно: стога наведени развој има реметилачки (енг. *disruptive*) ефекат на све области друштва, па и на право. Теза о линеарном расту знања о технологији посебно је квалификована када се ради о правницима који су по дефиницији склони догматизму и мање спремни за искораке. Инфлација правних извора различитог порекла (националних, међународних, супранационалних и слично) генерише све обимније и сложеније правне задатке. Ове задатке могу обављати правници: ипак, примена технолошких решења биће ефикаснија и исплативија на дуге стазе. Одређени правни задаци или процедуре (нпр. тзв. „дужна пажња“ у анализи докумената и процедура – енг. *due diligence*) постављају пред правнике обавезу анализе велике количине података.

1 У том циљу предлаже се коришћење следећих методологија: псеудокода, формалне логике и дијаграма тока (енгл. „*flowchart*“). Вид. више у Предраг Н. Цветковић, „Уговор као алгоритам: уводна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 92/2021, 15–34. Веза логике и права, те могућност претварања норме у скуп логичких симбола препозната је 50-тих година прошлог века. Вид. Layman E. Allen, „Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents“, *The Yale Law Journal*, Nr. 6/1956, 833.

2 Алгоритмизација се у овом раду анализира кроз визуру претварања уговора у програмски код као *de lege lata* процеса који је видљив и подобан за праћење и истраживање. То не искључује могућност да у блиској будућности буде могуће кодирање прописа и закона. Вид. пример Новог Зеланда у Tom Barraclough, Fraser Hamish and Curtis Barnes, *Legislation as Code for New Zealand*, Auckland, 2021, доступно на адреси: *http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLFRRp/2021/3.pdf*, 21. 2. 2023, 175.

Преклапање права и технологије има за резултат настанак *Legal Tech*-а: индустрије која примењује дигиталну технологију на правну област (назив означава технологију примењену на право; енг. *Legal Technology*). У економском смислу, *LegalTech* је део привреде који повезује технолошко тржиште са тржиштем правних услуга.[3]

II Алгоритмирање права: типологије приступа

1. Типологија 1: примена телеолошког критеријума

Применом телеолошког критеријума могу се разликовати два приступа развоју претварања/интегрисања права у код.

Први приступ је претварање правне норме у код у циљу вишег нивоа доступности правних услуга; правна норма добија формат кода да би ниво доступности и јасноће правних услуга био виши него што је то случај код класичног, „аналогног" пружања услуга правног карактера, чиме се у крајњем доприноси „демократизацији" наведеног сектора. Пример описаног приступа је компанија *Edilex*. *Edilex* развија технологију аутоматизације израде уговора и образаца правних докумената. Циљ *Edilex-а* је поједностављивање правног промета и доступност правних услуга.[4]

Други приступ је рад на програмима унапређења рада правних тимова (адвокатска канцеларија, адвокати, тужилаштва и слично). Пример овог приступа је компанија *Genie AI* која израђује уговоре на основу примене машинског учења.[5] Користећи машинско учење, софтвер препоручује клаузуле које помажу правницима да ефикасније

3 *LegalTech* заснива се на коришћењу савремених информатичких технологија у области права (правној пракси, пре свега). Вид. Предраг Н. Цветковић, „Примена технологије у правном контексту – пример *LegalTech*-а", *Право и привреда*, бр. 3/2022, 447–460.

4 Вид. *https://www.edilex.com/en/*, 21. 3. 2023.

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

састављају уговоре. Програм користи правни језик који је „прикладан за адвокате“.[6]

Обе компаније заснивају се на потпуној аутоматизацији: интегришући вештачку интелигенцију у процес састављања уговора, удаљавају се од „статичних“ софтвера попут *Microsoft Word*-а и *Adobe PDF*-а.[7]

2. Типологија 2: процедурални и декларативни програми

Данас постоји велики број програмских језика који су настали у последњих неколико година. Два најпознатија језика на које упућују програмери када предлажу правницима и „ван“ програмерски оријентисаним експертима одакле да започну са учењем програмирања јесу Пајтон (енг. *Paython*)[8] и Пролог.[9] Они користе различите методе рада. Први је процедурални, други је декларативни.

Процедурални програми одређују како се проблем решава у корацима: постоје јасна упутства која програм треба да прати. Сви појмови су експлицитно дефинисани и сва правила морају бити формулисана. Ако програм, као што је Пајтон, открије да не може да настави са задатком, то је обично зато што програм није у стању да препозна синтаксу Пајтона као програмског језика. Стога је програмирање у Пајтону сензитивно на промене у коду; погрешно постављен зарез или вишак/мањак размака могу утицати на успешност програмирања.[10] Процеду-

6 Вид. *https://genieai.co/home*, 21. 2. 2023.

7 *MS Word* није суштински променио употребу природног језика за креирање уговора. *MS Word* и *Adobe pdf* су технолошки споменици који су дигитална верзија оловке и папира: они немају алгоритамску самосталност, већ служе као нова верзија старог метода записивања правне прозе. Правна заједница почиње да истражује проблеме повезане са употребом статичких платформи као што је *MS Word*. Јуро (*https://info.juro.com*, 23. 2. 2023) је компанија која развија управљање уговорима тако што се *MS Word* контролише преко кода. Олакшавајућа околност овог процеса је што *MS Word* већ има бројне обрасце који су повољни за писање правних докумената: аутоматски унос текста, специјално форматирање и слично.

8 *https://www.python.org/*, 21. 3. 2023.

9 ПРОЛОГ је скраћеница од назива „*PROgramming in LOGic*“ То је декларативни програмски језик развијен је са циљем да омогући програмирање путем природног језика. Вид. Марко Марковић, *Интеракшивно сашављање машински чишљивих и разумљивих судских йисмена базирано на знању*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду – Факултет техничких наука, Нови Сад, 2018, 33.

10 Рани програмски језици су били процедурални – зато што би програмер дефинисао скуп процедура, које би рачунар потом обрађивао. Процедурално програмирање користи листу инструкција за рачунар које се предузимају корак по корак. Процедурално програмирање се ослања на одређене поступке. Већина раних програмских језика је процедурална. Примери процедуралних језика укључују

рални програми користе самосталне модуле кода којима се може манипулисати и поново користити за друге програмерске задатке.[11]

Декларативни програми специфицирају проблем и траже од система да га реши. Декларативни језици су засновани на односима (релацијама) између објеката или релацијама између објеката и њихових својстава. Ови односи се могу дефинисати имплицитно кроз правила или експлицитно кроз чињенице: чињенице описују односе, док их правила квалификују. Сврха Пролога да формира фиксни скуп података који би извео одговоре на будућа питања о релацији или скупу релација на основу унетих информација. Насупрот томе, сврха Пајтона је да заврши одређени задатак: сваки корак је експлицитно изражен.

III Примери алгоритмирања права

Пајтон и Пролог су постали инспирација за нову еру програмских језика који се користе за израду аутоматизованих алгоритмираних уговора: *Lexon*, *OpenLaw* и *Legalese*. У наставку следи преглед основних карактеристика наведених програмских језика.

1. Лексон (*Lexon*)

Лексон[12] је програмски језик заснован на лингвистичкој структури и дизајниран да алгоритмира проблем природним језиком. Ово

Fortran, *COBOL* и *C*, који су присутни још од шездесетих и седамдесетих година, а поред њих ту су и *BASIC* и *Pascal*.

11 Теорија модуларности потиче из кибернетике. Временом је постала централни принцип дизајна рачунарских система. Модуларност доприноси да се ефикасно управља сложеношћу комплексних система. Присуство интеракција чини да промена једног елемента (чвора) система изазива каскадне промене у целом систему. Модуларност омогућава да се сложени системи разложе на једноставне компоненте са јасним и мерљивим везама: тиме се спречава да мрежна структура постане неуправљив конгломерат међусобних интеракција. Сложеност постаје управљива прекидањем протока информација унутар система чиме се одређени делови тог система (модули) чине мање зависним од других његових делова: само одређене врсте информација могу се пренети из модула у модул, смањујући значај онога што се дешава у другим модулима. У контексту уговора, модуларни приступ је присутан у пракси израде текста споразума: свођење уговора на модуле може да поједностави трансакције тиме што олакшава управљање елементима тих трансакција. Типичан пример модуларности је клаузула о решавању спорова која је валидна без обзира на валидност уговора. Исто важи и за коришћење дефиниција: оне функционишу као модули јер садрже значење термина који се понављају тако да се измене дефиниције могу извршити без измене других уговорних одредби. Вид. Предраг Н. Цветковић, „Уговор као мрежна структура: корак ка приближавању норме и програмског кода“, *Заштита људских и мањинских права у Европском правном простору* (ур. Небојша Раичевић), Књига XI, Ниш, 2022, 118–120.

12 *http://lexon.tech/*, 21. 3. 2023.

постиже редуковањем речника и граматике природног језика на скупове правила. Лексонов основни речник састоји се од дефинисаних „имена“ који се користе за означавање правних правила и објекта регулисања тих правила. Лексон користи реченице на природном језику са субјектом и предикатом (с тим што не користи чланове, који се сматрају сувишним).

Ево примера уговора састављеног у Лехон-у (на енглеском језику):[13]

```
LEX Payment.

"Payer" is person.
"Payee" is person.
"Payment" is amount.

Payer pays Payment to Payee.
```

Лексон нема за циљ да ствара потпуне уговоре, нити да их до краја објашњава. Он служи као мост за разумевање између програмера и правника, тиме што природни језик своди на правила која постоје и у програмским језицима. Његов структурални дизајн користи само функционалност: граматичка правила се користе без контекста (eng. *Context Free Grammar*). Правила граматике делују независно од објеката на које се примењују. Уместо тумачења речи или фразе, Лексон значење ограничава на функцију: у контексту уговора, функционалност је опис скупа права, обавеза и одговорности одређене стране без ослањања на првобитно значење речи.[14] Ова промена има трансформативни утицај на саму природу уговора: настанак и извршење уговора се интегришу и доприносе стварању нове онтологије уговора.[15]

13 Преузето са: *http://lexon.tech/*, 12. 1. 2023.

14 Према једном од креатора Лексона, Хенингу Дидриху, за остварење стварне функционалности уговора боље је навести листу права и обавеза уговорних страна без позивања на значење речи. Вид. Henning Diedrich, *Lexon: Digital Contracts*, London, 2020, 106.

15 Уговор у традиционалном („аналогном“) смислу је испуњен када су извршене обавезе њиме предвиђене. Стога је циљ програмирања уговора да аутоматизује извршење предвиђених обавеза: циљ није анализа текста или интерпретација уговорних норми. Инструкције програмерима морају да буду прецизне и недвосмислене. Аутоматизује се извршење одређених задатака садржаних у уго-

2. *OpenLaw*

OpenLaw користи језик за означавање текста (енг. *Mark-up language*)[16] у циљу претварања уговора на природном језику у објекте читљиве за програмске језике кроз дефинисање релевантних варијабила и логике функционисања тих варијабила у односном правном тексту. Циљ *OpenLaw* програма није да се уговори о природном језику преведу у целини. Уместо тога, резултат примене је интегрисање програмског кода са уговорним одредбама у форми правне прозе. Ради се о језику који примењује формат Рикардијанског уговора.[17] Намера је да се генеришу

ворним обавезама (нпр. плаћање, испорука, слање обавештења о пријему итд.). Програмирање уговора има за резултат аутоматизацију извршења: ова аутоматизација праћена је гаранцијом да ће извршење у питању бити учињено управо како је уговором усаглашено. За разлику од традиционалног („аналогног") уговора, који разликује текст уговора и његово извршење, програмски код допушта да текст контракта у програмском језику буде истовремено и акција његовог испуњења. Тиме се потенцијално изједначава уговорно регулисање и испуњење уговора: самим постанком кода (нормирањем) оно што би требало да буде учињено као резултат уговора већ је извршено с обзиром на непромењивост програмског кода и његову затвореност за интервенцију посредника. Уговорни документ у форми кода више није отелотворење споразума већ средство његовог испуњења. Вид. Lawrence Edward Diver, *Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law*, doctoral thesis, University of Edinburgh, Edinburgh, 2019, доступно на адреси: *https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=1*, 21. 2. 2023, 304.

16 Вид. *https://docs.openlaw.io/markup-language/#variables*, 21. 3. 2023. Техника означавања текста (енг. *Mark-up*) сеже још из периода пре постојања рачунара, када су људи пре штампања текста, ручно, на рукопису означавали на који начин би поједини делови требало да буду одштампани (нпр. којом врстом и величином слова). Слична техника се користи и данас, у ери рачунара, и текст се додатно означава информацијама које га описују. Језици за означавање често, осим што описују визуелну презентацију, описују и логичку структуру документа. Ово је значајно јер се тиме омогућава униформна измена одређених елемената документа (на пример свих наслова), односно додељивање једног својства свим елементима тог типа. Најпознатији језик за означавање је *HTML*, намењен опису веб страница.

17 Рикардијански уговор је документ који је: истовремено читљив за људе (као и уговор на папиру) и за програм. Први пут га је представио Јан Григ (*Ian Grigg*) 1996. године. Григ је био криптограф који се сматра пиониром финансијске криптографије. Концепт Рикардијанског уговора настао је током покушаја дигитализације уговора којима се уређују финансијски инструменти. Рикардијански уговор (именован је по Давиду Рикарду у част његовог доприноса теорији међународне трговине) не аутоматизује претпостављене елементе споразума кроз примену програмског кода. Уместо тога, његов је циљ да обезбеди флексибилност текстуалних споразума уз кодирање тамо где је то могуће. Резултат овог процеса да програмски код пре комплементира, него што замењује споразуме у текстуалној форми (примена принципа „више права мање софтвера"). Текст уговора који није у програмском коду требало би да буде формулисан на начин који одговара минималистичкој семантици кода. Описана минималистичка семантика омогућава да програмски код обезбеди гаранцију интегритета информације садржане у коду (информације

варијабле и логика која ће бити уграђена у уговоре одређеног типа. На пример, уговор о чувању пословне тајне (енг. „*Non-Disclosure Agreement*“) обично би узимао имена уговорних страна и трансформисао их као динамичке варијабле. Ако променљива захтева даљи опис, додатни текст (енг. *string*)[18] се користи за квалификацију термина. Карактеристика *OpenLaw* језика је Булова логика:[19] услови (функције), прожимају логику уговора и реконструишу уговорне услове у бинарна питања. Клаузуле се тумаче као „уграђени образац“: циљ је да се формулисање уговора учини ефикаснијим тиме што ће се клаузуле за стандардне верзије чувати као подаци који се могу додати уговорима.

У наставку је дат пример уговорне одредбе из споразума о пружању услуга саветовања формулисан у *OpenLaw* формату.[20]

```
\centered **Simple Advisor Agreement**

This Advisor Agreement is entered into between [[Company Name]] ("Corporation")
and [[Advisor Name]] ("Advisor") as of [[Effective Date: Date]] ("Effective Date
Company and Advisor agree as follows:

^**Services.** Advisor agrees to consult with and advise Company from time to t
at Company's request (the "Services").

^[[Choice of Law Insert: Clause("Choice of Law and Venue Clause")]]

^**Termination.** Either party may terminate this Agreement at any time, for any
reason, by giving the other notice.
```

садржане у самом уговору и претворене у програмски језик) и проверу њеног порекла. Тиме се непромењивост програмског кода комбинује са флексибилношћу изражавања: флексибилност као могућност избора је опредмећена у тексту, док са друге стране програмски код обезбеђује непромењивост и интегритет информација које су садржане у писаном споразуму, али су конвертоване у програмски језик (онда када је таква конверзија могућа; одредбе споразума које нису подобне за наведену конверзију садржане су у тексту уговора који представља саставни део Рикардијанског споразума). Вид. Lopamudra Mandal, *Ricardian Contracts – Bringing the Gap Between Smart Contracts and Traditional Contracts*, master thesis, Tilburg University, Tilburg, 2019, доступно на адреси: *http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149417*, 18. 4. 2023.

18 У програмирању *string* је секвенца симбола-карактера и представља текст.

19 Булова алгебра је део математичке логике: ради се о структури која се заснива на логичким операцијама „и“, „или“ и „не“. За разлику од елементарне алгебре, где се вредност променљивих означава бројевима, у Буловој алгебри вредности променљивих могу бити само тачно и нетачно (истина и не-истина), што се обично означава са 1 и 0, где 1 представља тачно, а 0 нетачно.

20 Вид. *https://docs.openlaw.io/markup-language/#variables*, 12. 3. 2023.

Simple Advisor Agreement

This Advisor Agreement is entered into between [[Company Name]] ("Corporation") and [[Advisor Name]] ("Advisor") as of [[Effective Date]] ("Effective Date"). Company and Advisor agree as follows:

1. **Services.** Advisor agrees to consult with and advise Company from time to time, at Company's request (the "Services").

2. **Choice of Law and Venue.** The parties agree that this Agreement is to be governed by and construed under the law of the State of [[State of Governing Law]] without regard to its conflicts of law provisions. The parties further agree that all disputes shall be resolved exclusively in state or federal court in [[County of Venue]], [[State of Venue]].

3. **Termination.** Either party may terminate this Agreement at any time, for any reason, by giving the other notice.

Горе наведени извод из уговора је представљен у два облика: (1) у коду и; и (2) у формату правне прозе. Претпоставка овог приступа је идентификовање делова споразума који се могу конвертовати у програмски код.

3. *Legalese*

Legalese (даље и „Л4“) је језик специфичан за домен права (енг. „*Domain Specific Language*“ – *DSL*) настао с циљем да уважи карактеристике права његову семантику, деонтику и логику.[21]

Заснован је на концепту/логици Пролога, али је настао са намером да програмира правне норме. Сврха Л4 се протеже даље од опште примене програмских језика на правни језик.

Л4 производи формално верификоване кодиране уговоре који се подједнако могу трансформисати у ПДФ-ове написане на природном језику. Идеја је да је програм обезбеди беспрекоран превод уговорних услова са правне прозе на код. Идеја о Л4 потекла је од програмера који су желели да конвертују инвестициони уговор написан на природном језику на језик симбола.[22] У наставку је текст дела овог уговора на енглеском језику.[23]

21 Вид. *https://legalese.com/aboutus.html#innovation-premise*, 18. 3. 2023.

22 Вид. *https://legalese.com/computational-law.html*, 18. 3. 2023.

23 Преузето са: „Why Computational Law?“, *Legalese*, доступно на адреси: *https://legalese.com/computational-law.html*, 20. 4. 2023.

1.2.1 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at not more than $32.5 Million, then the investors in the Note shall be entitled to convert the Note into Shares at a fixed valuation of $27.5 million.

1.2.2 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at less than $40 million but not below $32.5 million, investors in the Convertible Note will be entitled to convert the Note into Shares at a 15% discount over the valuation of the Series B Funding (for instance, if the series B Funding is at a valuation of $35 million, then the investors in the Note shall be entitled to convert at a valuation of 35M less 15% discount);

1.2.3 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at not less than $40 million but less than $47.06 million, investors in the Convertible Note will be entitled to convert the Note into Shares at a 15% discount over the valuation of the Series B Funding (for instance, if the series B Funding is at a valuation of $47.06 million, then the investors in the Note shall be entitled to convert at a pre-money valuation of 40M i.e. $47.06 million less 15% discount);

1.2.4 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at not less than $47.06 million but less than $80 million, investors in the Convertible Note will be entitled to convert the Note into Shares at a fixed pre-money valuation of $40 million;

1.2.5 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at not less than $80M but less than $100M, investors in the Convertible Note will be entitled to convert the Note into Shares at a fixed pre-money valuation of $45M; and

1.2.6 If the investment for the purpose of the Series B Funding is valued at not less than $100 million, investors in the Convertible Note will be entitled to convert the Note into Shares at a fixed pre-money valuation of $50 million.

Превод горе наведеног текста коришћењем *Legalese* програмског језика гласи:

```
if( seriesB < 32.5 ) { conversion = 27.5 }
else if( seriesB < 40 ) { conversion = seriesB * 0.85 }
else if( seriesB < 47.06 ) { conversion = seriesB * 0.85 }
else if( seriesB < 80 ) { conversion = 40 }
else if(seriesB < 100 ) { conversion = 45 }
else { conversion = 50 }
```

Понављање именичних фраза у делу уговора у формату правне прозе доводи до тога да за интерпретацију није потребан контекст: довољна је синтакса и функције. Резултат тога је могућност да се природан језик трансформише у јасну алгоритамску/рачунарску форму.

IV Закључак

Правне норме су могући предмет програмирања различитим фазама (дефинисање, спровођење, праћење, контрола, тумачење). Програмирање правних правила је процес претварања правне норме у неки од програмских језика. Алгоритмирање уговора је појавни облик преклапања права и програмског кода. Циљ алгоритмирања је да се обезбеди да текстуалне формулације буду преведене у форму разумљиву програмерима, с коначним ефектом идентитета правног значења норме у правној прози и у форми програмског кода. Горе наведени програмски језици помажу у аутоматизацији процеса креирања и тумачења уговора. Интерпретација је интернализована у техничким границама програмског језика: постоје термини и одредбе које не могу да буду, *de lege lata*, предмет претварања у код с обзиром на ограничења технологије (ради се пре свега о правним стандардима). Сва три примера алгоритмирања правне норме (Лексон, *OpenLaw*, *Legalese*) користе и даље правну прозу као важан сегмент конверзије права у код. Лексон то чини редуковањем правила природног језика на она која могу да буду преведена у код (нпр. изостају чланови уз именице); *OpenLaw* користи Рикардијански концепт (део уговора је у правној прози, а део у коду), док *Legalese* користи језик симболичке логике као платформу за превођење сведених правних формулација у формат читљив за програмере. Интегрисање правне прозе и програмског кода (а не искључиво конверзија текста у код) резултира новим форматом правног језика са оригиналном онтологијом која је резултат приступа „кодирати шта је могуће, написати шта се мора“. Да ли програмски језици треба да буду признати као облик правног језика? Чини се да постоји простор да се овакав приступ легитимно заступа, с тим да предстоји рад на његовом потпуном, јасном и верификованом утемељењу.

Коришћена литература

Allen Layman E., „Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents“, *The Yale Law Journal*, Nr. 6/1956, 833.

Barraclough Tom, Hamish Fraser, Bames Curtis, *Legislation as Code for New Zealand*, Auckland, 2021, доступно на адреси: *http://www.nzlii.org/nz/journals/NZLFRRp/2021/3.pdf*, 21. 2. 2023.

Diver Lawrence Edward, *Digisprudence: the affordance of legitimacy in code-as-law*, doctoral thesis, University of Edinburgh, Edinburgh, 2019, доступно на адреси: *https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/36567/Diver2019.pdf?sequence=*, 21. 2. 2021.

Diedrich Henning, *Lexon: Digital Contracts*, London, 2020.

Mandal Lopamudra, *Ricardian Contracts – Bringing the Gap Between Smart Contracts and Traditional Contracts*, master thesis, Tilburg University, Tilburg, 2019, доступно на адреси: *http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149417*, 18. 4. 2023.

Марковић Марко, *Интерактивно састављање машински читљивих и разумљивих судских писмена базирано на знању*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду – Факултет техничких наука, Нови Сад, 2018. (Marković Marko, *Interaktivno sastavljanje mašinski čitljivih i razumljivih sudskih pismena bazirano na znanju*, doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu – Fakultet tehničkih nauka, Novi Sad, 2018)

Цветковић Предраг Н., „Примена технологије у правном контексту – пример *LegalTech*-а“, *Право и привреда*, бр. 3/2022. (Cvetković Predrag N., „Primena tehnologije u pravnom kontekstu – primer *LegalTech*-a“, *Pravo i privreda*, br. 3/2022)

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

Цветковић Предраг Н, „Уговор као мрежна структура: корак ка приближавању норме и програмског кода“, *Заштита људских и мањинских права у Европском правном простору* (ур. Небојша Раичевић), Књига XI, Ниш, 2022. (Cvetković Predrag N, „Ugovor kao mrežna struktura: korak ka približavanju norme i programskog koda“, *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u Evropskom pravnom prostoru* (ur. Nebojša Raičević), Knjiga XI, Niš, 2022)

***Predrag* N. CVETKOVIĆ, PhD**
Full Professor at the University of Niš Faculty of Law, Serbia

ALGORITHMIZATION OF LAW: AN ILLUSTRATION OF POSSIBLE APPROACHES

Summary

Algorithmization is a process that enables the text of the norm to be translated into a format explaining the logical structure of the duties and responsibilities of the parties and ensuring the validity and effectiveness of the contract that is the subject of coding. Platforms and programs for algorithmization of law are based on the symbiosis of programming code and legal prose: in the analyzed approaches, Lexon achieves this symbiosis by reducing the rules of natural language to those that can be translated into code; OpenLaw makes it by using concept of Ricardian contract (part of the contract is in legal prose and part in code), while Legalese uses the language of symbolic logic to translate condensed legal wording into a programmer-readable format. The aforementioned symbiosis leads to the integration of law and programming code which results in a new legal language format with an original ontology. The foregoing ontology deserves legitimization as a subject of legal research in order to provide its comprehensive, measurable and verifiable foundation.

Key words: *Law as Code. – Algorithmization of Law. – Ricardian Contract. – Ontology of law.*

Датум пријема рада: 18. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.72.02(497.11) ; 347.714:004.738.5
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23206A

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

ИСКЉУЧИВА ЕЛЕКТРОНСКА ПРИЈАВА ОСНИВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА**

Сажетак

Аутор се у раду бави новим режимом који у правни систем Републике Србије уводи обавезу подношења регистрационе пријаве оснивања привредних друштава искључиво електронским путем. На тај начин ће поступак оснивања бити могућ и без обавезе подносиоца регистрационе пријаве оснивања да буде присутан пред органом надлежним за регистрацију оснивања привредних друштава. Будући да је поступак оснивања омогућен на начин да се готово у целости одвија електронским путем, будући оснивачи ће имати могућност врло ефикасног, брзог и лаког оснивања привредних друштава. Ипак, увођење обавезног, уместо досадашњег опционог електронског начина подношења регистрационе пријаве могуће је да отвори и нека питања о којима се до сада у домаћој стручној и научној јавности није много разговарало. Управо су могуће дилеме и недоумице које се односе на искључиво електронско подношење пријаве оснивања привредног друштва предмет разматрања овог рада.

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

** Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

Кључне речи: *Електронска регистрација. – Оснивање привредних друштава. – Квалификовани електронски потпис. – Агенција за привредне регистре.*

I Увод

Већ извесно време је електронска регистрација привредних друштава прихваћена и распрострањена у савременом компанијском праву. Електронска регистрација подразумева такав поступак у коме се прикупљање и достављање података и докумената, као и њихова обрада, а затим и достављање одлуке донете у поступку регистрације врше делом или у целини електронским путем.[1] Такође се савремен начин функционисања привредних регистара готово више не може ни замислити без електронског евидентирања и објављивања података, чинећи их јавно доступним електронским путем за трећа лица. Не само да је електронска регистрација део великог броја савремених националних права и њихових правила о регистрацији, већ је о том питању било пуно речи и у научним и стручним круговима у упоредном праву.[2] До сада је

1 Аутор овог рада је у више наврата већ писао о овој теми, те рад представља својеврстан наставак већ спроведеног истраживања. Предмет овог рада усмерен је на она питања у којима је српско право у међувремену допуњено и измењено. О досадашњим резултатима истраживања вид.: Татјана Јевремовић Петровић, *Модели оснивачких аката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 106–139; Татјана Јевремовић Петровић, „Оснивање привредних друштава електронским путем у праву ЕУ“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 49–78; Татјана Јевремовић Петровић, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 305–325.

2 Литература о овом питању је заиста изузетно богата. Вид. примера ради: Оптимити студија (European Commission, *Assessment of the impacts of using digital tools in the context of cross-border company operations – Final Report*, Optimity Advisors and Tipik Legal, December 2017), доступно на адреси: *https://ec.europa.eu/info/publications/digitalisation-company-law_en*, 10. 3. 2023; Еверис студија (Everis for the European Commission, *Study on Digitalisation of Company Law*, DG Justice and Consumers, Brussels 2017), доступно на адреси: *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_digitalisation_of_company_law_final_report.pdf*, 10. 3. 2023; као и Извештај неформалне групе стручњака компанијског права о дигитализацији у компанијском праву (The Informal Company Law Expert Group (ICLEG), *Report on digitalisation in company law*, March 2016), доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2893701*, 13. 6. 2021. Бројни су и теоријски радови који су обрадили ово питање. У нашој литератури вид. Драган Вујисић, „Дигитализација компанијског права“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 144–153. Међу страним изворима нарочито доминирају извори на немачком језику. Вид. нпр.: Jan Lieder, „Digitalisierung des

такође обухваћена и прописима на нивоу Европске уније, који су после много година успели да хармонизују поступак електронског оснивања за поједине форме друштава у националним правима земаља чланица, тако да се у целости одвија без потребе физичког присуства подносиоца регистрационе пријаве и других лица пред било којим надлежним органом, телом или лицем које је укључено у овај поступак.[3]

Електронско оснивање и регистрација су омогућени и у српском праву. У првом тренутку је ова могућност била отворена за регистрацију предузетника још 2017. године, да би изменама Закона о привредним друштвима и Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре створен такав правни режим који је омогућио целовит поступак електронске регистрације за привредна друштва.[4] Агенција за привредне регистре је овај поступак технички омогућила крајем 2018. године само за једночлана друштва са ограниченом одговорношћу, а затим и вишечлана друштва са ограниченом одговорношћу током 2019. године. Крајем 2021. године Република Србија је усвојила нове измене у постојећем режиму електронске регистрације.[5] И даље је предвиђено да ће пријава регистрације (свих података и докумената) као и до сада бити алтернативна. Она је могућа непосредно – у папирној или електронској форми, или путем поште. Међутим, значајна измена учињена је у погледу регистрације оснивања привредног друштва, будући да се пријава

Europäischen Unternehmensrechts: Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung", *NZG*, Nr. 28/2018, 1081–1091; Ralf Knaier, „Digital first, Bedenken second? Ein kritischer Blick auf den Kommissionsvorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht", *GmbHR*, Nr. 11/2018, 560–570; Lenard Bock, „Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht – Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", *DNotZ*, Nr. 9/2018, 643–661; Christoph Teichmann, „Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften", *GmbHR*, Nr. 1/2018, 1–14; Charlotte Weber, *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package*, Nomos, Baden-Baden, 2021; Fabian Klumpen, *Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenze*, Nomos, Baden-Baden, 2017; Jessica Schmidt, „DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht", *ZIP*, Nr. 3/2021, 112–122.

3 Директива ЕУ о коришћењу дигиталних средстава и поступака у компанијском праву (*Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law*, *OJ* L 186, 11. 7. 2019; даље у тексту и фуснотама: Директива (ЕУ) 2019/1151).

4 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; Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре – Закон о поступку регистрације у АПР, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021.

5 Закон о изменама и допунама Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службеник гласник РС*, бр. 105/2021.

за оснивање привредног друштава, према овим новим изменама, подноси Агенцији за привредне регистре само у електронској форми.[6] Ова одредба ступила је снагу када и друге измене, али је њена примена одложена на истек 18 месеци од ступања на снагу закона. Тиме ће Република Србија средином маја ове године имати нови режим регистрације оснивања привредних друштава, који ће се у потпуности вршити електронским путем. Будући да је реч о важној промени која има далекосежне последице, овај рад има циљ да прикаже нова решења о искључивој електронској регистрацији оснивања. Такође ће наша пажња бити усмерена и на могуће дилеме и недоумице које би могле да прате поступак искључивог електронског подношења регистрационе пријаве. Најзад, циљ овог рада је и отварање дијалога, који већ дуго постоји у упоредном праву о поступку електронске регистрације и изазовима које тај поступак носи са собом.

II Оснивање привредних друштава и подношење регистрационе пријаве електронским путем

1. Осврт на упоредно право

Поступак електронске регистрације оснивања привредних друштава подразумева да се један или више његових делова одвијају електронским путем – без потребе физичког присуства и непосредног контакта подносиоца регистрационе пријаве и лица које је задужено за спровођење поступка регистрације. Такође, врло се често у данашње време подстиче и целокупно оснивање привредних друштава у електронској форми – при чему је неопходно да се сви услови за оснивање друштва, почев од сачињавања оснивачких аката до њиховог достављања уз регистрациону пријаву, као и испуњење других услова ради оснивања привредног друштва одвијају електронским путем, како би се даљи поступак регистрације до краја одвио електронски. Дакле, и поступак оснивања и онај део који се односи на регистрацију могу се уредити тако да заинтересовано лице (оснивач, подносилац пријаве) нема обавезу да буде физички присутан пред било којим надлежним органом, телом или лицем задуженим за неки од делова овог поступка.

Увођење електронског оснивања део је општег тренда модернизације и подстицања ефикасности у пословању привредних друштава. Овај поступак успешно је хармонизован у оквиру ЕУ правилима Директиве о коришћењу дигиталних алата и поступака у компанијском

6 Закон о изменама и допунама Закона о поступку регистрације у АПР, чл. 4 и нови чл. 9 ст. 2 Закона о поступку регистрације у АПР.

праву.[7] Најзначајнији део ове Директиве се односи на хармонизацију правила земаља чланица у погледу електронског оснивања привредних друштава, али се њом уређују и друга важна питања дигитализације компанијског права.[8] Регулисана су питања електронске регистрације других података и докумената, као и огранака привредних друштава. Додатно су промовисани транспарентност и објављивање значајних докумената и података о друштвима, као и олакшани приступ за трећа лица. Директива је инсистирала на ширењу информација које су доступне трећим лицима без накнаде, али и могућност прибављања информација не само на званичном језику на коме се воде регистри, већ и у преводу на други језик, који је распрострањен у Европској унији. Најзад, посебна пажња посвећена је питању заштите интереса трећих лица и поверењу у регистре, безбедној електронској идентификацији у свим електронским поступцима регистрације; као и доступности и коришћењу података о дисквалификацији директора који се воде у другој земљи чланици. Тиме је осим лакше, брже и једноставније електронске регистрације Директива нарочито имала у виду и подстицање прекограничне покретљивости за учеснике на унутрашњем тржишту, поклањајући своју највећу пажњу малим и средњим предузећима.[9] Директива (ЕУ) 2019/1151 обавезује земље чланице ЕУ да предвиде поступак оснивања привредних друштава који ће се спровести у потпуности електронским путем, тако да подносилац пријаве не мора да буде присутан лично пред било којим органом, другим надлежним лицем или телом које је укључено у поступак оснивања друштва.[10] Ова кључна одредба уводи, дакле, минималну хармонизацију у погледу електронског оснивања различитих националних форми (или типова) друштва са ограниченом одговорношћу држава чланица ЕУ, уз могућност да државе чланице поступак омогуће и за друге форме друштава. Рок за имплементацију Директиве већ је прошао, те је овај поступак до сада у већини земаља чланица ЕУ већ почео да се

7 Вид. фн. 3.

8 Детаљно о правилима Директиве и регулисању електронског оснивања привредних друштава у праву ЕУ вид. Т. Јевремовић Петровић (2021а), 49–78.

9 Вид. рецитал 2–4 Директиве (ЕУ) 2019/1151; као и Меморандум са образложењем Предлога Директиве Европског парламента и Савета о изменама и допунама Директиве (ЕУ) 2017/1132 о употреби дигиталних алата и поступака у компанијском праву (*Explanatory Memorandum of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law*, COM/2018/239 final – 2018/0113 (COD), Brussels, 25. 4. 2018), 4–5.

10 Потпуно електронско оснивање је регулисано чл. 13г Директиве о појединим питањима компанијског права (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law*, *OJ* L 169, 30. 6. 2017; даље у тексту и фуснотама: Директива (ЕУ) 2017/1132).

примењује, док се у још неколико земаља чланица очекује ускоро. Директива не обавезује земље чланице да предвиде искључиво електронско оснивање привредних друштава, али им оставља могућност да предвиде да неке или све процедуре оснивања друштава (и њихових огранака) и других регистрација или уписа могу да се спроведу искључиво у електронској форми.[11] Међу најважнијим одредбама које су регулисале потпуно електронско оснивање нашле су се одредбе које се тичу процедуре, али и објављивања докумената и информација који су од значаја за електронско оснивање, укључујући и правила која подстичу да се поступак оконча у кратком року и уз што је могуће ниже трошкове.

Поступак електронског оснивања привредних друштава познат је и у земљама нашег региона. Алтернативно је предвиђен у праву Црне Горе, кроз могућност достављања регистрационе пријаве и других докумената или аката у папирној или електронској форми.[12] Алтернативно директно достављање регистрационе пријаве, у папиру или електронским путем, је предвиђено и у праву Републике Српске.[13] Иако су у Федерацији Босне и Херцеговине за регистрацију привредних друштва надлежни судови, и њима се пријава за регистрацију може поднети или у папирној, или електронској форми.[14]

2. Електронско оснивање и регистрација у Републици Србији

Поступак оснивања привредних друштава и поступак регистрације су у српском праву регулисани одредбама Закона о привредним друштвима и Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.[15] Овим прописима је омогућено да се целокупни поступак оснивања, укључујући и регистрацију, у потпуности одвије електронским путем.[16] То је учињено изменама Закона о привредним друштвима у делу који се односи на форму оснивачког акта, тако да је могуће да овај

11 Директива (ЕУ) 2019/1151, рецитал 8.

12 Закон о привредним друштвима Црне Горе, *Службеник гласник РЦГ*, бр. 65/2020, чл. 320.

13 Закон о регистрацији привредних субјеката у Републици Српској, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 67/2013 са даљим изменама, од којих су последње из 2019. године, чл. 7.

14 Вид. чл. 8 и 48 Закона о регистрацији привредних субјеката у Федерацији Босне и Херцеговине, *Службене новине Ф. БиХ*, бр. 27/2005, са каснијим изменама, од којих су последње из 2021. године.

15 Вид. фн. 4.

16 Овај одељак рада је унеколико измењен одељак II и III већ објављеног рада: Татјана Јевремовић Петровић, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 3/2021, 305–325. Циљ му је да упути читаоце у друге одељке и пружи им потпунију слику измена и допуна којима

акт буде сачињен у електронској форми уз коришћење квалификованог електронског потписа.[17] Осим тога, раније измене Закона о поступку регистрације у АПР су нарочито биле важне у делу који је регулисао електронско достављање и друге делове поступка путем електронске комуникације подносиоца регистрационе пријаве са регистром.[18]

Електронска регистрација је први пут омогућена у Србији ради регистровања предузетника 2017. године. Убрзо након тога је већ од краја 2018. године била технички могућа и регистрација оснивања једночланог друштва са ограниченом одговорношћу. Након што се показало успешним, електронско регистровање оснивања је током наредне године било проширено и на вишечлано друштво са ограниченом одговорношћу.

Ради могућности електронске комуникације са регистром, на првом месту ради сигурног и безбедног достављања података и докумената у електронском облику, српско право је дефинисало појам корисничке апликације као апликативно софтверско решење намењено *подношењу електронске пријаве*.[19] Тиме је омогућено да се регистрациона пријава поднесе или непосредно Агенцији, или путем поште. Непосредно подношење пријаве обухвата не само подношење пријаве у папирној, већ и у електронској форми.[20] Поступак електронске регистрације оснивања подразумева, дакле, да се регистрациона пријава подноси у електронској форми путем корисничке апликације, при чему се ради идентификације подносиоца пријаве и ради њеног потписивања мора користити квалификовани електронски сертификат. Уз регистрациону пријаву подносилац подноси електронским путем све документе у електронској или дигитализованој форми. Најзад, поступак се окончава отправљањем одлуке регистратора у електронској форми.

а) Подношење електронске регистрационе пријаве оснивања

Отпочињање поступка регистрације оснивања привредног друштва пред Агенцијом за привредне регистре везује се за подношење регистрационе пријаве оснивања. Истакнуто је да је према тренутно важећим одредбама то могуће алтернативно, те се пријава подноси непосредно у папирној или електронској форми или путем

српско право уводи искључиву електронску регистрацију привредних друштава, на које се овај рад односи.

17 ЗОПД, чл. 11.

18 Вид. посебно чл. 11, 12 и 24 ст. 2 Закона о поступку регистрације у АПР.

19 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 2 ст. 1 тач. 12.

20 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 9 ст. 1.

поште. Подношење пријаве електронским путем као начин директног подношења пријаве подразумева коришћење корисничке апликације на интернет страни Агенције за привредне регистре.

Један од битних услова за подношење регистрационе пријаве, а затим и предмет контроле регистратора у погледу испуњености услова за регистрацију представља околности да ли је пријаву поднело лице које је овлашћено за њено подношење.[21] Стога, утврђивање идентитета подносиоца пријаве представља један од важних делова поступка електронске регистрације, а коришћење електронског потписа нужно је и ради испуњења прописане форме правног посла који се предузима. Ово питање код нас је уређено посебним законом који је уредио основна правила о електронској идентификацији, електронском потпису и његовим основним правним дејствима, као и о електронском документу.[22]

Утврђивање идентитета подносиоца регистрационе пријаве приликом коришћења корисничке апликације и уз потписивање електронске пријаве и докумената у српском праву се везује за коришћење квалификованог електронског потписа. Електронски потпис, односно печат садржи податке у електронском облику о физичким и правним лицима. Њихова основна улога је да потврђују интегритет података које садрже и да *утврђују идентитет* потписника.[23] Осим тога, зависно од степена сигурности (напредни и квалификовани електронски потпис, односно печат), могу имати и друга важна правна дејства у правном промету. У српском праву квалификовани електронски потпис има правно дејство *својеручног потписивања*, а некад и *замене овере својеручног потписа*, уколико је то посебно предвиђено.[24]

На овом месту је, стога, важно посебно нагласити да српско право обезбеђује електронску идентификацију приликом електронске регистрације и за то захтева коришћење квалификованог електронског сертификата којим се креира квалификовани електронски потпис. Такође је његово коришћење нарочито важно за својеручно потписивање регистрационе пријаве – коју овде замењује коришћење квалификованог електронског потписа. Поступак електронске регистрације оснивања подразумева да се поред регистрационе пријаве, коју потписују овлашћена лица, користе и други (електронски) документи.

21 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 5а и чл. 14 ст. 1 тач. 2.

22 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017 и 52/2021.

23 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 2 ст. 1 тач. 20.

24 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 50.

Њихово потписивање и овера уређени су општим правилима о електронским документима и електронској идентификацији.[25]

Коришћење квалификованог електронског потписа је омогућено физичким и правним лицима под условом да је он издат шемом идентификације од стране надлежног органа на територији Републике Србије. Као лица којима надлежни органи могу да издају квалификовани електронски потпис појављују се, осим домаћих физичких и правних лица (за њихове законске заступнике и друга овлашћена лица), и страна физичка лица која имају право на личну карту за странца (страна лица којима је одобрено стално настањење) и у коју се може уписати квалификовани електронски сертификат за имаоца и одговарајући подаци за формирање квалификованог електронског потписа.[26] У случају да подносилац пријаве иступа у својству пуномоћника, нужно је да се ово лице идентификује квалификованим електронским потписом, с тим што је у обавези да приложи пуномоћје међу електронске документе нужне ради електронске регистрације оснивања.[27] За сада није могуће да оснивач привредног друштва који подноси електронску регистрациону пријаву оснивања буде страно правно лице.[28] Такође је фактички онемогућено да подносилац пријаве буде страно физичко лице уколико нема услове за добијање квалификованог електронског сертификата, већ би у том случају могао да поднесе пријаву посредно – ангажујући пуномоћника ради електронске регистрације оснивања.

У циљу ширења могућности електронске регистрације оснивања нужно је признање страних шема идентификације и коришћење квалификованих електронских потписа који су издати у иностранству. То је био један од основних разлога за недавно усвојене измене Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, и оне су се односиле на омогућавање међусобног признања квалификованих сертификата за електронски потпис издатих у иностранству који се заснива на реципроцитету који је успостављен међународним споразумом.[29] Предлагало

25 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 11.

26 Вид. чл. 102 и 103 Закона о странцима, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018 и 31/2019.

27 Вид. Агенција за привредне регистре, еРегистрација оснивања једночланог и вишечланог ДОО, доступно на адреси: *https://apr.gov.rs*, 1. 4. 2023, интернет извор без броја стране.

28 О ограничењима вид. нарочито званично упутство Агенције за привредне регистре, еРегистрација оснивања једночланог и вишечланог ДОО, доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs*, 1. 4. 2023.

29 Вид. нарочито одредбе којима се дозвољава упис у Регистар пружалаца услуга електронске идентификације и шема електронске идентификације (чл. 19), регулисање питања прекограничне сарадње у области електронске идентификације

се у међувремену и увођење неке врсте *e-residency*, које би омогућило електронску пријаву на порталу *e-uprava*, као и доцније лично присуство и идентификовање лица у дипломатско-конзуларном представништву Републике Србије у иностранству ради преузимања картице са електронским потписом.[30]

б) Сачињавање и достављање електронских докумената

Свака регистрација оснивања привредног друштва обавезује подносиоца пријаве да уз регистрациону пријаву обавезно достави одређене документе и друге акте који су нужни ради оснивања привредног друштва. Ови документи достављају се као електронски, односно дигитализовани документи.[31] Дакле, поступак електронске регистрације у великој мери се заснива на електронском достављању електронских (дигитализованих) докумената, при чему њихов садржај или форма не утичу на електронску регистрацију. Уместо да се изврши регистрација увидом у папирну документацију, која је достављена лично или поштом, електронска регистрација омогућава достављање све неопходне документације за оснивање привредног друштва електронским путем, што може да буде лакше и брже од достављања папирне документације. Будући да је нужно успоставити сигурност у електронском достављању, није било довољно омогућити слање „обичних", већ искључиво електронских или дигитализованих докумената који садрже електронски потпис. На тај начин, омогућена је строжа контрола и већа сигурност коришћења докумената у поступку електронске регистрације оснивања привредног друштва.

Један од најважнијих докумената нужних за регистрацију оснивања привредног друштва представљају оснивачки акт (као и статут акционарског) привредног друштва које се оснива. И овај документ

(чл. 23 и даље); упис у Регистар пружалаца квалификованих услуга од поверења (чл. 35), употребу квалификованих електронских сертификата у софтверским решењима органа јавне власти (чл. 36а), а посебно прекогранично признавање квалификованих услуга од поверења на основу реципроцитета заснованог на међународним споразумима (чл. 40).

30 Више о међусобном признању и коришћењу страних квалификованих електронских потписа, као и алтернативама док до овог међусобног признања не дође, вид. и Програм за унапређење позиције РС на ранг-листи Светске банке, Акциони план за унапређење позиције Републике Србије на ранг листи Светске банке о условима пословања – *Doing Business* за период 2020–2023. године, мера 1.1.0.

31 Дигитализација подразумева конверзију документа који није издат у електронском облику у електронски облик. Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 2 ст. 1 тач. 43 и 44.

може да буде сачињен не само у папирној, већ и у електронској форми.[32] Такође је могуће да оснивачки акт састављен у форми која није електронска буде дигитализован – чиме се омогућава његово даље коришћење у електронском облику.

За оснивачки акт и статут, као и за друге документе сачињене у електронској форми, од значаја је форма у којој се сачињавају, као и начин на који се остварује строжа форма – када је она предвиђена. Већ је било речи о томе да електронски потпис, односно печат садржи податке у електронском облику о физичким и правним лицима, са основном улогом да потврде интегритет података које садрже и да *утврде идентитет* потписника.[33] Осим тога, електронски потпис може имати и друга важна дејства, зависно од степена сигурности. У нашем праву квалификовани електронски потпис има правно дејство *својеручног потписивања*, а некад и *замене овере својеручног потписа*, уколико је то посебно предвиђено.[34] Дакле, опште правно дејство квалификованог електронског потписа лежи у *замени својеручног потписа*, при чему му се не може оспорити пуноважност или доказна снага само због тога што је у електронском облику.

Општим одредбама ЗОПД је предвиђено да се приликом оснивања привредног друштва захтева обавезна овера потписа оснивача друштва. Даље је (дакле, посебном и изричитом) одредбом Закона о привредним друштвима предвиђено да се сматра да квалификовани електронски потпис чланова друштва на електронском документу замењује оверу потписа, осим уколико то није у супротности са прописима којима се уређује промет непокретности.[35] Другим речима, ЗОПД је изричито предвидео да квалификовани електронски потпис чланова друштва на оснивачком акту друштва које се оснива, не само да има *функцију идентификације и својеручног потписивања* већ *и замењује оверу својеручног потписа*. На тај начин српско право отклања први ниво претходне контроле који врши јавни бележник овером потписа, и замењује га квалификованим електронским потписом, који такође представља основу идентификације и у другом нивоу контроле која се врши у поступку регистрације пред Агенцијом за привредне регистре.

Оправдање такве претпоставке види се у потреби отклањања трошкова оснивача приликом овере потписа и уопште омогућавања

32 Вид. изричито о таквој могућности ЗОПД, чл. 11 ст. 9.

33 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 2 ст. 1 тач. 20.

34 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 50.

35 ЗОПД, чл. 11 ст. 2.

дигитализације и јачања „економичности, ефикасности и ефективности пословања“.[36] Иако су многа национална права у овој ствари била врло опрезна, сматрајући поступак регистрације сувише ризичним да би се ослонило на уобичајена средства електронске идентификације, српско право му указује пуно поверење.[37] Програм за унапређење позиције РС на ранг-листи Светске банке истиче, на пример, да „електронски потпис обезбеђује исти ниво сигурности аутентичности оснивача као овера потписа.“[38] Тиме се у постављању регулаторних циљева очигледно (и искључиво) водило разлозима ефикасности, уштеде трошкова и убрзане процедуре регистрације. Са друге стране, није било говора о томе да се на овај начин смањује контрола поступка оснивања.

Најзад, поступак електронске регистрације је омогућио да се електронска уплата накнаде за регистрацију врши коришћењем платних картица (*Visa*, *MasterCard*, *DinaCard*) путем апликације која чини део система електронске регистрације. Ова електронска уплата односи се само на накнаду за регистрацију, али не и друге уплате (на пример, уплату оснивачког улога чланова друштва). Иако за сада не постоји обједињени систем комуникације Агенције за привредне регистре и пословне банке, предлози иду чак и у том смеру. Тако се најављује могућност електронске комуникације АПР и пословних банака, чиме би се омогућило истовремено отварање рачуна у банци са регистрацијом привредног друштва у АПР.[39] За сада је и даље обавезно отварање рачуна у пословној банци лично, и уз подношење неопходних докумената. Окончање подношења регистрационе пријаве подразумева достављање потврде о пријему регистрационе пријаве њеном подносиоцу на електронску адресу која је наведена у регистрационој пријави.[40] Најзад, након што одлучи о пријави, регистратор доставља решење о регистрацији

36 Образложење Нацрта закона којим се мењају и допуњују одредбе Закона о привредним друштвима из 2017. године, доступно на адреси: *http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1402/obr/Obrazlozenje.pdf*, 1. 4. 2023, 5. Конкретна уштеда у овом кораку износи 300 РСД по потпису по копији. Извор: Програм за унапређење позиције Републике Србије на ранг-листи Светске банке о условима пословања – *Doing Business* за период 2020–2023. године, *Службени гласник РС*, бр. 89/2020, Опис проблема у свим областима, према методологији Светске банке – Отпочињање пословања, табела 6, бр. 1.

37 Детаљније вид. Т. Јевремовић Петровић (2019), 125–131.

38 Програм за унапређење позиције РС на ранг-листи Светске банке, Опис проблема у свим областима, према методологији Светске банке – Отпочињање пословања, табела 6, бр. 1.

39 Програм за унапређење позиције РС на ранг-листи Светске банке, Акциони план за унапређење позиције Републике Србије на ранг листи Светске банке о условима пословања – *Doing Business* за период 2020–2023. године, мера 1.1.4.

40 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 12 ст. 3.

у електронској форми, уз електронски потпис регистратора. Решење регистратора у електронској форми се шаље на регистровану електронску адресу за пријем електронске поште основаног привредног друштва, односно адресе наведене у пријави.[41] Целокупна претходна контрола која је предвиђена у поступку регистрације остаје непромењена без обзира на електронско достављање докумената. Претходна управна контрола оснивања врши само у погледу формалних услова регистрације.[42] Иако је систем електронске регистрације омогућио аутоматску контролу унетих података приликом попуњавања регистрационе пријаве, она не замењује контролу коју и даље спроводи регистратор, већ само отклања најчешће узроке одбацивања пријаве (изостанак податка у неком од обавезних поља регистрационе пријаве, неисправно унете податке које систем може да препозна и слично).

III Резултати у досадашњој електронској регистрацији

Поступак регистрације који спроводи Агенција за привредне регистре одвија се *у врло кратком року* јер је Законом предвиђен рок од пет дана од пријема пријаве за одлучивање регистратора о поднетој пријави, уз истовремено објављивање са доношењем решења којим се пријава усваја.[43] Агенција за привредне регистре саопштава да се поступак регистрације у 98,74% случајева обавља у року од 24 сата, најчешће током истог радног дана.[44] Исти кратак рок важи како у случају папирне, тако и у случају електронске регистрације оснивања.[45] Такође, поступак регистрације подразумева релативно ниске трошкове оснивања, нарочито имајући у виду и симболичан износ минималног капитала који је Закон о привредним друштвима предвидео за друштва са ограниченом одговорношћу.[46] Најзад, поступак једношалтерског система

41 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 24 ст. 2.

42 Вид. посебно чл. 14 Закона о поступку регистрације у АПР.

43 Вид. Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 15 и чл. 22 ст. 2.

44 Вид. податке са званичног сајта АПР, доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs/*, 1. 4. 2023.

45 Вид. вести Агенције за привредне регистре од 25. октобра 2019. године, доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs/*, 1. 4. 2023.

46 ЗОПД, чл. 145. Осим тог, постоје и други трошкови приликом оснивања. Највећи трошак износи 6500 РСД и представља накнаду за регистрацију оснивања привредног друштва са регистрацијом докумената, док је у случају регистрационе пријаве електронским путем накнада за регистрацију 5900 РСД. Поред тога, накнада за објављивање оснивачког акта, статута и других докумената који се региструју и објављују износи 800 РСД по документу, а у случају електронске пријаве 700 РСД. Вид. Одлуку о накнадама за послове регистрације и друге услуге

оснивања привредних друштава, који осим регистрације у Агенцији за привредне регистре подразумева регистрацију код пореских органа и издавање пореског идентификационог броја, као и пријаву Републичком ПИО фонду и Републичком фонду за здравствено осигурање чини поступак оснивања изузетно ефикасним и једноставним. Исте предности једношалтерског система оснивања важе без обзира на то на који начин се подноси регистрациона пријава оснивања. Другим речима, исте предности важе и када се друштво оснива електронским путем.

Када је реч о поступку електронске регистрације, досадашња искуства показала су се изузетно добрим. Наиме, након што је 2017. године по први пут омогућен поступак електронске регистрације предузетника, а недуго затим и електронског оснивања привредних друштава, поступак се показао као добродошла услуга која је нарочито била коришћена у одређеним периодима током 2020. године.[47] Тако је према званичним подацима Агенције за привредне регистре на почетку 2020. године било основано 238 друштава са ограниченом одговорношћу путем коришћења електронских услуга. Почетком марта 2020. коришћење ове услуге је забележило пораст од 70% у односу на јануар и фебруар 2020. године.[48] Званичне статистике су показивале константан раст електронске регистрације оснивања привредних друштава, и он је нарочито био приметан након његовог иницијалног омогућавања.

Међутим, статистички подаци након тог периода показали су да је коришћење електронске регистрације оснивања привредних друштава, а слично се може закључити и за регистрацију предузетника, престало да расте, и усталило се у одређеном проценту. Тиме је коришћење услуге електронске регистрације било далеко мање атрактивно од онога што се очекивало у односу на подношење регистрационе пријаве директним путем „у папиру“, односно путем поште. Другим речима, званични подаци нису оправдали велика очекивања да ће електронска регистрација преовладати услед ефикасности и економичности. Такође, ови подаци указују и на чињеницу да је поступак електронске регистрације

које пружа Агенција за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 131/2022, чл. 2 и 6. Такође је значајна и накнада за оверу потписа на оснивачком акту, и она износи 300 РСД по потпису по страни када је реч о папирној регистрацији, док овог трошка нема у случају електронске регистрације оснивања, јер се користи квалификовани електронски потпис који замењује оверу потписа.

47 О коришћењу ове услуге током пандемије Covid-19, након што је Агенција за привредне регистре била онемогућена да ради са странкама путем непосредног контакта вид. статистичке показатеље и закључке у: Т. Јевремовић Петровић (2021b), 320–321.

48 Званичне вести Агенције за привредне регистре од 10. 4. 2020. и 12. 6. 2020, доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs/*, 2. 4. 2023.

оснивања и даље већини корисника непознат или недовољно приступачан.

Према статистичким подацима током 2021. године било је 9635 новооснованих друштава са ограниченом одговорношћу. Међу њима је 799 (8,30%) регистровано електронским путем. Слични подаци показују да је од 34378 регистрованих предузетника само 2785 (8,10%) користило услугу електронског подношења регистрационе пријаве.[49] Слични резултати се виде и из података према којима је у периоду од јануара до септембра 2021. године укупно 8,10% свих друштава са ограниченом одговорношћу и предузетника регистровано електронским путем (што чини укупно 2680 нових пословних субјеката регистрованих на овај начин), док је у периоду од јануара до септембра 2020. године било укупно 2314 ових субјеката (имајући, притом, у виду чињеницу да лични контакт са Агенцијом за привредне регистре није био могућ од средине марта до маја 2020. године). Приметан је пораст у односу на исти период јануар-септембар 2019. године (укупан број електронских регистрација у 1304 случајева, што чини 3,70% од укупног броја регистрација), одмах након увођења овог поступка.

Коначни званични (и до сада последњи објављени) подаци показали су да су од увођења електронске регистрације (17. 10. 2018–26. 5. 2021) у овом поступку основана 1603 једночлана друштва са ограниченом одговорношћу (што чини 8,33% од укупног броја) док је у периоду од 28. 6. 2019–26. 5. 2021. године било основано 107 друштава са ограниченом одговорношћу која имају више од једног члана (што је 3,90% укупног броја оснивања), док су регистрационе пријаве у директном контакту са АПР-ом чиниле 78,68% случајева једночланих друштава са ограниченом одговорношћу, односно 84,28% случаја друштава са ограниченом одговорношћу са два или више чланова. Притом су регистрационе пријаве путем поште поднете у 12,99% за једночлана и 11,82% за вишечлана друштва са ограниченом одговорношћу.[50] Да закључимо, иако је у почетку постојало увећано интересовање за коришћење услуге електронске регистрације, те је њихов број константно растао, ова услуга је након њеног увођења била много ређе коришћена од стандардног начина подношења регистрационе пријаве и у просеку чини нешто више од 8% укупног броја новооснованих привредних друштава.

49 Вид. Инфографику: Оснивање и затварање привредних субјеката (2017–2021), доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs/%D0%B8%D0%BD%D1%84%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D0%B8%D0%BA%D0%B5.4318.html?infoId=110*, 1. 4. 2023.

50 Вид. Образложење уз Закон о изменама и допунама Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре – Образложење Закона о регистрацији, доступно на адреси: *https://otvoreniparlament.rs/uploads/akta/Predlog%20zakona%20o%20izmenama%20i%20dopunama%20Zakona%20o%20postupku%20registracije%20u%20Agenciji%20za%20privredne%20registre.pdf*, 1. 4. 2023, 10.

Најзад, иако је Агенција за привредне регистре већ раније била најавила да ће током 2022. године увести електронску регистрацију оснивања за све форме привредних друштава, то до сада није и даље у овом тренутку могуће осим за регистрацију предузетника и друштава са ограниченом одговорношћу (једночланог или са више чланова). Осим тога, било је најављено и да ће током 2022. године бити уведена електронска регистрација других података или докумената осим оснивања привредних друштава, што такође и даље није случај.[51] Нажалост, ове услуге могле су да буду значајне у ефикаснијем пословању већ основаних друштава, те је штета што приоритет није био у ранијем подстицању ових могућности.

IV Искључиво подношење електронске регистрационе пријаве оснивања привредног друштва

Крајем 2021. године Србија је још једном унела значајне измене у систем оснивања и регистрације привредних друштава. Најзначајније измене у том погледу су овог пута учињене у Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, будући да уводе додатна правила у погледу електронске регистрације.

Наиме, новим изменама и допунама није промењено опште правило према коме се регистрациона пријава подноси Агенцији за привредне регистре, било непосредно у папирној или у електронској форми или путем поште. Међутим, поред овог општег правила које се односи на регистрацију свих података и докумената, новим изменама и допунама је уведено посебно правило према коме се „пријава за оснивање привредног друштва подноси Агенцији само у електронској форми“.[52] Примена ове одредбе била је одложена на 18 месеци од ступања на снагу Закона о изменама и допунама, и званично је најављено да ће се пријаве за оснивање привредних друштава вршити искључиво електронским путем почев од 17. маја 2023. године.[53]

Друге важне измене које су посебно важне за електронску регистрацију оснивања учињене су и у погледу овере дигитализованог акта. Наиме, у поступку електронске регистрације предвиђено је да се

51 Вид. Инфографику: Расте број ДОО и предузетника основаних путем сервиса eРегистрација, 14. 10. 2021, доступно на адреси: *https://www.apr.gov.rs/%D0%B8%D0%BD%D1%84%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D0%B8%D0%BA%D0%B5.4318.html?infoId=96*, 1. 4. 2023.

52 Закон о поступку регистрације у АПР, чл. 9 ст. 2.

53 Вид. вести Агенције за привредне регистре од 3. априла 2023, доступно на адреси: *https://apr.gov.rs/%D0%B2%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B8.4.html*, 6. 4. 2023.

уз електронску пријаву достављају акти и документи у електронској или дигитализованој форми. Већ је било речи о томе да је за сачињавање документа или акта у електронској форми нужно коришћење квалификованог електронског сертификата ради креирања квалификованог електронског потписа. Са друге стране, дигитализација документа или акта подразумева конверзију документа који није издат у електронском облику у електронски облик.[54] Надлежност за дигитализацију имају поред имаоца квалификованог електронског сертификата и лица овлашћена за оверу потписа, рукописа и преписа, односно лица која су посебним законом овлашћена за оверу дигитализованог акта.[55] Осим могућности да дигитализацију врше јавни бележници, новим изменама је изричито предвиђено да ће за дигитализацију аката, односно докумената и њихово потврђивање истоветности оригиналу – у случају када се уз регистрациону пријаву доставља акт или документ сачињен изворно у папирној форми – бити надлежни и „адвокати уписани у именик адвоката Адвокатске коморе Србије, ако адвокат својим електронским потписом, односно квалификованим електронским печатом истовремено потписује и пријаву уз коју се тај акт, односно документ доставља.“[56] Дакле, овом изменом, чија је примена такође одложена до средине маја 2023. године, је омогућено да се у случају оснивања друштва у коме оснивачи користе стручну помоћ адвоката овај поступак може обавити и без додатне дигитализације докумената за коју би иначе били надлежни јавни бележници. Овде вреди истаћи да је тиме дошло до посредног ширења контроле поступка оснивања привредних друштава. Наиме, уколико се оснивачи обрате адвокатима ради оснивања привредних друштава и дигитализације докумената, посредно се тиме врши контрола оснивања, и то не само у провери идентитета оснивача и овлашћењу њихових заступника, већ и у погледу материјалних услова за оснивање друштва (нарочито садржини оснивачког акта). Свакако, то ће имати своју цену и утицаће на дужину трајања поступка оснивања, али се овој околности не може одрећи њена позитивна страна.

1. Разлози преласка на искључиву електронску регистрацију оснивања привредних друштава

Пре него што размотримо који су разлози довели до преласка на искључиву електронску регистрацију оснивања привредних друштава, вреди изнети неколико претходних напомена. Пре свега, вреди имати

54 Вид. фн. 31.

55 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, чл. 11.

56 Закон поступку регистрације у АПР, чл. 11а.

у виду да је већина европских земаља тек отпочела са поступком електронске регистрације, и то врло обазриво. Као што је већ речено, то је последица недавно успешне хармонизације на нивоу ЕУ којом су земље чланице ЕУ у обавези да омогуће електронску регистрацију оснивања, тако да подносилац пријаве није у обавези да физички буде присутан пред било којим надлежним телом, органом или лицем. Притом, ову обавезу земље чланице имају најмање за поједине форме привредних друштава (које су у највећој мери упоредиве са формом друштва са ограниченом одговорношћу), при чему имају могућност да поступак прошире и на друге форме друштава.[57] Такође имају и слободу да одлуче да ли ће поступак у целини или делом бити искључиво организован електронским путем, или ће бити алтернативно могућ и класичан начин оснивања друштва и подношења регистрационе пријаве. Из досадашњих искустава земаља чланица ЕУ увођење електронске регистрације је врло „стидљиво“ и одмерено.

Увођење електронске регистрације оснивања у Србији је до сада било релативно брзо и једноставно. Нарочито је до сада било снажно мотивисано потребом напретка на *Doing Business* листи Светске банке. Штавише, у том циљу је Влада Републике Србије усвојила Програм за унапређење позиције Републике Србије на ранг-листи Светске банке о условима пословања – *Doing Business* за период 2020–2023. године.[58] Управо је и Образложење уз Предлог закона о изменама и допунама Закона о регистрацији које се односи на увођење искључиве електронске регистрације истакло „ефикасност“, као и побољшање позиције Републике Србије на *Doing Business* листи као разлоге измене постојећег режима.[59] Наиме, иако Агенција за привредне регистре тврди да се привредна друштва оснивају у року од 24 сата (укључујући ту и све услове за оснивање друштва), у *Doing Business* извештају Светске банке се наводило да се овај поступак обавља у року од два дана. Стога се сматрало да „једини начин да се време за извршавање ове процедуре скрати на један дан јесте да се поступак обавља (искључиво – напомена аутора) електронски.“[60]

На овом месту вреди истаћи да је укупна позиција на ранг листи Републике Србије из последњег извештаја о лакоћи пословања 2020. године сврстана у категорију „врло лако“, заузимајући укупно

57 Директива о појединим питањима компанијског права, чл. 13г ст. 1.

58 Према подацима из овог Програма, Србија је у погледу отпочињања пословања била на 73. месту, иако је удаљеност од најбоље замишљеног модела била релативно мала, и представљена је разликом од 10,70 поена.

59 Видети Образложење Закона о поступку регистрације у АПР, 4, 8–9.

60 *Ibid.*, 9.

44. место.[61] Иако је на ранг листи која се односи на сегмент „Отпочињање пословања“ у 2020. години Србија пала на 73. место (са 33. у 2019. години), у јединoм коментару за услове за отпочињање пословања који коментаришу овај пад истакнуто је да је „Србија отежала отпочињање пословања *захтевом да пословни субјекти добију електронски сертификат* (нагласио аутор) и региструју стварне власнике након оснивања“.[62]

Дакле, усвајање нових решења, којима ће у будућности подношење регистрационе пријаве бити могуће искључиво у електронској форми пре свега је засновано на разлозима ефикасности.[63] Пре свега се мисли на убрзање постојећег поступка, односно скраћење времена у коме се одвија регистрација друштва. Ипак, чини се да се при разумевању појма „ефикасност“ искључиво мислило на поступак који се одвија у Агенцији за привредне субјекте, и из перспективе поступања органа управе.

Такође је у образложењу Предлога закона као аргумент за увођење искључиве електронске регистрације истакнута чињеница да, према статистичким показатељима, „електронска регистрација није заживела у потпуности“.[64] Осим тога су истакнути и претпостављени разлози за то, те се истичу „неповерење грађана у електронске услуге генерално“, „слаб или ограничен приступ интернету“, „слабије знање у руковање и најпростијим апликацијама“ како би снимили .doc документ у .pdf формат; чињеницу да „поседовање електронског потписа ... још увек није правило него изузетак“, чињеницу да оснивачи често ангажују књиговође ради оснивања привредних друштава јер су њихове накнаде мање од накнада адвоката, итд.[65] Најзад, у образложењу се закључује да је „(ј)едино изменама и допунама Закона било могуће предвидети одредбе којима би се допринело побољшању ранга Републике Србије на листи Светске банке о условима пословања *Doing Business*. Сходно томе, доношење закона ради реализације напред изнетих циљева, јесте једини начин за решавање *проблема* (!!! – истакао аутор).“[66] Образложење предлога истиче и да ће предложена решења имати позитиван утицај

61 Вид. *Doing Business 2020*, доступно на адреси: *https://documents1.worldbank.org/curated/en/688761571934946384/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies.pdf*, 1. 4. 2023, 4.

62 Вид. Извештај *Doing Business 2020*, 119.

63 Искључиво усмерење на регулаторне циљеве, попут ефикасности, нарочито је последњих година заступљено у овој области код нас. Ипак, искључиво окретање ка ефикасности може да има и негативних последица. Више о овим регулаторним циљевима, садашњим трендовима и могућим исходима вид. Т. Јевремовић Петровић (2019), 33–39.

64 Образложење Закона о поступку регистрације у АПР, 10.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, 12.

на лица која оснивају друштво и спровођење поступка, јер се смањују трошкови и време за оснивање друштва. Тиме је, очигледно циљ законодавца и даље остала ефикасност у организацији и раду органа управе. Ипак, неки од изнетих аргумената чине се забрињавајућим, ако не и противречним.

2. Могуће дилеме и недоумице у преласку на искључиву електронску регистрацију оснивања привредних друштава

Иако се на први поглед чини да је увођење искључиве електронске регистрације оснивања привредних друштава добар корак у даљем подстицању оснивања привредних друштава и њиховом ефикаснијем пословању, могуће је да ће ова значајна измена имати и других последица. Пре свега, основни циљ којим се законодавац водио приликом усвајања наведених измена – да ће се побољшати ранг Републике Србије на листи Светске банке о условима пословања *Doing Business* више, нажалост, није могућ. Наиме, Светска банка је сачинила последњи годишњи извештај о условима пословања 2020. године, будући да су након тога они привремено обустављени, а затим и званично прекинути септембра 2021. године.[67] На тај начин није могуће даље праћење напретка Србије, односно правац у ком иду законодавне реформе усмерене на олакшање отпочињања пословања. Осим ове околности, могуће је да искључива електронска регистрација оснивања доведе и до неких техничких, па чак и правних последица, које вреди имати у виду.

а) Тешкоће у електронској регистрацији оснивања различитих форми привредних друштава

Оснивање и регистрација привредних друштава подразумевају испуњење одређених услова који су предвиђени за све форме привредних друштава, као и испуњење посебних услова који се предвиђају за сваку од њих. Док је поступак регистрације у највећој мери исти за све форме привредних друштава, значајне разлике постоје у погледу материјалних услова.[68] Неки од њих могу нарочито да дођу до изражаја приликом оснивања тих форми друштава електронским путем.

67 О разлозима вид. *https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report*, 1. 4. 2023.

68 О општим условима за оснивање привредних друштва вид. чл. 3–16 ЗОПД, као и одредбе чл. 264–268 (за акционарска друштва), чл. 141 (за друштво са ограниченом одговорношћу), чл. 94 (за ортачко друштво) и чл. 127 (за командитно друштво).

До сада је могућност електронске регистрације била технички могућа само за оснивање друштава са ограниченом одговорношћу. Другим речима, до сада код нас нема искустава са оснивањем других форми привредних друштава. Отуд, могуће је да ће поједини проблеми који су специфични за оснивање других форми друштава доћи до изражаја приликом њиховог обавезног електронског оснивања. То се односи на, примера ради, обавезну уплату минималног оснивачког капитала, која постоји у случају оснивања акционарских друштава пре његове регистрације, или испуњење других услова за обављање посебних делатности. Такође, до сада у нашој стручној јавности није било много речи о тешкоћама које се односе на уношење улога који нису у новцу, иако је ова тема врло актуелна у упоредном праву.[69] То нарочито важи за испуњење одређених услова или формалности који могу да отежају – продуже, па чак и да онемогуће електронску регистрацију, зависно од природе улога у натури.[70] Стога је било добро раније размишљати да ли је нужно да се искључива електронска регистрација оснивања предвиди за све форме привредних друштава, или је макар за неке од њих било могуће да и даље постоји алтернативно подношење регистрационе пријаве оснивања. Ово тим пре јер су ниски трошкови оснивања и брзина поступка који је лак и једноставан нарочито од значаја у случају оснивања мањих друштава, чешће са једним чланом, када нема потребе за ангажовањем стручне помоћи.

б) Аргумент ефикасности

Као што је већ наглашено, један од основних аргумената који прати увођење електронске регистрације представља ефикасност: овај поступак је брз, јефтинији од редовних поступака које прати „папирна документација“ и лично присуство и лако доступан пословним корисницима. Тако је и осмишљен да подстакне предузетништво и олакша заинтересованим лицима да отпочну пословање брзо, лако

69 Не само да се о њој много говори (вид. нпр. R. Knaier, 563), већ је Директива (ЕУ) 2017/1132 у чл. 13г ст. 4 тач. д) омогућила да земље чланице ЕУ искључе електронско оснивање друштва у случају неновчаних улога.

70 Такође могу да имају последице и на форму оснивачког акта. Примера ради, уколико је предмет неновчаног улога непокретност, за пренос права својине и других права у вези са непокретностима српско право предвиђа да оснивачки акт мора бити закључен у складу са посебним прописима који уређују промет непокретности. У том случају је искључена могућност сачињавања оснивачког акта у електронској форми, а није могуће да се у том случају потпис замени квалификованим електронским потписом чланова. Вид. чл. 11 ст. 2 ЗОПД. То је, додуше, један од ретких случајева када јавни бележник остаје важан део контроле поступка оснивања привредних друштава.

и једноставно. Нарочито је погодан и за удаљени приступ услугама регистрације, а у Европској унији је тиме нарочито омогућена прекогранична покретљивост и олакшано оснивање друштава у другим земљама чланицама ЕУ. Дакле, ефикасност поступка електронске регистрације нужно је посматрати из угла корисника ових услуга – тако да је поступак ефикаснији ако је њима он приступачнији, јефтинији, једноставнији, бржи итд. Нажалост, већ смо указали на чињеницу да се српски законодавац приликом преласка на искључиву електронску регистрацију у највећој мери водио интересом организације управе и ефикасношћу њиховог рада, сматрајући да ће тиме остварити ефикасност и за кориснике ове услуге. Ипак, сматрамо да алтернативна могућност електронске регистрације уз класичне начине подношења регистрационе пријаве према тренутним околностима у нашем привредном животу представља далеко најефикаснији систем регистрације оснивања привредних друштава. Другим речима, прелазак на искључиву електронску регистрацију могао би да буде мање ефикасан за кориснике ове услуге.

Пре свега, у прилог овом закључку иду до сада прикупљени и објављени статистички подаци. Они показују да је електронска регистрација оснивања привредних друштава била атрактивна процедура, омогућујући оснивање друштава ефикасно и лако. Ипак, према свим досадашњим подацима јасно је да се усталио број оснивања путем ове процедуре на нешто више од свега 8% укупног броја оснивања друштава са ограниченом одговорношћу и регистрованих предузетника. Другим речима, коришћење ове услуге је остало изузетак и далеко од најпожељнијег начина за отпочињање пословања. То и даље остаје непосредно подношење аката и докумената лично. Разлог за то лежи у свим оним разлозима које је и сам законодавац истакао: неповерење и слаба информисаност корисника, лоши технички предуслови, опремљеност и знање, изостанак шире распрострањености електронских сертификата и слично.[71] Неспорно је да су модерне технологије постале део наше стварности, али и даље не постоје исте могућности у погледу техничке опремљености, приступа услугама итд. за све учеснике на тржишту у Србији, посебно у оним руралним или мање развијеним срединама.

Такође, иако електронско оснивање подразумева да се цео поступак обави у једном кораку, и даље је потребно припремити документацију и претходно испунити друге услове да би се успешно обавила електронска регистрација. Не само да се од подносиоца регистрационе пријаве захтева да поседује квалификовани електронски потпис, већ мора имати и друге документе у електронској форми, од којих састављање неких од њих и даље захтева дигитализацију – конвертовање из папирне у

71 Образложење Закона о поступку регистрације у АПР, 11.

електронску форму. Уместо поједностављења поступка оснивања, како би подносиоци регистрационе пријаве могли да оснују привредно друштво без стручне помоћи (укључујући и трошкове који иду уз ангажовање стручне помоћи), систем искључиве електронске регистрације оснивања ће готово извесно приморати кориснике да ту стручну помоћ морају да потраже и за то плате адекватну накнаду чешће него што су то чинили до сада. Управо је то супротност идеји електронске регистрације, а нарочито аргументу ефикасности, јер оваква регистрација треба да пружи могућност корисницима услуге да то учине сами, без стручне помоћи. Стручна помоћ такође је извесно потребна и оним корисницима који имају техничке препреке или немају довољно знања да сами обаве поступак електронске регистрације, за шта ће сада бити природно упућени на правну помоћ.

Није се, са друге стране, размишљало о унапређењу система оснивања тако да се нуде атрактивнији (бесплатно доступни) модели оснивачких аката, које би оснивачи могли да прилагоде својим потребама.[72] Поготово је код једночланих и једноставнијих типичних оснивања велика предност коришћења модела оснивачких аката, када стручна помоћ нарочито није неопходна. Нажалост, модели оснивачких аката који су тренутно доступни (укључујући и бесплатне моделе оснивачких аката који се нуде на интернет страници АПР-а) остали су врло сиромашни и махом неприлагођени типичним врстама друштава са ограниченом одговорношћу (једночлано друштво, породично друштво, друштво са неколико оснивача, зависна друштва итд.). Такође, до сада није било иницијатива за развој аутоматског система креирања садржаја оснивачког акта путем вештачке интелигенције, о чему се већ увелико говори у упоредном праву.[73]

Коначно, ако је једини аргумент за увођење искључивог електронског оснивања привредних друштава било скраћење времена оснивања са два на један дан (што је заиста сувише мала добит, нарочито имајући у виду да се у пракси поступак најчешће одвија у року од 24 сата), ово време се неће битно променити. Управо супротно, корисници ће имати обавезу да проведу више времена и сносе веће трошкове у припреми документације, нарочито добијању електронског сертификата или дигитализацији докумената. Такође је и даље један од обавезних корака у оснивању друштва отварање рачуна у банци код кога је нужно лично присуство. Дакле, потпуно и искључиво електронско подношење

72 Детаљно о улози модела оснивачких аката приликом електронског оснивања вид. Т. Јевремовић Петровић (2019), 136–140.

73 Marcus Hartung, „Legal Tech: Ersetzt nur, wofür man sowieso keine Anwälte braucht“, *Legal Tribune Online*, 20. 11. 2015, доступно на адреси: *https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/legal-tech-anwalt-automatisierung-algorithmus-recht/*, 1. 4. 2023.

регистрационе пријаве могло би да доведе до мање ефикасног система оснивања привредних друштава. Треба имати у виду да се само 8,10% корисника последњих година определило за ову услугу, што значи да ће остали корисници (њих око 92%) променити уобичајени начин комуникације са регистром, без могућности другог избора. Из тога произлази да би најдрастичнија негативна последица могла да представља мање оснивања привредних друштава, будући да је искључиви систем електронске регистрације оснивања овај поступак поскупео и учинио мање доступним широком броју корисника.

в) Контрола поступка

Иако електронска регистрација оснивања до сада није указала на неке веће тешкоће, требало би ипак бити обазрив са овим поступком. Не само да и даље постоје ограничења о којима је већ било речи – те је, на пример, страним правним лицима или физичким лицима која нису стално настањена онемогућено непосредно коришћење подношења регистрационе пријаве оснивања, већ се ограничења могу такође јавити и приликом оснивања других форми привредних друштава, уношења улога и испуњења формалности или других услова ради оснивања друштва. Стога треба бити спреман на нове тешкоће у искључивој регистрацији оснивања.

Коначно, још од првих иницијатива за увођење електронске регистрације у упоредном праву се много расправљало о потенцијалним опасностима овог поступка. Реч је о могућностима разних врста злоупотребе електронског идентитета, питању сигурности и доступности сервиса преко којих се одвија електронска регистрација, интегритету и чувању података који се на овај начин достављају и слично.[74] У упоредном праву нису непознати негативни ефекти електронске регистрације оснивања, и редовно се наводи пример Естоније. Наиме, након успешног увођења овог поступка који је значајно унапредио регистрацију оснивања врло брзо су примећена оснивања друштава чији су заступници били дисквалификовани у другим, суседним земљама, или су биле изречене друге санкције ради забране оснивања друштава.[75] У тим ситуацијама је било врло једноставно изигравање изречених мера забране обављања делатности или вршења дужности у привредним

74 Johannes Halder, „Online-Gründung und Online-Einreichung von Unterlagen nach dem Company Law Package sowie deren Umsetzung in deutsches Recht“, *NJOZ*, Nr. 49/2020, 1507; Jan Lieder, „Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts“, *NZG*, Nr. 3/2020, 81; Gerald Spindler, „Gesellschaftsrecht und Digitalisierung“, *ZGR*, Nr. 1/2018, 20.

75 Jens Bormann, „Die digitalisierte GmbH“, *ZGR*, Nr. 5/2017, 645.

друштвима коришћењем једноставног електронског оснивања у другој земљи. То је разлог да се у Европској унији не само већ дуго води разговор о потенцијалним опасностима и негативним последицама овог поступка, већ се предузимају конкретне мере, попут могућности да се, у конкретном случају, и ради заштите јавног интереса захтева физичко присуство подносиоца пријаве током поступка регистрације пред неким од надлежних органа, тела или лица; увођењем аудио или видео комуникације у стварном времену са подносиоцем пријаве ради потврде његовог идентитета и слично.[76]

Појачан опрез при електронској регистрацији је најмање што треба предузети у вези са електронском регистрацијом. Република Србија не сме да дозволи да се умањи поверење у регистроване податке, нити у форме друштва које се најчешће код нас користе у привредном животу. Такође, било би пожељно да постоје изузеци када је дозвољено алтернативно подношење регистрационе пријаве. Најзад, размена искустава и потенцијалних ризика и даље испитивање потенцијалних ризика у електронској регистрацији морају да буде важни ради заштите система који у великој мери код нас почива на сигурној електронској идентификацији и безбедном функционисању електронских сервиса.[77]

V Закључак

Средином маја 2023. године Република Србија прелази на подношење регистрационе пријаве оснивања привредних друштава искључиво у електронској форми. Овај одважан корак предузет је ради повећања ефикасности у пословању. Ипак, досадашња искуства са коришћењем ове услуге Агенције за привредне регистре показала су да многи корисници још увек за то нису спремни. Уочено је да за сада недостаје поверење у електронске процедуре, али и да за то не постоји довољно техничких могућности, да су корисници слабо припремљени или им знање у коришћењу информационих технологија није на високом нивоу. Прелазак на искључиво електронско оснивање привредних друштава ће готово извесно представљати важну промену за домаће учеснике у привредном животу. Нажалост, могуће је и да ће водити ка

76 Чл. 13б ст. 4 и чл. 13г ст. 8 Директиве (ЕУ) 2017/1132. Вид. и рецитал 21 Директиве (ЕУ) 2019/1151.

77 Сасвим случајно су се, готово једна за другом, на сајту АПР-а појавиле вести о најављеном прелазу на искључиво подношење регистрационих пријава у електронској форми (3. април 2023) и вести којом се јавност обавештава да су интернет страница и веб сервер Агенције за привредне регистре били мета дистрибуираних сајбер напада (27. и 28. март 2023), доступно на адреси: *https://apr.gov.rs/%D0%B2%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B8.4.html*, 7. 4. 2023.

чешћем ангажовању стручне помоћи, те дужем и скупљем поступку оснивања. Притом, још увек нису довољно познате све потенцијалне опасности које би могле да прате овај начин регистрације, те је нужно да се у том правцу уложи додатна пажња и онемогуће злоупотребе које би у крајњој линије водиле ка смањењу поверења у јавне регистре или постојеће форме привредних друштава.

Коришћена литература

Bock Lenard, „Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht – Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission", *DNotZ*, Nr. 9/2018.

Bormann Jens, „Die digitalisierte GmbH", *ZGR*, Nr. 5/2017.

Вујисић Драган, „Дигитализација компанијског права", *Право и привреда*, бр. 4–6/2019. (Vujisić Dragan, „Digitalizacija kompanijskog prava", *Pravo i privreda*, br. 4–6/2019)

Јевремовић Петровић Татјана, *Модели оснивачких аката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019. (Jevremović Petrović Tatjana, *Modeli osnivačkih akata*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019)

Јевремовић Петровић Татјана, „Оснивање привредних друштава електронским путем у праву ЕУ", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (T. Jevremović Petrović [2021a]) (Jevremović Petrović Tatjana, „Osnivanje privrednih društava elektronskim putem u pravu EU", *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2021)* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021) (T. Jevremović Petrović [2021a])

Јевремовић Петровић Татјана, „Електронска регистрација оснивања привредних друштава у Републици Србији", *Право и привреда*, бр. 3/2021. (T. Јевремовић Петровић [2021b]) (Jevremović Petrović Tatjana, „Elektronska registracija osnivanja privrednih društava u Republici Srbiji", *Pravo i privreda*, br. 3/2021) (T. Jevremović Petrović [2021b])

Klumpen Fabian, *Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenze*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

Knaier Ralf, „Digital first, Bedenken second? Ein kritischer Blick auf den Kommissionsvorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht", *GmbHR*, Nr. 11/2018.

Lieder Jan, „Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts: Online-Gründung, Online-Einreichung, Online-Zweigniederlassung“, *NZG*, Nr. 28/2018.

Lieder Jan, „Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts“, *NZG*, Nr. 3/2020.

Spindler Gerald, „Gesellschaftsrecht und Digitalisierung“, *ZGR*, Nr. 1/2018.

Schmidt Jessica, „DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts– und Registerrecht“, *ZIP*, Nr. 3/2021.

Teichmann Christoph, „Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften“, *GmbHR*, Nr. 1/2018.

Halder Johannes, „Online-Gründung und Online-Einreichung von Unterlagen nach dem Company Law Package sowie deren Umsetzung in deutsches Recht“, *NJOZ*, Nr. 49/2020.

Hartung Marcus, „Legal Tech: Ersetzt nur, wofür man sowieso keine Anwälte braucht“, *Legal Tribune Online*, 20. 11. 2015, доступно на адреси: *https://www.lto.de/recht/job-karriere/j/legal-tech-anwalt-automatisierung-algorithmus-recht/*, 1. 4. 2023.

Weber Charlotte, *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package*, Nomos, Baden-Baden, 2021.

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

EXCLUSIVE ON-LINE REGISTRATION OF COMPANIES

Summary

In this paper, the author presents a new regime of exclusive electronic registration of formation of companies. In this way, the incorporation procedure will be possible without the obligation of the applicant of the registration application to be present before the authority responsible for the registration of the establishment of companies. Since the process of establishment is enabled in a way that takes place almost entirely electronically, future founders will have the possibility of very efficient, fast, and easy establishment of companies. However, the introduction of a mandatory, instead of the previous optional electronic submission of a registration application might open some issues that have not been discussed much in the domestic professional and scientific circles so far.

Key words: *Electronic Registration. – Establishment of Companies. – Qualified Electronic Signature. – Business Registers Agency.*

Датум пријема рада: 1. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 30. 4. 2023.

УДК: 004.78:347.23(497.11)
CERIF: S 111, S 144
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23207A

др *Вук* ЦУЦИЋ*
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

НАДЗОР У ОБЛАСТИ ДИГИТАЛНЕ ИМОВИНЕ**

Сажетак

Рад анализира уређење надзора у области дигиталне имовине, који спроводе Народна банка Србије и Комисија за хартије од вредности. Упркос тежњи ка свеобухватности надзора, делује да је законодавац изабрао неколико законских решења, која стварају сувишну конфузију, остављају недоречености, а на неким местима и претерано сужавају заштиту права и легитимних интереса субјеката надзора. Конкретно је реч о одредби о сходној примени норми које уређују надлежност надзорних органа у случају појаве „мешовите“ дигиталне имовине. Законодавац је ту оставио сијасет питања без одговора – могућност сходне примене норми о надлежности, решавање сукоба и стицаја надлежности, као и стварање могућности за сукоб закона. Упитна је и одредба којом је остављено на дискрециону оцену надзорном органу да одреди мере и износ новчаних казни које се изричу у поступку надзора. То за последицу има конфузију у погледу услова за изрицање мера, с једне, и

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

** Рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“.

битно сужавање могућности за заштиту права субјеката надзора, с друге стране.

Кључне речи: *Дигитална имовина. – Управни надзор. – Инспекцијски надзор.*

I Увод

Опште место представља навод да је надзор активност која скуп правних норми преображава од „списка лепих жеља“ законодавца у истинска права и обавезе. Тешко је проценити значај, као и тежину и сложеност правног надзора.

Та и таква, нужна, тешка и сложена правна активност, у области дигиталне имовине носи додатно бреме проистекло из природе саме делатности која се надзире и правне природе и положаја њених носилаца. Чињеница да дигитално окружење у овој области трансформише суштину одређених правних института које преузима из вандигиталног окружења, као и чињеница да надзор паралелно (а можда и заједно) спроводе два независна државна органа, додатно усложњавају ову врсту правне контроле.

Покушаћемо да се с описаним изазовом ухватимо у коштац, у намери да опишемо, анализирамо и критички сагледамо одредбе о надзору садржане у Закону о дигиталној имовини.[1] Иако сматрамо да је посао законописца, у најмању руку, изазован, и да, парафразирајући Кундеру, постоји „неподношљива лакоћа критиковања“, биће изнете и дилеме у погледу одређених норми, као и бојазан да неке од њих могу у примени да створе потешкоће. Њихово стављање под лупу би, пак, кроз одговарајуће тумачење и координацију надзорних органа, могло да допринесе избегавању и превазилажењу потенцијалних проблема.

II Нормативни оквир

ЗДИ представља главни, али не и једини нормативни акт који уређује надзор у области дигиталне имовине. У поступку надзора примењују се и други закони.

Закон о инспекцијском надзору[2] одређује да је инспекцијски надзор посао државне управе чија садржина и појам су утврђени законом

1 Закон о дигиталној имовини – ЗДИ, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020.

2 Закон о инспекцијском надзору – ЗИН, *Службени гласник РС*, бр. 36/2015, 44/2018 – др. закон и 95/2018.

којим се уређује рад државне управе, кога врше органи државне управе, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе, с циљем да се превентивним деловањем или налагањем мера обезбеди законитост и безбедност пословања и поступања надзираних субјеката и спрече или отклоне штетне последице по законом и другим прописом заштићена добра, права и интересе.[3] Закон о државној управи[4] прописује да инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.[5] ЗИН додаје да се инспекцијском надзору уподобљавају други облици надзора и контроле чијим вршењем се испитује примена закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање надзираног субјекта, које врше раније наведени органи, као и други субјекти са јавним овлашћењима, у складу са посебним законом.[6] ЗИН прописује и да се *сходно примењује* у поступку инспекцијског надзора који у пословима из своје изворне надлежности врше органи аутономних покрајина и органи јединица локалне самоуправе, као и када органи државне управе, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе и *други субјекти са јавним овлашћењима* врше *друге облике надзора* и контроле у смислу претходно наведене одредбе.[7]

У поменуте „друге субјекте са јавним овлашћењима“ спадају и субјекти који врше надзор у области дигиталне имовине – Народна банке Србије (НБС) и Комисија за хартије од вредности (Комисија). Наиме, реч је о два независна органа јавне власти.[8] Будући да је Закон о државној управи одредио инспекцијски надзор као један од послова органа државне управе (а то су министарства, органи у саставу министарстава и посебне организације),[9] а да НБС и Комисија, као независни

3 ЗИН, чл. 2 ст. 1.

4 Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018 – др. закон.

5 Закон о државној управи, чл. 18 ст. 1.

6 ЗИН, чл. 2 ст. 2.

7 ЗИН, чл. 4 ст. 8.

8 Иако у језичком смислу представљају синониме, независни и самостални органи јавне власти нису истоврсни у правном смислу. Самостални су они органи државне управе, попут министарстава, који за свој рад непосредно одговарају Влади. Независни су, пак, органи који за свој рад не одговарају Влади. Између осталих, то су и НБС и Комисија. Овим субјектима је независност законом и дата ради спречавања утицаја Владе на уобличавање и спровођење јавних политика у области за које су надлежни. Више о томе вид. Марко Давинић, *Независна контролна тела у Републици Србији*, Београд, 2018.

9 Закон о државној управи, чл. 1 ст. 2.

органи јавне власти не спадају у органе државне управе, то се на надзор који они врше, а који има све садржинске карактеристике инспекцијског надзора (контрола чији је циљ обезбеђивање законитости и безбедности пословања и поступања надзираних субјеката)[10] ЗИН не примењује непосредно, већ сходно.[11]

Закони, поред непосредне примене, у којем случају се примењују у целини и без ограничења, могу да се у одређеним областима примењују и супсидијарно и сходно. Супсидијарна примена подразумева примену само на она питања која нису уређена неким посебним законом, који конкретније уређује предметну област.[12] Сходна примена је другачија. Она подразумева примену закона само на она питања која нису већ уређена посебним законом, и то под условом да конкретна норма одговара природи дате области.[13] Другим речима, *сходна примена ЗИН* на надзор у области дигиталне имовине омогућава да се примене само оне одредбе ЗИН које регулишу питања која није уредио ЗДИ, као посебни закон у датој области, и то под условом да одговарају природи предмета надзора, то јест, дигиталној имовини.

Поред ЗДИ и ЗИН, на надзор у области дигиталне имовине примењује се и *Закон о општем управном поступку*.[14] Примену ЗУП на инспекцијски надзор, па самим тим, посредно и сходно, на надзор у области дигиталне имовине, прописује ЗИН, који предвиђа да у поступку вршења инспекцијског надзора, између осталог, инспектор, односно други овлашћени службеник поступа сагласно начелима и правилима поступка којима је уређен општи управни поступак, то јест сагласно начелима и правилима ЗУП.[15]

Проистиче из изнетог да *процесни тријумвират надзора у области дигиталне имовине чине ЗДИ, ЗИН* и *ЗУП*, од којих се потоња два примењују сходно, то јест на питања која ЗДИ није уредио, и под условом да то одговара природи дате области. Ово је уједно и један од два изазова препозната у уводу овог поглавља. Троструки процесни ослонац у области дигиталне имовине представља и благослов, јер смањује шансе за настанак и опстанак правних празнина, то јест, питања која

10 Вид. Милан Стефановић, Добросав Миловановић, Јована Стефановић, Иван Драгошан, *Водич за примену Закона о инспекцијском надзору*, Београд, 2015, 3.

11 *Ibid.*, 8.

12 Никола Стјепановић, *Управно право у СФРЈ*, Београд, 1978, 572.

13 Милош Прица, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 91/2021, 100.

14 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 8/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

15 ЗИН, чл. 4 ст. 2.

не би била прописима уређена, али и оптерећење које са собом повлачи примена више прописа неједнаких домашаја (неки се примењују непосредно, а неки сходно) у датој области.

III Надзорни орган

Одредбе о надзору у области дигиталне имовине налазе се у глави VII ЗДИ (чл. 123–139), али је једна од кључних норми која уређује надзор у области дигиталне имовине садржана у чл. 10 ЗДИ, који врши *поделу надлежности између НБС* и *Комисије* у области дигиталне имовине.

Поменута норма одређује надлежности наведених органа како у погледу спровођења надзора, тако и погледу других правних активности које предузимају у области дигиталне имовине – одлучивања у управним поступцима, доношења подзаконских аката, припреме и давања мишљења о примени ЗДИ и прописа донетих на основу њега. Мерило разграничења свих наведених послова је врста дигиталне имовине. За активности која се односе на *виртуелне валуте надлежна је НБС*, а за активности које се тичу *дигиталних токена и дигиталне имовине која има одлике финансијских инструмената надлежна је Комисија*.

Упркос одредби која прописује дужност НБС и Комисије да сарађују у вршењу својих надлежности из ЗДИ,[16] законодавац отвара простор за правну несигурност одредбом садржаном у чл. 10 ст. 3 тог закона. У њој стоји да у вези са дигиталном имовином која има карактеристике и виртуелне валуте и дигиталног токена (назвали бисмо је *мешовитом дигиталном имовином*), на одлучивање у управним поступцима, доношење подзаконских аката, надзор над обављањем послова и остваривање других права и обавеза надзорног органа, *сходно се примењују прва два става тог члана*, а које, како је изнето, прописују надлежност НБС за једну и Комисије за другу врсту дигиталне имовине.

Наведена одредба има велики потенцијал да створи *правну несигурност*. За то је законописац само делимично одговоран. Законописац се приликом уобличавања ове норме сусрео са првим од два изазова поменута у уводу овог поглавља – *правном трансформацијом у дигиталном окружењу*. Законописац не сноси одговорност за ову потешкоћу. Наиме, већина правних института не мењају своју правну природу у дигиталном окружењу. Најчешће њихово увођење и уређивање у дигиталном окружењу само отвара додатни канал комуникације или је учињено ради уштеде времена и средстава. Пример за то је електронска управа. Суштина правне делатности управе, чији најважнији део

16 ЗДИ, чл. 10 ст. 4.

чини одлучивање о правима и обавезама у појединачним неспорним ситуацијама, није измењена у дигиталном свету. Инструменти е-управе најчешће служе унапређењу економичности поступка, то јест уштеди времена и новца, као и стварању додатног начина за комуникацију органа и странака. То није случај са дигиталном имовином. Најважнија промена правне природе је она која се дешава у погледу виртуелних валута. Ван дигиталног окружења, ниједна ствар или појава не може да се поистовети с новцем. Постоје ствари које могу да врше једну или више функција новца. На пример, злато може да врши све функције новца – да буде коришћено као средство плаћања, да служи за очување вредности и да служи као обрачунско средство. Ипак, оно није новац зато што није као такво одређено од стране државе.[17] У дигиталном окружењу, где новац не издаје централна емисиона банка (или друга слична институција), може да дође до преклапања виртуелних валута и других облика дигиталне имовине (дигиталних токена, дигиталне имовине са елементима финансијских инструмената).

Читајући одредбу чл. 10 ст. 3 ЗДИ, могло би се тврдити да је законодавац био далековид, те да је покушао да уреди ситуацију у којој ће одређена дигитална имовина бити истовремено и виртуелна валута и други облик дигиталне имовине. Ипак, питање је да ли је то заиста тако. Иако за постојање такве могућности није у потпуности одговоран законодавац, поставља се питање да ли *законске дефиниције различитих облика дигиталне имовине* доприносе, или чак узрокују, тако нешто. Можда је законодавац могао да одреди те дефиниције на начин да остатка нема, те да нешто може бити само виртуелна валута или само неки други облик дигиталне имовине. Ма колико би неки правни стандард био тежак за разлучивање у пракси, законодавац је могао да покуша да га утврди. На пример, могло је да се пропише да је виртуелна валута дигитална имовина која има за своју искључиву или превасходну функцију – да служи као средство плаћања. Могао је, чак, и да признајући могућност да неки облик дигиталне имовине може имати елементе различитих врста дигиталне имовине, одреди да ће се надлежност органа определити на основу оне функције конкретног облика дигиталне имовине која је претежна.

Законодавцу се, пак, може *замерити да је прописивањем сходне примене* одредби о надлежности НБС и Комисије на надлежност за, између осталог, вршење надзора у области мешовите дигиталне имовине учинио *два озбиљна нормативна промашаја*.

17 Могуће врсте новца изричито су прописане Законом о платним услугама, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, 44/2018, чл. 2 ст. 1 тач. 11. Више о дозвољеним врстама новца вид. у: Мирјана Радовић, *Платни промет – Право банкарских платних услуга*, Београд, 2016, 26–36.

Први нормативни промашај огледа се у чињеници да је за одређивање надлежности прописана сходна примена одређених норми. Као што је поменуто, сходна примена подразумева да се у некој области примењује више прописа, те да се један примењује примарно, а други секундарно, то јест само на она питања која примарно примењујући закон није уредио, и то под условом да примена одредби секундарног закона одговара природи правних института на које се примењује. Сходна примена, дакле означава избор између сета правних правила, од којих се само нека могу применити на конкретно питање. За разлику од тога, *одредбе о надлежности су бинарног карактера*. То значи да је неко или надлежан или није. То може да укључи и заједничку надлежност, али свакако да је бинарни – да или не – одговор на питање да ли је неки орган надлежан за обављање одређене правне делатности или није. У том смислу, питање је да ли је логички одржива сходна, то јест селективна примена правних норми на питања одређивања надлежности надзорних органа.

Други нормативни промашај представља пропуст да се уреде, макар и с позивањем на друге прописе (у првом реду ЗИН и ЗУП, који се сходно примењују на надзор у области дигиталне имовине), кључна питања надлежности. То је, најпре, питање да ли ће у случају појаве мешовите дигиталне имовине само један од надзорних органа бити надлежан да врши надзор (и све оне друге правне активности – одлучивање у управним поступцима, доношење подзаконских аката, припрема и давање мишљења о примени ЗДИ и прописа донетих на основу њега) или надлежност може да буде и заједничка? Ту је затим и питање, ко ће и по чијој иницијативи и по којем поступку да решава сукоб надлежности између ова два надзорна органа? Ово се не односи само на мешовиту дигиталну имовину, већ на све облике дигиталне имовине, јер може доћи до неслагања између НБС и Комисије да ли је одређена дигитална имовина виртуелна валута или дигитални токен или дигитална имовина која има одлике финансијских инструмената. У том случају ће између њих настати сукоб надлежности – било негативан, где оба надзорна органа одричу своју надлежност, било позитиван, где се оба надзорна органа сматрају надлежним за поступање у вези са конкретним обликом дигиталне имовине.[18] Најзад, јавља се и питање нормативног оквира (подзаконских аката) који би се примењивао на дигиталну имовину, онај који за виртуелне валуте прописује НБС, онај који за дигиталне токене и дигиталну имовину која има одлике финансијских инструмената прописује Комисија, или оба истовремено. С њим је по-

18 Сукоб надлежности је ситуација у којој два или више органа сматрају да су надлежни или да нису надлежни да одлуче о одређеном предмету. Вид. Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд, 2018, 294.

везано и злокобно питање сукоба тих прописа, то јест ситуацију у којој одређени облик мешовите дигиталне имовине не може да испуни захтеве међусобно супротстављених подзаконских аката које су донели различити надзорни органи.

На нека, али не и сва од ових питања, о којима је ЗДИ нем, ЗУП може дати одговоре. Тако у обзир долази примена различитих института управног поступка, приликом решавања дилема које је створио, али на које није одговорио законодавац прописујући сходну примену одредби о надлежности у случају мешовите дигиталне имовине. То су правни институти сложених управних аката, стицаја и сукоба надлежности.

Управно право познаје *сложене (или збирне) управне акте*.[19] То су управни акти које доноси више органа управе. Они своје воље могу компоновати на различите начине, а један од њих је ситуација у којој два органа истовремено решавају одређено правно питање, с тим да један од њих формално издаје акт, указујући у образложењу акта на улогу другог органа у његовом доношењу. Услов за настанак управног акта јесте да органи реше правно питање, то јест конкретан предмет, на исти начин.[20] Овај институт би могао да се примени у случају да надзорни органи протумаче и примене одредбу чл. 10 ст. 3 ЗДИ на начин да су заједнички надлежни за вршење надзора у случају појаве неког облика мешовите дигиталне имовине.

Надзорним органима на располагању стоји и институт *стицаја надлежности*.[21] Стицај надлежности постоји онда кад је више органа заиста надлежно за одлучивање у истој правној ствари. У тој ситуацији се предвиђа да ће акт у датом предмету донети орган који је први започео поступак, изузев ако се надлежни органи другачије договоре.[22]

Најзад, ту је и институт *сукоба надлежности*. Реч је о ситуацији у којој два (или више) органа сматрају да јесу (позитиван сукоб надлежности) или нису (негативан сукоб надлежности) надлежни да одлучују у конкретној правној ствари.[23] Закон о државној управи, примера ради, прописује надлежност органа који ће решити сукоб надлежности.[24] Ипак, да би неко могао да реши сукоб надлежности, такво овлашћење мора да буде прописано законом. Додатна је отежавајућа околност то што су надзорни органи у овој области независни државни органи, те би осим Уставног суда, било непримерено да било који други орган јавне

19 Драган Милков, *Управно право II, Управна делатност*, Нови Сад, 2012, 35.

20 *Ibid.*

21 Предраг Димитријевић, *Управно право*, Ниш, 2022, 303.

22 *Ibid.*

23 З. Томић, 294.

24 Закон о државној управи, чл. 58.

власти решава њихов сукоб надлежности.[25] Дакле, упркос сходној примени правила управног поступка, ово питање би остало без одговора.

Питање на које сходна примена ЗУП не даје одговор је питање *прописа* који би се примењивали на надзор у случају мешовите дигиталне имовине, као и питање њиховог евентуалног сукоба (тзв. *сукоб закона*). Из овог проистиче више потпитања. Да ли би се на мешовиту дигиталну имовину примењивали и подзаконски прописи којима НБС уређује виртуелне валуте и подзаконски прописи којима Комисија уређује дигиталне токене и дигиталну имовину са елементима финансијских инструмената? Да ли би се у том случају и једни и други прописи у целини примењивали на конкретан облик дигиталне имовине или би се сваки од њих примењивао само на делове те дигиталне имовине (једни прописи у делу у којем је мешовита дигиталне имовина виртуелна валута, а други у делу у којем је она дигитални токен и дигитална имовина са елементима финансијских инструмената)? Шта би се десило у случају сукоба тих прописа, који онемогућава истовремену примену и једних и других? Ако се надзорни органи одлуче за опцију према којој ће увек само један од њих бити надлежан за одлучивање у надзору над одређеним обликом мешовите дигиталне имовине, да ли би у том случају тај надзорни орган био дужан да у потпуности или делимично примењује подзаконске прописе оног другог надзорног органа? У случају да се надзорни органи определе за тумачење према којем се на одређену мешовиту дигиталну имовину могу примењивати само подзаконски прописи једног од њих, према којем критеријуму ће одредити који су то прописи и да ли ће то зависити од избора надзорног органа који ће спровести конкретан поступак надзора?

Свака норма која ствара више питања него што даје одговора, а сматрамо да је одредба чл. 10 ст. 3 ЗДИ таква норма, требало би да представља аларм за законодавца и позив за њено преиспитивање.[26] Док се то не деси, НБС и Комисија би могли да покушају да разреше ове дилеме, ослањајући се на одредбу чл. 10 ст. 4 ЗДИ, која прописује да су ова два субјекта дужна да сарађују у вршењу својих надлежности из тог закона. Један пут био би спречавање примене одредбе чл. 10 ст. 3 ЗДИ заузимањем става да одређени облик дигиталне имовине може бити или виртуелна валута или дигитални токен и дигитална имовина са

25 Могла би по својој позицији и значају за то да буде надлежна и Народна скупштина, али сматрамо да то не би било примерено природи једног законодавног, представничког органа власти.

26 Питање расподеле надлежности између НБС и Комисије не јавља се први пут. Тако је и Закон о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994. године отворио исто питање, без унапред датог прецизног одговора. Добросав Миловановић, „Отворена питања контроле финансијског тржишта“, *Правни живот*, бр. 9/1996, 777–779.

елементима финансијских инструмената. Морали би у том смислу да се определе за мерило њиховог раздвајања, примера ради претежност карактеристика конкретног облика дигиталне имовине, који га више приближава једном од облика дефинисаних законом. Други приступ био би давање одговора на сва претходно постављена питања – заједничка надлежност или не, решавање стицаја надлежности, изградња механизама за решавање сукоба надлежности (на пример, кроз успостављање одбора заснованог на паритетној основи, који би једногласно или уз допуштено прегласавање решавао њихов међусобни сукоб надлежности), одређивање нормативног (подзаконског) оквира који се примењује на мешовиту дигиталну имовину, решавање питања потенцијалног сукоба закона, итд.

IV Предмет надзора

Законодавац је *широко поставио предмет надзора*, како у погледу контролисаних активности надзираних субјеката, тако и погледу нормативног оквира чија се примена контролише.

Тако у погледу *обима контролисаних активности* надзорни орган може да врши надзор у сваком делу пословања надзираног субјекта који је посредно и/или непосредно у вези са дигиталном имовином.[27]

У погледу нормативног оквира, надзорни орган не контролише само усклађеност пословања надзираног субјекта са ЗДИ и прописима донетих на основу њега,[28] већ и усклађеност пословања са прописима којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма, законом којим се уређује ограничавање располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење, прописима којима се уређује девизно пословање, прописима којима се уређује рачуноводство, прописима којима се уређује управљање информационим системом и другим одговарајућим прописима.[29]

V Субјекти надзора

Надзирани субјекти код ове врсте надзора су *пружаоци услуга* повезаних с дигиталном имовином, *издаваоци* дигиталне имовине, као и лица која јесу или су била *имаоци* дигиталне имовине.[30]

27 ЗДИ, чл. 123 ст. 2.

28 ЗДИ, чл. 123 ст. 3.

29 ЗДИ, чл. 123 ст. 4.

30 ЗДИ, чл. 123 ст. 1.

Овим примарним субјектима надзора, треба додати и садашње и бивше (који су то били у периоду који покрива активност надзора) *чланове управе и руководиоце* субјекта надзора, јер се и њима могу изрећи мере предвиђене законом.[31]

Најзад, ЗДИ предвиђа да се одредбе о спровођењу надзора, које одређују овлашћења надзираних органа сходно примењују и у случају када надзорни орган врши непосредни надзор код лица коме је *субјект надзора поверио обављање појединих оперативних послова*, као и код других лица која су са субјектом надзора *повезана имовинским, управљачким и пословним односима*.[32] Следи да је круг лица код којих се може вршити контрола, укључујући приступ подацима, документацији и запосленима, заиста широко одређен. Како се поступак надзора покреће по службеној дужности и како ови субјекти такође имају непосредну или посредну везу са пословањем у области дигиталне имовине, могуће је да надзорни орган, након спроведеног поступка надзора, утврди да и у односу на те субјекте треба иницирати поступак надзора и/или да им изрекне мере предвиђене законом.

VI Начин вршења надзора

Постоје две врсте надзора у области дигиталне имовине – посредни и непосредни.

Посредни надзор врши се прикупљањем и анализом извештаја и друге документације и података које субјект надзора доставља надзорном органу у складу са овим законом, као и друге документације, односно других података о пословању субјекта надзора којима надзорни орган располаже.[33]

Непосредни надзор врши се увидом у пословне књиге и другу документацију и податке субјекта надзора.[34] ЗДИ уређује персонални, просторни и временски оквир, као и овлашћења којима располаже надзорни орган приликом вршења непосредног надзора.[35]

У *персоналном смислу*, ЗДИ одређује да непосредни надзор врше запослени у надзорном органу у складу с посебним решењем, односно налогом који доноси надзорни орган, а у којем се наводе субјект надзора код кога се врши надзор и предмет надзора. Субјект надзора

31 ЗДИ, чл. 135 и 136.

32 ЗДИ, чл. 128 ст. 10.

33 ЗДИ, чл. 124 ст. 1 тач. 1.

34 ЗДИ, чл. 124 ст. 2 тач. 1.

35 ЗДИ, чл. 128.

дужан је да именује свог представника који ће овлашћеним лицима пружити сву неопходну помоћ за несметано вршење непосредног надзора. Надзорни орган може ангажовати и друга лица која ће присуствовати непосредном надзору ради пружања одговарајуће стручне подршке овлашћеним лицима при вршењу овог надзора. На процесном терену, ова могућност упоредива је са ангажовањем вештака, који би својим посебним знањима, којима не располаже овлашћено лице надзорног органа, помагао истом да утврди чињенично стање. Споменуто је и да се непосредни надзор може вршити и код лица коме је субјект надзора поверио обављање појединих оперативних послова, као и код других лица која су са субјектом надзора повезана имовинским, управљачким и пословним односима. Најзад, субјект надзора може да буде и правно лице, предузетник или физичко лице које нема дозволу надзорног органа за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином у складу с овим законом, а постоји сумња да се бави пружањем услуга повезаних с дигиталном имовином.[36]

У *просторном смислу*, непосредни надзор може да се спроведе у седишту, огранцима и другим организационим деловима надзираног субјекта, као и у просторијама лица којима је субјект надзора поверио обављање појединих оперативних послова, као и код других лица која су са субјектом надзора повезана имовинским, управљачким и пословним односима. Субјект надзора дужан је да овлашћеним лицима надзорног органа стави на увид пословне књиге, документацију и податке које та лица буду захтевала у писменој, односно у електронској форми, као и да им омогући приступ свим ресурсима информационог система, укључујући опрему, базе података и рачунарске програме које користи.

Временска димензија вршења непосредног надзора одређена је тако што је прописано да овлашћена лица врше непосредан надзор радним даном у току редовног радног времена субјекта надзора, а када је то неопходно због обима или природе овог надзора – субјект надзора дужан је да овлашћеним лицима омогући обављање тог надзора и нерадним данима, односно изван радног времена.

Овлашћена лица у току вршења непосредног надзора имају *широка овлашћења*. Она могу да приступају свим просторијама субјекта надзора, да захтевају да им се стави на располагање засебна просторија за обављање послова непосредног надзора, да захтевају да им се доставе подаци, односно обезбеде копије докумената који су повезани с предметом непосредног надзора, као и обезбеди приступ ресурсима информационог система, као и да непосредно комуницирају с члановима управе, руководиоцима и одговорним запосленима субјекта надзора ради добијања неопходних појашњења.

36 ЗДИ, чл. 131.

Подаци које овлашћена лица сазнају приликом вршења надзора, било посредног, било непосредног, дужна су да чувају као тајне податке. Та обавеза важи и након престанка радног односа или другог ангажовања у надзорном органу.[37]

У поступку спровођења надзора, надзорни органи могу сарађивати и размењивати податке, како међу собом (НБС и Комисија), тако и са другим органима јавне власти, као и надлежним органима страних држава.[38]

Законодавац је овластио надзорне органе да ближе пропишу услове и начин вршења надзора, што је НБС и учинила.[39]

VII Ток поступка надзора

ЗДИ не уређује *покретање поступка надзора*. У том погледу долази у обзир сходна примена одговарајућих норми ЗИН. ЗИН прописује да инспекцијски надзор почиње уручивањем налог за инспекцијски надзор надзираном субјекту.[40] ЗДИ помиње да се надзор врши у складу с посебним решењем, односно налогом који доноси надзорни орган, а у којем се наводе субјект надзора и предмет надзора,[41] али не уређује тренутак у којем се поступак сматра покренутим, нити значај решења, односно налога за покретање поступка. Реч је важном питању, јер се према тренутку покретања поступка утврђује чињенично стање и одређују меродавни прописи. Сматрамо да би сходна примена ЗИН на ово питање била могућа, јер је реч о питању које ЗДИ није уредио, а одредбе ЗИН о покретању поступка надзора нису у нескладу са природом надзора у области дигиталне имовине.

ЗИН додатно прописује да се надзирани субјект у писаном (електронском или папирном) облику *обавештава о предстојећем инспекцијском надзору*, најкасније три дана пре почетка надзора. ЗИН прописује и изузетке од наведеног правила, тако што надзор може да почне без обавештавања надзираног субјекта о предстојећем надзору када постоје разлози за неодложно поступање или оправдана бојазан да би обавештење умањило остварење циља надзора или када то налаже заштита јавног интереса, односно отклањање опасности по жи-

37 ЗДИ, чл. 126.

38 ЗДИ, чл. 127.

39 ЗДИ, чл. 124 ст. 5. У складу с тим је НБС донела Одлуку о ближим условима и начину вршења надзора над пружаоцем услуга повезаних с виртуелним валутама и издаваоцем и имаоцем виртуелних валута, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021.

40 ЗИН, чл. 18 ст. 8.

41 ЗДИ, чл. 128 ст. 2 и 3.

вот или здравље људи, имовину, права и интересе запослених и других радно ангажованих лица или потрошача, привреду, животну средину, биљни или животињски свет, комунални ред или безбедност, као и ако постоји опасност да ће надзирани субјекат или треће лице сакрити, уништити, преправити, оштетити или делимично или потпуно учинити неупотребљивом исправу, односно друге предмете који могу послужити као доказ у поступку надзора, односно у поступку који се води пред судом или другим органом, с тим што се разлози за изостављање обавештења наводе у налогу за инспекцијски надзор, уз навођење познатих и вероватних чињеница, које у конкретном случају поткрепљују те разлоге.[42] Држимо и да наведена одредба не одудара од природе надзора у области дигиталне имовине, да оставља надзираним органима одговарајуће могућности за изостанак обавештења, а нарочито онда кад би то угрозило остварење циља надзора, те да би могла да се примени приликом спровођења надзора у овој области.

Након спровођења поступка надзора (вид. одељак 6.), овлашћена лица о извршеном надзору сачињавају *записник*, који се доставља субјекту надзора. Субјект надзора затим може ставити примедбе на записник у року од 15 радних дана од достављања записника. Ако утврди да примедбе субјекта надзора на записник о надзору нису основане, односно да не утичу битно на утврђено чињенично стање – надзорни орган о томе сачињава службену белешку и доставља је субјекту надзора. Уколико, пак, надзорни орган провером навода изнетих у примедбама утврди да је чињенично стање битно различито од стања наведеног у записнику о надзору, сачиниће допуну записника, коју доставља надзираном субјекту.[43]

За разлику од поступка инспекцијског надзора, који се може окончати достављањем странци записника којим је утврђено да није било незаконитости, неправилности или недостатака у њеном пословању или поступању,[44] поступак надзора у области дигиталне имовине се увек окончава издавањем *решења*. Ако записником о надзору нису утврђене неправилности или недостаци у пословању субјекта надзора или ако субјект надзора примедбама достављеним у року прописаном овим законом основано оспори све налазе из записника о надзору, надзорни орган донеће решење о обустави поступка.[45] Уколико утврди неправилности или недостатке у пословању надзираног субјекта, надзорни орган ће решењем изрећи одговарајућу меру.[46]

42 ЗИН, чл. 17.

43 ЗДИ, чл. 129.

44 ЗИН, чл. 37.

45 ЗДИ, чл. 130.

46 ЗДИ, чл. 132–139.

ЗДИ изричито прописује да су решења издата у управним поступцима које воде НБС и Комисија на основу тог закона коначна,[47] те да се против њих може покренути управни спор (поступак пред Управним судом).[48] Таква одредба није садржана у делу закона који уређује поступак надзора. Изостанак такве одредбе не ствара проблем приликом тумачења закона. Наиме, узимајући у обзир да су НБС и Комисија независни државни органи, решења која они доносе увек ће бити коначна, јер нема органа који би могао да поступа као другостепени или надзорни у стварима из њиховог делокруга.

Ипак, законодавац је и овде оставио изазов у тумачењу закона. Чл. 11 ЗДИ, који уређује управни поступак пред НБС и Комисијом, а који се према чл. 10 разликује од поступка надзора, прописује да тужба против решења НБС и Комисије донетог у управном поступку не може спречити ни одложити његово извршење, као и да у управном спору против тих решења Управни суд не може решити управну ствар за чије је решавање овим законом утврђена надлежност надзорног органа (то јест, не може одлучивати у пуној јурисдикцији).[49] Поставља се питање да ли се ове одредбе аналогно примењују на тужбе против решења донетих у поступку надзора. Наведеним одредбама чл. 11 ЗДИ одступа од правила прописаних у Закону о управним споровима,[50] према којима Управни суд може да, уз испуњење одговарајућих услова, одложи извршење решења оспореног тужбом у управном спору,[51] односно да Управни суд може да одлучи у пуној јурисдикцији[52] онда кад то није искључено законом.[53] Како је реч о изузетку од правила која важе у управном спору, сматрамо да те две одредбе не би требало да се примењују на решења донета у поступку надзора које спроводе НБС и Комисија у области дигиталне имовине.

47 Коначна решења су она која се (више) не могу нападати жалбом у управном поступку. ЗУП, чл. 176.

48 ЗДИ, чл. 11 ст. 6.

49 ЗДИ, чл. 11 ст. 6 и 7.

50 Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

51 Закон о управним споровима, чл. 23.

52 О пуној јурисдикцији вид. Вук Цуцић, *Управни поступак пуне јурисдикције: модели и врсте*, Београд, 2016.

53 Закон о управним споровима, чл. 43.

VIII Предузимање мера у поступку надзора

1. Мере усмерене ка отклањању неправилности

Законодавац је код надзора у области дигиталне имовине прописао интересантан механизам за изрицање мера којима се утиче на субјекта надзора у чијем пословању су уочене неправилности. Наиме, неке мере се изричу алтернативно, а неке кумулативно, одређене мере се изричу условно и сукцесивно.

Кад је реч о *мерама које се изричу алтернативно*, надзорни орган може упутити препоруку, упутити писмену опомену, изрећи налоге и мере за отклањање утврђених неправилности или донети решење о одузимању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином.[54] Друге две мере се изричу решењем.[55]

Изрицањем наведених мера поступак надзора се не окончава. Напротив, надзорни орган ће проверити да ли је субјект надзора поступио по изреченој мери. Уколико јесте, обуставиће поступак.[56] Уколико није, изрећи ће нову, строжу меру.[57] Дакле, наведене мере се могу изрећи сукцесивно. У тој ситуацији, непоступање по претходно изреченој, блажој мери повлачи са собом могућност изрицања строже мере.

Најблажа мера је *упућивање препоруке*. Она је резервисана за случај кад се у поступку надзора утврде мање значајне неправилности или недостаци у пословању субјекта надзора који не представљају значајан ризик у његовом пословању. Препорука садржи рок за отклањање неправилности, односно недостатака, као и рок у коме је субјект надзора дужан да надзорном органу достави извештај о отклоњеним неправилностима, односно недостацима, са одговарајућим доказима.[58]

54 ЗДИ, чл. 132 ст. 1.

55 ЗДИ, чл. 132 ст. 3.

56 Постоји једна недоследност, па и нелогичност, у датој одредби. Наиме, чл. 130 ЗДИ прописује да се поступак обуставља решењем и то одговара ситуацији у којој претходно није издато решење, већ је мера попримила други облик – препоруку или писмену опомену. С друге стране, чл. 132 ст. 3 ЗДИ прописује да се налози и мере за отклањање утврђених неправилности већ изричу решењем. Такво мериторно решење представља управни акт којим се окончава поступак. Чл. 132 ст. 4 ЗДИ одређује да ће у случају да субјект надзора поступи према налозима и мерама за отклањање утврђених неправилности бити донето решење о обустављању поступка. Произлази да се ту покреће контролни механизам на основу којег ће претходно решење којим су изречени налози и мере за отклањање утврђених неправилности бити службеним путем уклоњено решењем којим се обуставља поступак, и то поступак који је већ окончан. Делује да би се одредба чл. 132 ст. 3 ЗДИ могла укинути, тим пре што је за меру одузимања дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином већ предвиђено доношење решења.

57 ЗДИ, чл. 132 ст. 4.

58 ЗДИ, чл. 133.

За њом следи *мера упућивања писмене опомене*. Она се изриче у два случаја. Изриче се, као сукцесивна, строжа мера, уколико субјект надзора не поступи у складу с препоруком. Може се и непосредно изрећи, ако се у поступку надзора утврде неправилности које не утичу битно и непосредно на пословање субјекта надзора, али би могле представљати значајан ризик у пословању ако се не отклоне. Писмена опомена, такође, садржи рок за отклањање уочених неправилности и рок у коме је субјект надзора дужан да надзорном органу достави извештај о отклоњеним неправилностима, са одговарајућим доказима.[59]

Наредна мера – *изрицање налога и мера за отклањање утврђених неправилности*, такође се изриче у два случаја. Изриче се ако субјект надзора није поступио по писменој опомени надзорног органа. Изриче се директно, без претходног опомињања, ако се у поступку надзора утврди да субјект надзора није поступио у складу са ЗДИ или прописима донетим на основу њега. Рок за поступање по изреченим налозима и мерама не може бити дужи од 60 дана од дана пријема решења којим су изречени.[60]

Налози и мере се могу изрицати алтернативно или кумулативно. Другим речима, они обухватају спровођење једне или више од следећих активности: усклађивање пословања са ЗДИ и прописима донетим на основу њега; привремено обустављање пружања појединих услуга повезаних с дигиталном имовином; предузимање одговарајућих мера за заштиту корисника дигиталне имовине; налог да се разреше чланови управе и/или руководиоци субјекта надзора, ако више не испуњавају услове прописане, односно ако поступају супротно одредбама ЗДИ; предузимање, односно обустављање других активности. Решењем се одређује и рок у коме је субјект надзора дужан да надзорном органу достави извештај о отклоњеним неправилностима, са одговарајућим доказима.

Најстрожа мера која се може изрећи у поступку надзора је *одузимање дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином*. Постоје три различите ситуације у којима се дозвола одузима.

Прва ситуација је она у којој пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином није у року извршио налоге и мере за отклањање утврђених неправилности које је одредио надзорни орган.[61]

Друга ситуација обухвата више случајева у којима се мера одузимања дозволе изриче непосредно, без претходног изрицања других мера.

59 ЗДИ, чл. 134.

60 ЗДИ, чл. 135 ст. 1.

61 ЗДИ, чл. 137 ст. 2 тач. 4.

Надзорни орган доноси решење о одузимању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином ако утврди да пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином није отпочео с пружањем тих услуга у року од шест месеци од дана доношења решења о давању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином или да не пружа те услуге у периоду дужем од шест месеци; ако утврди теже повреде прописа којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма; и ако му пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином не омогући да врши надзор над његовим пословањем. Поред ових случајева обавезног одузимања дозволе, надзорни орган може донети решење о одузимању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином и ако утврди да пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином више не испуњава законске услове за обављање дате делатности; ако утврди да је решење о давању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином донето на основу неистинитих података; ако утврди да су активности пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином повезане с прањем новца или финансирањем тероризма; ако утврди да пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином не одржава минимални капитал у складу са одредбама закона; ако утврди да је пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином теже повредио одредбе овог закона или прописа донетих на основу овог закона.[62]

Трећа ситуација, коју уређује ЗДИ, није резултат утврђивања неправилности пословања у поступку надзора, већ је реч о својевољном одрицању од права на пружање услуга повезаних с дигиталном имовином. Наиме, дозвола се одузима и ако пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином писмено обавести надзорни орган да више не намерава да пружа те услуге или да намерава да спроведе поступак ликвидације.[63]

Поред наведених мера, које се изричу алтернативно, надзорни орган може, а у неким случајевима и мора да изрекне, *кумулативно*, то јест заједно са њима, и још две мере – објављивање изречене мере и новчане казне (за новчане казне, вид. наредни одељак).

Објављивање изречених мера и само по себи може да представља санкцију, јер може утицати на репутацију субјекта надзора („*name and shame*“[64]). У овој области, узимајући у обзир значај поверења и репутације, то може представљати и тежу санкцију од претходно анализираних.

62 ЗДИ, чл. 137 ст. 1 и 2.

63 ЗДИ, чл. 137 ст. 1 тач. 2.

64 Јавно истицање да су одређена особа, група или привредни субјект учинили нешто погрешно, *Cambridge Dictionary,* доступно на адреси: *https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/name-and-shame*, 21. 3. 2023.

Надзорни орган може да јавно, на својој интернет презентацији и/или на други одговарајући начин, информише јавност о изреченим мерама и/или казнама у вези са кршењем одредби ЗДИ, након што је субјект надзора обавештен о тој мери и/или казни.[65] Постоји и случај кад је објављивање изречене мере обавезно. Обавештење о одузимању дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином увек се објављује на интернет презентацији надзорног органа.[66] Тиме се штите трећа савесна лица.

2. Новчане казне

Поступак надзора у области дигиталне имовине познаје *различите врсте новчаних казни*. Казне се разликују према обавезности изрицања и правној природи.

Према мерилу *обавезности изрицања*, разликују се мандаторне и факултативне новчане казне.

Мандаторна новчана казна, то јест новчана казна коју надзорни орган мора изрећи, јесте она која се изриче у случају кад надзорни орган у утврди да се одређено лице неовлашћено бави пружањем услуга повезаних с дигиталном имовином. Тад се уз издавање решења о забрани обављања ових послова истовремено изриче и новчана казна датом лицу.[67]

Факултативне новчане казне изричу се надзорном субјекту, као и садашњем или бившем (који је био на том месту у периоду који је предмет надзора) члану управе и руководиоцу[68] тог субјекта, ако надзорни орган у поступку надзора утврди да субјект надзора није поступио у складу са ЗДИ или прописима донетим на основу њега, а нарочито ако су истоврсне повреде чињене у одређеном периоду коришћењем

65 ЗДИ, чл. 139.

66 ЗДИ, чл. 137 ст. 4.

67 ЗДИ, чл. 131 ст. 4 и 5. Новчана казна се изриче у распону: 1) од 100.000 до 5.000.000 динара, односно до 20% укупних прихода остварених у претходној пословној години ако је тај износ већи од 5.000.000 динара за правна лица и од 30.000 до 1.000.000 динара за одговорна лица у правном лицу; 2) од 30.000 до 2.000.000 динара за физичка лица.

68 ЗДИ предвиђа битно одступање од правила ЗУП о обавештавању странке о решењима којима се одлучује о њиховим правима и обавезама (у датом случају, којима им се изричу мере или новчане казне у поступку надзора). Чл. 75 ст. 1 ЗУП прописује лично достављање као правило у таквој ситуацији. Иста одредба ЗУП дозвољава одступање од тог правила. ЗДИ је одступио, па је у чл. 124 ст. 4 и чл. 136 ст. 8 прописао да се достављање субјекту надзора, под одређеним условима, сматра достављањем садашњем или бившем члану управе и руководиоцу субјекта надзора.

исте ситуације или трајног односа с корисницима дигиталне имовине.[69] Субјект надзора је супсидијарно одговоран за плаћање новчаних казни изречених његовим садашњим или бившим члановима управе и руководиоцима. Другим речима, ако члан управе и руководилац субјекта надзора, укључујући и лица која су обављала ове функције у субјекту надзора, не плати новчану казну у року утврђеном решењем о изрицању новчане казне – субјект надзора је дужан да ову казну плати.[70]

Према правној природи разликују се новчане казне које представљају управну санкцију, оне које служе одржавању процесне дисциплине и оне које служе извршењу решења надзорног органа.

Новчане казне које су по својој правној природи *управне санкције* су горе наведене мандаторне и факултативне новчане казне. Оне представљају засебну врсту казнених санкција, које су у упоредном праву познате као управне (административне) санкције.[71] Такве санкције од раније постоје у нашем праву. Као пример наводимо управне мере које изриче Комисија за заштиту конкуренције.[72]

Новчане казне се изричу и као *мера за одржавање процесне дисциплине*, то јест ради омогућавања несметаног спровођења поступка надзора. Тако закон прописује да надзорни орган може изрећи новчану казну лицу за које постоји сумња да се пружањем услуга повезаних с дигиталном имовином бави без дозволе надлежног органа, ако оно на захтев надзорног органа не достави све тражене податке и документацију у року који је утврђен у том захтеву или ако не омогући надзорном органу обављање непосредног надзора или не сарађује са овлашћеним лицима.[73]

Најзад, сходном применом ЗУП (вид. одељак 2), надзорни орган може изрећи новчану казну како би приволео субјекта надзора да

69 ЗДИ, чл. 136. Новчана казна која се изриче субјекту надзора не може бити мања од 100.000 динара ни већа од 5.000.000 динара, а новчана казна која се изриче члану управе и руководиоцу субјекта надзора не може бити мања од 30.000 динара ни већа од 1.000.000 динара. Ако је 10% укупног прихода субјекта надзора оствареног у претходној години веће од 5.000.000 динара, новчана казна која се изриче субјекту надзора може бити и већа од 5.000.000 динара али не већа од 10% укупног прихода субјекта надзора оствареног у претходној години. Решење којим се изричу наведене новчане казне је извршно након достављања кажњеном лицу, а новчане казне се наплаћују на рачун надзорног органа.

70 ЗДИ, чл. 136 ст. 10.

71 Препорука државама чланицама о управним санкцијама (Council of Europe, *Recommendation No. R (91) 1 of the Committe of Ministers to the Member States on Administrative Sanctions*), доступно на адреси: *https://rm.coe.int/16804fc94c*, 21. 3. 2023.

72 *Ibid.* Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 57.

73 ЗДИ, чл. 131 ст. 3.

изврши решења донета у поступку надзора. Реч је о једном од облика управног извршења – извршења посредном принудом, то јест, путем изрицања новчаних казни.[74]

3. Дискрециона оцена при изрицању мера

ЗДИ одређује да надзорни органи одлучују о мерама које предузима према субјектима надзора, укључујући ту и новчане казне (управне санкције), *на основу дискрециоие оцене*.

Конкретно, надзорни орган одлучује о мери коју предузима према субјекту надзора на основу дискрециоие оцене тежине утврђених неправилности; показане спремности и способности чланова управе и руководилаца субјекта надзора да отклоне утврђене неправилности; и других битних околности под којима је учињена неправилност. Код оцене тежине утврђених неправилности процењују се нарочито: степен изложености субјекта надзора појединим врстама ризика; утицај учињене неправилности на будуће пословање, односно обављање послова субјекта надзора; број утврђених неправилности и њихова међусобна зависност; трајање и учесталост учињених неправилности; и законитост пословања, односно обављања послова субјекта надзора. Код оцене показане спремности и способности чланова управе и руководилаца субјекта надзора да отклоне утврђене неправилности процењују се нарочито: способност ових лица да идентификују, мере, прате, процењују и управљају ризицима у субјекту надзора; ефикасност у отклањању раније утврђених неправилности, а нарочито у спровођењу налога и мера за отклањање утврђених неправилности; информисаност лица с квалификованим учешћем и управе субјекта надзора о тешкоћама у пословању, односно обављању послова тог субјекта; и степен сарадње са овлашћеним лицима током надзора.[75]

Дискрециона оцена даје органу који примењује одређени пропис, у овом случају надзорним органима, могућност да приликом уређивања конкретне правне ситуације, изабере једну од више могућности које му је законодавац оставио на располагању.[76] У предметној ситуацији реч је о избору једне или више мера које ће изећи у поступку надзора, као и о одређивању износа новчане казне која се изриче као управна санкција.

74 ЗУП, чл. 198 и 199. О изазовима које носи примена овог начина управног извршења, вид. Вук Цуцић, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018, 155–158.

75 ЗДИ, чл. 138.

76 Драган Васиљевић, Зорица Вукашиновић Радојичић, *Управно право*, Београд, 2019, 213.

Давање надзорним органима овако широко постављене дискреционе оцене у поступку надзора, с једне стране ствара конфузију, а с друге знатно ограничава заштиту права субјеката надзора.

Конфузију ствара чињеница да је законодавац на једном месту у закону одредио услове за изрицање мера у поступку надзора (од препоруке до одузимања дозволе за пружање услуга),[77] док је на другом оставио органу дискрецију приликом одређивања мера. Тиме се ствара дилема на основу којих услова се изричу мере у поступку надзора, као и изузетно важно и сложено питање да ли су они формулисани у облику правних стандарда или остављени на дискрециону оцену органу. Правни стандарди су неодређени правни појмови, које је орган дужан да у истим или сличним случајевима тумачи и примењује на исти начин.[78] Одредбе о мерама које се изричу у поступку надзора обилују таквим правним стандардима, примера ради „мање значајне неправилности или недостаци", „значајан ризик у пословању", „неправилности које не утичу битно и непосредно на пословање субјекта надзора".[79] За разлику од правних стандарда, дискрециона оцена дозвољава органу да у истим или сличним случајевима не поступи на исти начин. Конфузија, најзад, кулминира у одредби о дискреционој оцени надзорног органа, која прописује потпуно друге параметре који се узимају у обзир приликом одређивања мере у поступку надзора (тежина неправилности, спремност за њихово отклањање, друге битне околности под којима је неправилност учињена).[80]

Битније од тога, увођењем дискреционе оцене, у садејству са позицијом надзорних органа у систему јавне власти, знатно се ограничава могућност за адекватну правну заштиту субјеката надзора. Наиме, НБС и Комисија, као независни органи јавне власти, доносе коначна решења у поступку надзора, која се могу оспоравати у управном спору, пред Управним судом. У управном спору је дозвољена само контрола законитости оспорених аката,[81] а не и контрола њихове целисходности, то јест контрола да ли је надзорни орган вршећи дискрециону оцену изабрао најбољу од могућности које му је на располагању оставио

77 ЗДИ, чл. 132–137.

78 О односу дискреционе оцене и неодређених појмова, вид. Ivo Krbek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937, 341 и даље; и Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, *Knjiga V*, Zagreb, 1983, 204–205.

79 ЗДИ, чл. 133 и 134.

80 ЗДИ, чл. 138.

81 Целисходност управног акта може се контролисати у другостепеном управном поступку поводом жалбе (ЗУП, чл. 158 тач. 7). Како овде нема жалбе у управном поступку, није могућа контрола целисходности решења донетих у поступку надзора.

законодавац.[82] Контрола законитости код решења донетих на основу дискреционе оцене своди се на контролу формалне законитости (надлежност, правила поступка и форма акта), као и прекорачење граница овлашћења и изигравања законског циља због којег је дискрециono овлашћење дато.[83] Прекорачење граница овлашћења подразумева избор органа ван опција које му је на располагању оставио законодавац. Узимајући у обзир палету мера која органу стоје на располагању, тешко је замисливо да ће до прекорачења граница овлашћења у пракси доћи. Код изигравања законског циља процењују се мотиви којима се орган руководио приликом одређивања мере.[84] Доказивање изигравања законског циља је тешко, а и већа је вероватноћа да орган погреши у избору и/или интензитету изречене мере, него да се руководи погрешним мотивима.

Речено наводи на закључак да ће решења надзорних органа донета у поступку надзора у области дигиталне имовине остати практично неконтролисана и непобојна.

IX Закључна разматрања

Законско уређење надзора у области дигиталне имовине оставља утисак наглашене жеље законодавца да такав надзор учини што потпунијим, свеобухватнијим и интензивнијим. На то указују ширина предмета надзора (контрола примене не само ЗДИ, већ и других прописа из великог броја других области), скуп субјеката надзора (пружаоци услуга, њихови чланови управе и руководиоци (како садашњи, тако и бивши) издаваоци и тренутни и бивши имаоци дигиталне имовине), обим контролних овлашћења и множина мера (укључујући и новчане казне) које надзорни орган може изрећи.

Иако је свеобухватност контроле пожељна ствар, посебно у новим, осетљивим областима пословања, сматрамо да је, у својим горљивим тежњама, законодавац изабрао неколико законских решења, која стварају сувишну конфузију, остављају недоречености, а на неким местима и претерано сужавају заштиту права и легитимних интереса субјеката надзора.

Конкретно је реч о одредби о сходној примени норми које уређују надлежност надзорних органа у случају појаве „мешовите“ дигиталне имовине. Законодавац је ту оставио сијасет питања без одговора –

82 Нецелисходност дискреционог управног акта постоји онда кад њиме није на најбољи могући начин задовољен јавни интерес, Д. Милков, 56–57.

83 Закон о управним споровима, чл. 24

84 З. Томић, 223.

могућност сходне примене норми о надлежности, решавање сукоба и стицаја надлежности, као и стварање могућности за сукоб закона.

Упитна је и одредба којом је остављено на дискрециону оцену надзорном органу да одреди мере и износ новчаних казни, које се изричу у поступку надзора. То за последицу има конфузију у погледу услова за изрицање мера, с једне, и битно сужавање могућности за заштиту права субјеката надзора.

Простор за побољшање законског текста у наведеном делу постоји, а и сами надзорни органи могу одговарајућим тумачењем закона, нарочито у погледу разграничења њихове надлежности, да предупреде настанак неких од потенцијалних потешкоћа на које је у раду указано.

Коришћена литература

Васиљевић Драган, Вукашиновић Радојичић Зорица, *Управно право*, Београд, 2019. (Vasiljević Dragan, Vukašinović Radojičić Zorica, *Upravno pravo*, Beograd, 2019)

Давинић Марко, *Независна контролна тела у Републици Србији*, Београд, 2018. (Davinić Marko, *Nezavisna kontrolna tela u Republici Srbiji*, Beograd, 2018)

Димитријевић Предраг, *Управно право*, Ниш, 2022. (Dimitrijević Predrag, *Upravno pravo*, Niš, 2022)

Ivančević Velimir, *Institucije upravnog prava*, Knjiga V, Zagreb, 1983.

Krbek Ivo, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937.

Милков Драган, *Управно право II, Управна делатност*, Нови Сад, 2012. (Milkov Dragan, *Upravno pravo II, Upravna delatnost*, Novi Sad, 2012)

Миловановић Добросав, „Отворена питања контроле финансијског тржишта“, *Правни живот*, бр. 9/1996. (Milovanović Dobrosav, „Otvorena pitanja kontrole finansijskog tržišta“, *Pravni život*, br. 9/1996)

Прица Милош, „Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 91/2021. (Prica Miloš, „Supsidijarna i shodna primena Zakona o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 91/2021)

Радовић Мирјана, *Платни промет – Право банкарских платних услуга*, Београд, 2016. (Radović Mirjana, *Platni promet – Pravo bankarskih platnih usluga*, Beograd, 2016)

Стефановић Милан, Миловановић Добросав, Стефановић Јована, Драгошан Иван, *Водич за примену Закона о инспекцијском надзору*, Београд, 2015. (Stefanović Milan, Milovanović Dobrosav, Stefanović Jovana, Dragošan Ivan, *Vodič za primenu Zakona o inspekcijskom nadzoru*, Beograd, 2015)

Стјепановић Никола, *Управно право у СФРЈ*, Београд, 1978. (Stjepanović Nikola, *Upravno pravo u SFRJ*, Beograd, 1978)

Томић Зоран, *Опште управно право*, Београд, 2018. (Tomić Zoran, *Opšte upravno pravo*, Beograd, 2018)

Цуцић Вук, *Управни поступак пуне јурисдикције: модели и врсте*, Београд, 2016. (Cucić Vuk, *Upravni postupak pune jurisdikcije: modeli i vrste*, Beograd, 2016)

Цуцић Вук, „Фино подешавање Закона о општем управном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2018. (Cucić Vuk, „Fino podešavanje Zakona o opštem upravnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2018)

***Vuk* CUCIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SUPERVISION IN THE FIELD OF DIGITAL ASSETS

Summary

The paper analyzes the regulation of supervision in the field of digital assets, which is carried out by the National Bank of Serbia and the Securities Commission. Despite the aspiration towards comprehensive supervision, it seems that the legislator has chosen several legal solutions, which create unnecessary confusion, leave vagueness, and in some places excessively narrow the protection of the rights and legitimate interests of the subjects of supervision. Specifically, it is a provision on the appropriate application of norms governing the jurisdiction of supervisory authorities in the event of the appearance of „mixed" digital assets. The legislator left a number of unanswered questions there – the possibility of appropriate application of jurisdictional norms, resolution of conflicts and conjunction of jurisdictions, as well as the creation of opportunities for conflict of laws. Also questionable is the provision that leaves it to the supervisory authority's discretion to determine the measures and amount of fines imposed in the supervision procedure. This results in confusion regarding the conditions for the imposition of measures, on the one hand, and a significant narrowing of the possibilities for protecting the rights of the subjects of supervision, on the other hand.

Key words: *Digital Assets. – Administrative Supervision. – Inspection Supervision.*

Датум пријема рада: 3. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.626.97(497.11) ; 347.627.3
CERIF: S 130
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23208A

др *Урош* НОВАКОВИЋ*
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

Јелена* ПЛАМЕНАЦ*
адвокат у Београду, Србија

СПОРАЗУМ О ДЕОБИ ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ И УГОВОР О ПОДЕЛИ ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ – ЗАШТИТА ПОВЕРИЛАЦА И(ЛИ) СЛОБОДА РАСПОЛАГАЊА СУПРУЖНИКА***

Сажетак

У имовинскоправном делу, развод брака може имати последице не само на супружнике, децу и чланове шире породице, већ и на нека трећа лица – повериоце супружника. За повериоца није исто да ли ће један супружник добити сву непокретну имовину, а други супружник који је дужник у неком односу са повериоцем, неће добити ништа, чиме ће поверилац бити онемогућен да се наплати из имовине супружника

* Електронска адреса аутора: *uros.novakovic@ius.bg.ac.rs*

** Електронска адреса аутора: *jelena.plamenac@vp.rs*..

*** Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“, за 2023. годину, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Репулике Србије.

дужника. Повериоци би могли тражити побијање споразума о деоби заједничке имовине услед тога што је намера супружника да се на тај начин изиграју повериоци. Породични закон не предвиђа неки посебан вид заштите поверилаца, док повериоци потенцијалну заштиту могу да захтевају на основу одредби Закона о облигационом односима, којима је регулисано побијање дужникових правних радњи. Примена института побијања дужникових правних радњи код споразума о деоби заједничке имовине у пракси не би била могућа, што потврђује и чињеница да у домаћој судској пракси још увек нема пресуде која би се односила на ово питање.

Признање активне легитимације повериоцима може се учинити код паулијанске тужбе, где се захтева да поверилац има само досељено потраживање, а није потребно да то потраживање буде утврђено правноснажном и извршном пресудом. Други пут побијања штетних споразума супружника од стране повериоца огледа се у утврђивању њихове ништавости. На повериоцима који траже побијање споразума о деоби заједничке имовине, односно уговора о подели, биће терет доказивања да докажу да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног супружника или ванбрачног партнера да закључи такав споразум и, ако је то други уговарач (супружник или ванбрачни партнер) знао или морао знати, споразум ће бити без дејства.

Кључне речи: *Супружници. – Повериоци. – Деоба заједничке имовине. – Уговор о подели заједничке имовине. – Непокретности.*

I Увод

У савремено доба развод брака постао је, нажалост, све чешћа појава у породичним односима. Како трајност брака није више редован ток одвијања породичног живота, поставља се питање како најлакше изаћи из брака, уз што мање негативних ефеката. Осим по децу и саме супружнике, развод брака има последице и по друге чланове шире породице (бабе и деде, друге крвне сроднике), посебно у погледу личних односа супружника и њихове деце. Међутим, са друге стране, у имовинскоправном делу, развод брака може имати последице не само на супружнике, децу и чланове шире породице, већ и на нека трећа лица – повериоце супружника.

Предмет анализе у раду биће два уговора, односно споразума у Породичном закону, између супружника и ванбрачних партнера – споразум о деоби заједничке имовине и уговор о подели заједничке имовине.

Основна разлика се огледа у томе што се споразум о деоби заједничке имовине закључује приликом развода брака, као саставни део споразума о разводу брака,[1] док се уговор о подели заједничке имовине може закључити (и) током трајања брака.[2] Споразум о деоби заједничке имовине подразумева да је заједница живота супружника престала. Уговор о подели заједничке имовине закључује се само за постојећу имовину супружника, чиме се утврђује удео сваког супружника, док након закључења тог уговора нова стечена имовина има карактер заједничке имовине, осим ако су супружници закључили брачни уговор, чиме су и на нову имовину применили другачији режим од законског имовинског режима. Наиме, уговором о подели се може регулисати само имовина која по закону има статус заједничке имовине, док се брачни уговор може односити како на заједничку, тако и на имовину која је у режиму посебне имовине супружника.[3] Даље, битна разлика јесте да се споразум о деоби заједничке имовине, као обавезни, саставни део споразума о разводу брака, може закључити само између супружника, док се уговор о подели заједничке имовине може закључити како између супружника, тако и између ванбрачних партнера. Једина разлика поводом уговора о подели заједничке имовине, огледа се у томе да супружници могу овај уговор закључити било када у току трајања брака, или након престанка брака, док ванбрачни партнери то не могу учинити у „првим годинама“ трајања ванбрачне заједнице, с обзиром на то да постојање заједничке имовине ванбрачних партнера зависи од дужине трајања ванбрачне заједнице – потребно је поред заједничког живота и одсуства брачних сметњи, да је заједница трајала најмање неколико година. Поред споразумне деобе заједничке имовине, кроз рад ће бити дат и кратак осврт на судски поступак деобе заједничке имовине, са фокусом на положај поверилаца супружника и ванбрачних партнера у том поступку.

Последњи део рада, посвећен је анализи акција, обвезница и права интелектуалне својине као предмета заједничке имовине супружника, који у пракси, поред удела у привредном друштву, накнада из рада супружника које нису резултат рада (бонуси, награде, одликовања) и

1 Споразум о разводу брака обавезно садржи и писмени споразум о вршењу родитељског права и писмени споразум о деоби заједничке имовине. Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015, чл. 40 ст. 2. Такође, споразум супружника о деоби заједничке имовине уноси се у изреку пресуде којом се брак разводи на основу споразума о разводу брака. ПЗ, чл. 225 ст. 2.

2 ПЗ, чл. 179. Овај уговор закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.

3 Бојан Пајтић, „Брачни уговори у српском и европском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, 257–282.

добити остварене по основу алеаторних уговора (а нарочито по основу уговора о доживотном издржавању), најчешће доводе до недоумица приликом деобе заједничке имовине супружника.

II Споразумни развод брака – споразум о деоби заједничке имовине

1. Појам и функција споразума о деоби заједничке имовине

Два основна облика развода брака која познаје наше право јесу споразумни развод и развод по тужби. Док код развода брака по тужби, покретањем поступка, нити једно од спорних питања између супружника није решено, и тек треба да се реши у судском поступку, споразумни развод брака има као претходно питање договор супружника око одређених питања. Да би споразумни развод био прихваћен неопходно је да у будућности не постоје спорна питања између супружника која би се могла појавити и самим тим довести до нових парница. Начело аутономије воље и слободе уговарања супружника овде добија пун смисао, посебно код споразума о деоби заједничке имовине. Супружници су потпуно слободни, без икаквог ограничења, да поделе заједничку имовину како желе. Најчешће се и у упоредном праву захтева да се споразумним разводом брака реше и лична и имовинска питања.[4] Споразумни развод брака свакако се показује као пожељније решење по супружнике него вођење дуготрајних парница око поделе заједничке имовине. Неспорно је да су услови за развод брака на основу споразума знатно блажи у односу на развод брака по тужби.[5]

Споразумни развод брака прихваћен је у свим европским законодавствима. Најчешће се захтева да супружници постигну споразум о питањима која се тичу деце (вршење родитељског права, одржавање личних односа са дететом и издржавање детета) и имовинских односа (међусобно издржавање супружника и подела имовине). Присутна су мања или већа ограничења у погледу имовинских питања, и то поделе заједничке имовине, најчешће поводом статуса породичног дома (Немачка и Француска).[6] Генерално посматрано, у већини европских

4 Jonathan Herring, *Family Law*, Harlow, 2007, 116.

5 За енглеско право видети: Penny Booth, „Divorce reform – the English Law experience“, *Pravni život*, br. 10/2016, 38.

6 Katharina Boele-Woelki, Frederique Ferrand, Cristina Gonzales Beilfuss, Maarit Jantera-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Walter Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen, 2007, 41.

законодавстава породични дом има специфичан правни статус приликом деобе заједничке имовине супружника.[7]

Наш законодавац не поставља никаква ограничења споразумној деоби заједничке имовине, што представља једно изузетно либерално решење. Према нашем мишљењу – исувише либерално, нарочито када се узме у обзир могућност злоупотребе закључења овог споразума са циљем изигравања поверилаца супружника, како ће бити приказано. Тако, у швајцарском праву супружници приликом споразумног развода брака треба да постигну сагласност око вршења родитељског права, супружничког издржавања, поделе имовине и социјалног и пензијског осигурања. Иако се, начелно, суд не меша у споразум супружника око поделе заједничке имовине, он има опште овлашћење да одбије споразум ако је супротан основним начелима швајцарског правног поретка.[8] Додатно, суд није ограничен оним што су супружници договорили поводом заједничког породичног дома,[9] независно од права својине, закупа или других права једног или оба супружника на непокретности. Други део критика непостојању ограничења споразумној подели заједничке имовине тиче се односа самих супружника и може представљати известан вид дискриминације. Овакав начин деобе може бити основ да се један супружник (најчешће жена) правним путем онемогући да добије имовину на коју има право.[10]

2. Статус поверилаца супружника код закључења споразума о деоби заједничке имовине

Проблем заштите поверилаца, у контексту тога да се неће поставити питање да ли за преузете обавезе одговара супружник дужник само својом посебном имовином, већ и заједничком имовином, неће се јавити уколико супружници брачним (или у неким упоредноправним системима и предбрачним уговором) реше питање свог постојећег или будућег имовинског режима, тиме што ће искључити постојање заједничке имовине.[11] На тај начин повералац једног од супружни-

7 Walter Pintens, „Statutory Matrimonial Propriety Regimes in Europe“, *Pravni život*, br. 10/2009, 910.

8 О томе и Тања Китановић, „Основне одлике швајцарског бракоразводног система“, *Правни живот*, бр. 10/2009, 1128.

9 Члан 12.1 Швајцарског грађанског законика (*Code civil suisse*).

10 Урош Новаковић, „Дискриминација жена у домену имовинских односа супружника“, *Liber amicorum: проф. др Мирко Васиљевић* (ур. Душан Поповић), Београд, 2021, 747–764.

11 Слично, Lydia Neves Bastos Telles Nunes, „The Brazilian matrimonial propriety regimes“, *Pravni život*, br. 10/2010, 94.

ка имаће јасну ситуацију поводом имовине која може бити предмет потраживања. Проблематика деобе заједничке имовине огледа се у томе што споразум који су супружници закључили није могуће повући. Једина могућност јесте да се споразум побија услед мана воље, и то од стране самих супружника.[12] Повериоци би могли тражити побијање споразума услед тога што је намера супружника да се на тај начин изиграју повериоци. ПЗ не предвиђа неки посебан вид заштите поверилаца код закључења споразума о деоби заједничке имовине супружника, те би повериоци потенцијалну заштиту могли да захтевају на основу одредаба Закона о облигационом односима,[13] којима је регулисано побијање дужникових правних радњи. Опште је правило да сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату, и без обзира на то кад је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца, при чему се под правном радњом подразумева и пропуштање.[14] ЗОО прописује различите услове за побијање теретних и бесплатних располагања, а поверилац који сматра да је оштећен тужбу подноси против трећег лица са којим је, односно у чију је корист предузета правна радња која је предмет побијања, или против његових универзалних следбеника. Уколико би захтев повериоца био усвојен, правна радња губи правно дејство према повериоцу у мери у којој је то потребно за испуњење његовог потраживања.[15]

Међутим, сматрамо да би примена института побијања дужникових правних радњи код споразума о деоби заједничке имовине у пракси била немогућа, што потврђује и чињеница да у домаћој судској пракси још увек нема пресуде која би се односила на ово питање. Када би супружници споразумом о деоби заједничке имовине, као саставним

12 Пресуда којом се брак разводи на основу споразума о разводу, може се побијати само због битних повреда одредби парничног поступка, или због тога што је споразум закључен под принудом или у заблуди. ПЗ, чл. 227. Вид. Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу посл. број Гж. 2944/2015 од 4. 10. 2016. године.

13 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

14 У судској пракси, под правним радњама предузетим на штету поверилаца сматрани су одрицање наследника од заоставштине у корист другог наследника, као бестеретно располагање (Пресуда Вишег суда у Ваљеву, посл. број Гж. 621/2020 од 28. 1. 2021. године), изјава о признању тужбеног захтева која доводи до умањења дужникове имовине (Решење Привредног апелационог суда, посл. број Пж. 5519/2017 од 31. 5. 2018. године), поклањање своје имовине супрузи када је потраживање повериоца већ доспело на наплату (Пресуда Окружног суда у Чачку, посл. број Гж. 447/2003 од 20. 5. 2003. године), радња преноса оснивачког улога уговором без накнаде (Решење Вишег трговинског суда, посл. број Пж. 7317/2007 од 12. 11. 2008. године).

15 ЗОО, чл. 280–285.

делом споразума о разводу брака, предвидели да ће целокупна њихова заједничка имовина припасти само једном од супружника, суд такав споразум не би преиспитивао, већ би споразум био унет у изреку судске пресуде о разводу брака. Могуће је замислити да би на такав начин били оштећени сопствени повериоци супружника који након развода брака задржава само оно што је улазило у његову посебну имовину, с обзиром на то да је супружник њима одговоран својом посебном имовином, као и својим уделом у заједничкој имовини,[16] те чињеница да се супружник дужник током споразумног развода брака одрекао свог удела у заједничкој имовини може довести до тога да он више нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања. У судском поступку покренутом ради побијања такве дужникове правне радње, поверилац би, између осталог, морао да докаже да ли је у питању теретно или бесплатно располагање, будући да би од тога зависили услови и рок за побијање предузете правне радње. Сматрамо да би то било јако тешко, готово немогуће доказати, с обзиром на то да су, за разлику од осталих учесника имовинских односа, супружници лица која су међусобно везана правима и дужностима различите правне природе, али и неправним везама, које би биле од додатног утицаја на деобу заједничке имовине,[17] што повериоцима фактички онемогућава да се заштите, чак и уколико је супружник дужник кроз споразум о деоби заједничке имовине малициозно поступио на штету повериоца, свесно предузимајући правну радњу која ће довести до тога да у својој имовини нема довољно средстава за намирење повериоца.

III Судска деоба заједничке имовине

1. Појам и функција судске деобе заједничке имовине

Уколико супружници не могу да постигну споразум око поделе заједничке имовине, подела ће се извршити у судском поступку.[18] Судски поступак за деобу заједничке имовине могу да покрену и ванбрачни партнери, под условом да су током трајања ванбрачне заједнице стекли заједничку имовину која би могла бити предмет деобе.[19] У судској

16 ПЗ, чл. 186.

17 Примера ради, у судском поступку деобе заједничке имовине већи удео једног супружника у стицању заједничке имовине не зависи само од његових остварених прихода, већ и од вођења послова у домаћинству, старања о деци, старања о имовини те других околности од значаја за одржавање или увећање вредности заједничке имовине (ПЗ, чл. 180 ст. 3).

18 ПЗ, чл. 180 ст. 1.

19 Поједностављења ради, у овом делу ће под појмом супружник бити подразумеван и појам ванбрачног партнера, будући да се на имовинске односе ванбрачних

пракси се као интересантно поставља питање потребе постојања правног интереса за покретање овог поступка.[20] Према нашем мишљењу, чл. 180 ст. 1 ПЗ не треба стриктно тумачити, тј. покретање судског поступка ради деобе заједничке имовине не би требало ограничавати само на ситуацију у којој супружници не могу да се споразумеју око поделе заједничке имовине, из разлога што у пракси могу постојати и друге препреке закључењу споразума.[21]

Оно што ће суд најпре ценити у поступку судске деобе заједничке имовине, независно од тога да ли поступак покреће супружници или друга овлашћена лица, јесте трајање заједнице живота. Може се поставити питање стицања непокретности или друге имовине док брак још формално траје, али је заједница живота престала. У овом делу имамо слична правила која се примењују на стицање заједничке имовине било да је у питању брак или ванбрачна заједница. Потребно је да супружник који сматра да је имовина стечена у току трајања брака, али након престанка заједнице живота, то и докаже. Не видимо други начин доказивања заједнице живота осим сведока, имајући у виду да супружник који је стекао имовину након престанка заједнице живота може бити и даље пријављен на истој адреси на којој има пребивалиште и други супружник. Међутим, за разлику од ванбрачне заједнице, овде чак ни

партнера сходно примењују одредбе ПЗ које се односе на имовинске односе супружника (ПЗ, чл. 191).

20 Тако, Виши суд у Београду Решењем посл. број П. 343/2022 од 11. 10. 2022. године одбацује тужбу поднету ради деобе заједничке имовине супружника, налазећи да тужиља нема правни интерес за подношење тужбе, јер између ње и туженог није било спорно трајање брачне заједнице, као и да су она и тужени заједничким радом и средствима стекли непокретну имовину и акције које су предмет тужбеног захтева и да је њихов допринос у стицању заједничке имовине једнак, тј. да износи по ½ идеалних делова, те суд закључује да међу парничним странкама нема спора око деобе заједничке имовине, нити је спорна било која чињеница од утицаја на деобу, истовремено упућујући парничне странке да изврше споразумну деобу заједничке имовине у складу са чланом 179 ПЗ.

21 Како се уговор о деоби заједничке имовине закључује у форми солемнизоване исправе, то ће дужност јавног бележника приликом солемнизације бити да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, те да, уколико утврди да правни посао није дозвољен, решењем одбије да потврди исправу (Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 93ђ. У складу са тим, могуће је замислити ситуацију у којој је поверилац једног од супружника на непокретности која је предмет заједничке имовине супружника, а која је уписанана име само тог супружника (применом одредбе чл. 176 ст. 2 ПЗ) уписао забрану располагања непокретношћу у јавне књиге, што би био разлог да јавни бележник одбије солемнизацију уговора о подели заједничке имовине коју чини та непокретност, иако међу супружницима постоји споразум о деоби.

постојање друге адресе супружника не говори да не постоји заједница живота – супружници могу бити у браку и може постојати потпуна и стабилна заједница живота чак и ако имају различите адресе на којима живе. Чак ни живот у различитим државама не повлачи, по правилу, непостојање заједнице живота. Стога, постојање тужбе или другог акта пред надлежним државним органом или нпр. медијатором за мирење, поступак пред Центром за социјални рад, може бити доказно средство да заједница живота супружника не постоји. Свакако да се подношење тужбе може сматрати као најсигурнији доказ непостојања заједнице живота супружника, уколико поступак судске деобе заједничке имовине покрећу супружници. Међутим, када овај поступак покрећу повериоци, могуће је да заједница живота супружника још увек траје, те да ће супружници учинити све што је у њиховој моћи да покушају да „спасу" заједничку имовину у том поступку.

Занимљиво је питање рока у коме супружници и друга овлашћена лица имају право да захтевају судску деобу заједничке имовине. Опште је прихваћен став да то право не застарева. У пракси је примећено да та околност може довести до правне несигурности, у виду неизвесности да ли ће правна дејства појединих располагања опстати. Примера ради, у ситуацији у којој јавни бележник треба да солемнизује уговор о продаји непокретности која је предмет заједничке имовине супружника, а само је један од супружника уписан у катастар непокретности као власник непокретности, док је други супружник преминуо, а иза његове смрти није вођен оставински поступак, јавни бележник ће бити дужан да изврши солемнизацију уговора о продаји, уз упозорење да евентуални наследници продавчевог супружника имају право да захтевају поделу имовине којом се располаже, од чега ће зависити пуноважност предузетог правног посла.[22] Указујемо на то да на исти начин као и наследници преминулог супружника, повериоци оног супружника из чије се посебне имовине нису могла намирити њихова потраживања, имају право да захтевају деобу заједничке имовине супружника, те уколико се утврди да су одређене ствари и права којима је самостално располагао један од супружника биле предмет заједничке имовине супружника, потенцијално могу да осујете таква располагања.[23]

22 Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 25. 7. 2018. године.

23 Посебно правно питање јесу услови поништаја правних послова које један од супружника предузме без сагласности другог супружника, када се накнадно утврди да је располагано заједничком имовином супружника. Ово питање неће бити предмет анализе, будући да превазилази обим овог рада.

2. Статус поверилаца код судске деобе заједничке имовине супружника

Како имовина коју су супружници стекли током трајања брака има посебну правну природу према којој се не зна колики је укупан удео сваког супружника,[24] нити која ствар припада једном а која другом супружнику, постоји правни интерес трећих лица у погледу тога од кога ће моћи да потражују одређену ствар из заједничке имовине. Тај интерес видљив је код судске деобе, где поделу заједничке имовине може тражити поверилац једног супружника.[25] Наиме, за повериоца није исто да ли ће један супружник добити сву непокретну имовину, а други супружник који је дужник у неком односу са повериоцем, неће добити ништа, чиме ће поверилац бити онемогућен да се наплати из имовине супружника дужника. Да би поверилац доказао свој правни интерес за покретање судског поступка деобе заједничке имовине супружника, мора доказати да се из посебне имовине оног супружника који је његов дужник нису могла намирити његова потраживања. ПЗ не даје ближе смернице у погледу услова које такво потраживање треба да испуњава, односно, да ли је неопходно да потраживање буде доспело, утврђено правноснажном судском одлуком и сл. Није предвиђено ни на који начин ће бити утврђено да потраживање није могло бити намирено из посебне имовине супружника дужника тј. да ли је покретање и вођење судског поступка ради принудне наплате потраживања услов који мора да претходи покретању овог поступка. Дакле, одговор на питања од којих зависи право на активну легитимацију поверилаца за покретање судског поступка деобе заједничке имовине супружника треба бити дато у судској пракси.[26] Сматрамо да би се у овом делу сходно могли примењивати ставови које је судска пракса заузела за примену института побијања дужникових правних радњи тј. за признање активне легитимације повериоцима приликом подношења паулијанске тужбе, где се захтева да поверилац има само доспело потраживање, а није потребно да то потраживање буде утврђено правноснажном и извршном

24 О томе и Ненад Тешић, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот*, бр. 10/2006, 261.

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

26 Тако, Апелациони суд у Београду у Пресуди посл. бр. Гж. 2693/2014 од 3. 4. 2015. године даје тумачење да захтев за судску деобу заједничке имовине супружника могу поднети и завештајни наследници преминулог супружника, који свој статус, односно активну легитимацију за покретање поступка деобе, треба да докажу подношењем решења о наслеђивању или проглашеног завештања.

пресудом,[27] те није нужно да је против дужника покренут извршни поступак ради принудног намирења потраживања како би се доказала инсолвентност дужника, а како на тужиоца – повериоца не би био сваљен превелики терет доказивања.[28] Признање активне легитимације за покретање судског поступка деобе заједничке имовине супружника, тек је први изазов за повериоца. Оборива је законска претпоставка да су удели супружника у заједничкој имовини једнаки,[29] те се током поступка може доказивати већи удео једног супружника у стицању заједничке имовине. Оно што ће у овом поступку додатно отежати положај поверилаца јесте околност да су поред прихода, чињенице које ће бити од утицаја на већи удео једног супружника у стицању заједничке имовине вођење послова у домаћинству, старање о деци и друге околности које су по природи ствари познате искључиво супружницима и њима блиским лицима. Уколико је судски поступак ради деобе заједничке имовине супружника иницирао поверилац услед немогућности намирења свог потраживања из посебне имовине супружника који је његов дужник, замисливо је да се супружници у том поступку држе као једна страна, доказујући већи удео у заједничкој имовини супружника који није дужник, на такав начин осујећујући могућност да се поверилац намири из удела у заједничкој имовини, јер ће та имовина по окончању поступка деобе у већем делу припасти другом супружнику.[30]

27 Пресуда Привредног суда у Пожаревцу посл. број П. 215/2020 од 9. 3. 2021. године, потврђена Пресудом Привредног апелационог суда посл. број Пж. 3824/2021 од 10. 2. 2022. године.

28 Решење Врховног касационог суда посл. број Рев. 2845/2021 од 24. 6. 2021. године.

29 ПЗ, чл. 180 ст. 2.

30 Ова опасност нарочито долази до изражаја уколико супружници покрену судски поступак деобе заједничке имовине са намером изигравања поверилаца, будући да ће сходно чл. 7 ст. 2 Закона о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, суд да размотри и утврди само чињенице које су странке изнеле и да изведе само доказе које су странке предложиле, те постоји реална опасност да супружници „прећуте“ оне чињенице и доказе који им не би ишли у корист за поступак деобе заједничке имовине који се води са срачунатим циљем. Ипак, одређена заштита се налази у чињеници да је суд овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле, ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу да располажу (ЗПП, чл. 7 ст. 3).

IV Уговор о подели заједничке имовине

1. Појам и функција уговора о подели заједничке имовине

Како је речено у уводном делу, уговор о подели заједничке имовине имовине закључује се само за постојећу имовину супружника или ванбрачних партнера, без правног дејства *pro futuro,* какво би имао брачни уговор,[31] а може се закључити и током трајања брака и по његовом престанку. Закључење уговора о деоби заједничке имовине пружа могућност да супружници или ванбрачни партнери уреде имовинске односе који су међу њима настали до тог тренутка онако како њима највише одговара, у складу са начелом аутономије воља, а уз поштовање општих одредби које се односе на закључење било ког уговора, будући да одредбама ПЗ нису прописана додатна ограничења, изузев захтева форме.

2. Статус поверилаца код закључења уговора о подели заједничке имовине

Закључење уговора о подели заједничке имовине може бити (зло)употребљено као вид заштите имовине дужника, споразумним препуштањем већег или целокупног удела у заједничкој имовини другом супружнику, односно ванбрачном партнеру. Заштита поверилаца и код овог уговора потенцијално би могла да се остварује кроз примену института побијања дужникових правних радњи, тј. подношењем паулијанске тужбе, при чему би у судском поступку требало да се утврди да ли је у питању теретно или бесплатно располагање, што би зависило како од садржине уговора о деоби заједничке имовине, тако и од чињеница које су биле од утицаја на стицање заједничке имовине супружника, односно ванбрачних партнера, а које по природи ствари неће бити познате повериоцима. Управо услед тих чињеница, овај уговор има специфичну природу и не може се унапред дефинисати као теретни или бестеретни, једностранообавезујући или двостранообавезујући правни посао, већ ће његова природа морати да се утврђује у сваком конкретном случају, што отежава положај поверилаца уколико би своја права покушали да заштите паулијанском тужбом.

У судској пракси, заузет је став да уговор којим супружници деле заједничку имовину представља вид вансудског поравнања међу

31 О брачном уговору као предмету побијања од стране поверилаца: Јелена Пламенац, „Брачни уговор као предмет побијања од стране поверилаца“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2021, 564–584.

супружницима, те да се може побијати само у случају постојања разлога за његову ништавост.[32]

V Ништавост споразума о деоби заједничке имовине и уговора о подели заједничке имовине

Деоба заједничке имовине супружника чији је циљ спречавање намирења поверилаца супружника, односно једног од њих, има недопуштен основ, тј. основ који је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, што споразум о деоби заједничке имовине, односно уговор о подели, чини ништавим.[33] Околност да повериоци подношењем паулијанске тужбе потенцијално могу да отклоне дејства таквих правних радњи у односу на себе, у мери која је потребна за намирење њихових потраживања, не утиче на право да се тражи утврђивање ништавости таквих споразума.[34] На повериоцима који траже побијање споразума о деоби заједничке имовине, односно уговора о подели, биће терет доказивања да докажу да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача (супружника или ванбрачног партнера) да закључи такав споразум и, ако је то други уговарач (супружник или ванбрачни партнер) знао или морао знати, споразум ће бити без дејства, при чему савесност друге стране неће бити од значаја код бестеретних располагања, што нас враћа на терен потешкоћа у доказивању на страни поверилаца, будући да та чињеница зависи од бројних околности које су по природи познате само супружницима, односно ванбрачним партнерима и њима блиским лицима. Ипак, уколико су повериоци своја потраживања обезбедили уписом у јавно доступне

32 Врховни касациони суд у Пресуди посл. број Рев. 2146/2021 од 23. 9. 2021. године, даје тумачење према коме, када је „*споразум супружника о деоби заједничке имовине сачињен на правно ваљани начин и у претежном делу извршен, такав споразум се може побијати само у случају постојања разлога за његову ништавост*“. У конкретном случају, брак међу парничним странкама био је разведен правноснажном судском пресудом, на основу споразума о разводу брака, а потписани споразум супружника о деоби заједничке имовине пропустом суда није био унет у изреку пресуде којом је брак разведен. Првостепени, другостепени, а потом и Врховни касациони суд, стали су на становиште да након реализације споразума нема основа да суд поново врши деобу имовине између супружника, осим у случају постојања разлога за побијање споразума из узрока ништавости, у складу са чл. 103 ЗОО. Иако се цитирани став односи пре свега на супружника као лице које је у судском поступку за деобу заједничке имовине покушало да оспорава претходно договорену поделу, сматрамо да би суд заузео исти став и у случају да поверилац покуша да оспорава уговор о деоби заједничке имовине. Слично тумачење даје и Апелациони суд у Крагујевцу у Пресуди посл. бр. Гж 2944/2015 од 4. 10. 2016. године.

33 ЗОО, чл. 51–53 у вези са чл. 103.

34 Пресуда Врховног касационог суда посл. број Рев. 7882/2021 од 6. 4. 2021. године.

евиденције, друга страна неће моћи да тврди да јој чињеница постојања потраживања није била позната.[35]

У домаћој судској пракси, за сада, нема спорова у којима повериоци траже утврђивање ништавости споразума о деоби и уговора о подели заједничке имовине из разлога малициозног располагања, са намером оштећења поверилаца. Наиме, било је спорова у којима је ништавост споразума о деоби заједничке имовине тражена из разлога што је тужилац сматрао да се деоба непокретности, као предмета заједничке имовине, може извршити или у форми поравнања или у форми пресуде, али не и кроз споразум о деоби заједничке имовине, какав тужбени захтев је одбијен, имајући у виду да тужиочеви наводи нису имали утемељење у одредбама ПЗ.[36]

VI Специфични предмети заједничке имовине супружника

1. Акције и обвезнице

Акције су хартије од вредности[37] које се издају у дематеријализованој форми, гласе на име и региструју у Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности – ЦРХОВ, у складу са одредбама закона којим се уређује тржиште капитала. Све акције исте класе[38] морају имати једнаку номиналну вредност. Појам акције у пракси има три значења – акција је део основног капитала акционарског друштва, акција је скуп чланских права и обавеза које има акционар и то је исправа на основу које акционар ужива права на акцији као хартији од вредности (да њоме располаже) и права из хартије (односно, чланска права). Супротно томе, обвезнице нису чланске, већ дужничке, облигационоправне хартије од

35 У том контексту и: Пресуда Апелационог суда у Београду, посл. број Гж. 157/2023 од 1. 3. 2023. године.

36 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу посл. број Гж. 13/2019 од 22. 10. 2019. године.

37 Детаљније о хартијама о вредности видети код: Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2012, 257 и даље.

38 Акционарско друштво може издавати обичне и преференцијалне акције (врсте акција), а у оквиру сваке врсте акција, акције које дају иста права, чине једну класу акција. Све обичне акције увек чине једну класу акција (обична акција је акција која имаоцу даје: право учешћа и гласања на скупштини, тако да једна акција увек даје право на један глас; право на исплату дивиденде; право учешћа у расподели ликвидационог остатка или стечајне масе, право пречег стицања обичних акција, или других финансијских инструмената заменљивих за обичне акције; друга права у складу са законом и статутом). Преференцијална акција је акција која имаоцу даје једно или више повлашћених права утврђених статутом или одлуком о издавању. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 250, 251 и 253.

вредности, које дају право на наплату номиналног износа на који обвезница гласи, као и право на наплату припадајуће камате. Међутим, без обзира на ову суштинску разлику између акција и обвезница, за предмет ове анализе од значаја је заједничка карактеристика акција и обвезница као финансијских инструмената, тј. чињеница да се њиховим законитим имаоцем сматра лице на чије име гласи рачун у ЦРХОВ-у, односно за чији се рачун финансијски инструмент води у случају примене кастоди услуга, те да само законитом имаоцу финансијског инструмента припада потраживање, односно право из финансијског инструмента који се води на рачуну у ЦРХОВ-у.[39]

ПЗ не садржи одредбе које посебно регулишу акције, обвезнице и друге финансијске инструменте као предмет заједничке имовине супружника, односно ванбрачних партнера, што може да узрокује проблеме у пракси, односно сукоб одредаба породичноправних прописа и компанијскоправних прописа, те прописа који се односе на тржиште капитала. Уколико се акције или обвезнице стичу средствима из заједничке имовине, то би по принципу реалне суброгације требало да и саме постану предмет заједничке имовине.[40] Ипак, с обзиром на одредбу ЗПД да се акционаром у односу према акционарском друштву и трећим лицима сматра лице које је као законити ималац акције уписано у ЦРХОВ, а дан уписа у ЦРХОВ јесте дан стицања акције,[41] те с обзиром на цитиране одредбе Закона о тржишту капитала, у пракси ће само онај супружник, односно ванбрачни партнер који је евидентиран као ималац акције, односно обвезнице или неког другог финансијског инструмента, бити у могућности да остварује права која та хартија од вредности пружа.

Противречност породичноправних, компанијскоправних и прописа који се односе на тржиште капитала, посебно ће доћи до изражаја у случају деобе заједничке имовине, а нарочито уколико супружник или ванбрачни партнер који није уписан као ималац тих финансијских инструмената, сматра да има одређена права по основу тога што су финансијски инструменти стечени средствима из заједничке имовине, те у судском поступку захтева утврђивање свог сувласничког удела на овим врстама хартија од вредности.

У домаћој судској пракси за сада није одлучивано о акцијама као предмету заједничке имовине супружника,[42] док је у погледу обвезница

39 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021, чл. 5.

40 Н. Тешић, 263.

41 ЗПД, чл. 249 ст. 1.

42 Питање је тренутка када ће ова проблематика заживети и у домаћој судској пракси, будући да је упоредноправно веома актуелна и предмет је бројних истраживања

Врховни касациони суд дозволио издвајање из састава заоставштине по основу стицања током трајања заједнице живота у браку, односно утврђивање да је тужиља власник са идеалним делом од 1/2 права својине на обвезницама чији је номинални власник био други супружник.[43] Ипак, када су у питању акције, имајући у виду да у себи за разлику од обвезница носе инкорпорисана чланска права, ситуација је знатно сложенија, будући да би се признавањем чланског својства супружнику, односно ванбрачном партнеру отворила бројна питања која се односе на остваривање његових чланских права, а нарочито у погледу тренутка од кога би чланска права требало да буду призната (примера ради, као питања на која је неопходно дати одговор наметнула би се питања права на дивиденду оног супружника, односно ванбрачног партнера који није био уписани акционар уколико би се накнадно утврдило такво његово својство; пуноважност располагања акцијама које је предузео уписани власник тих акција, без сагласности другог супружника, односно ванбрачног партнера и заштита права трећих лица која се поуздају у јавно регистроване податке у ЦРХОВ-у; услови и могућности да други супружник, односно ванбрачни партнер накнадно побија располагање акцијама, извршено од стране евидентираног акционара, или да оствари право на накнаду штете и слично). Када су у питању акције, није спорно да на њима може постојати сувласништво,[44] али имајући у виду да су акције недељиве,[45] додатне теоријске и практичне проблеме узроковала би ситуација у којој би било утврђено да је једна акција предмет заједничке имовине супружника. Сва ова питања захтевају истраживање које обимом превазилази тему и циљ овог рада, те на овом месту желимо да укажемо да промењени друштвени и економски односи захтевају да законодавац посебно регулише финансијске инструменте као предмет заједничке имовине супружника, односно ванбрачних партнера, како би остало што мање простора за давање

(видети код: Dubravka Hrabar, „Prijepori o sudskoj nadležnosti i poslovnim udjelima u svjetlu bračne stečevine“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 1–2/2022, 189–211; Tina Jakupak, „Poslovni udjel(i) i bračna stečevina kroz praksu trgovačkih sudova“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2021, 559–578; Zvonimir Jelinić, „Bračna stečevina u kontekstu Zakona o trgovačkim društvima“, *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst* (ur. Branka Rešetar, Mirela Župan), Osijek, 2011, 121–137; Gregor Dugar, „Division of an equity stake in a company due to division of the common property of the spouses“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2014, 199–223; Gregor Dugar, *Pravna ureditev podjetniškega premoženja zakoncev*, doktorska disertacija, Ljubljana, 2013; Gregor Dugar, „Podjetniško premoženje kot skupno premoženje zakoncev“, *Pravni letopis*, 2015, 55–79).

43 Пресуда Врховног касационог суда Рев. 904/2021 од 8. 4. 2021. године.

44 ЗПД, чл. 256.

45 ЗПД, чл. 248 ст. 1 и ст. 2.

различитих тумачења у конкретним случајевима у судској пракси и угрожавања правне сигурности на тај начин.

2. Права интелектуалне својине

ПЗ прописује да се имовина стечена коришћењем права интелектуалне својине у току трајања заједнице живота у браку, сматра заједничком имовином супружника.[46] Таква законска одредба, израз је чињенице да је домаћи законодавац увидео да су се друштвени односи променили, те да имовинскоправни односи супружника и ванбрачних партнера превазилазе уобичајене односе усмерене на право својине и друга стварна права на покретним и непокретним стварима.[47] Законска формулација, *a contrario*, указује на то да је дело које је предмет интелектуалне својине (ауторско дело, сродна права, проналазак) предмет посебне имовине оног супружника који је творац дела. Међутим, и поред постојања ове одредбе, нисмо успели да пронађемо случај из домаће судске праксе који би нам потврдио њену примену.

Ипак, на овом месту ћемо указати на један потенцијални проблем који би могао настати у судској пракси, а који се односи на чињеницу да је Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва предвиђена искључива надлежност Вишег суда у Београду за спорове о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског порекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти за територију Републике Србије,[48] те је и у судској пракси потврђена искључива стварна и месна надлежност тог суда за суђење у спору у коме ималац права интелектуалне својине потражује накнаду за коришћење свог права.[49]

Изражавамо бојазан да би, позивањем на ову одредбу, у судском поступку који се односи на деобу имовине стечене коришћењем права интелектуалне својине у току трајања заједнице живота у браку могло доћи до оглашавања ненадлежним оног суда који је према општим правилима надлежан за судску деобу заједничке имовине супружника,[50] те упућивања предмета у делу тужбеног захтева који се

46 ПЗ, чл. 173.

47 Тако и D. Hrabar, 193.

48 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013, чл. 4 ст. 3.

49 Решење Врховног касационог суда посл. број Р1. 84/2020 од 26. 2. 2020. године.

50 За суђење је опште месно надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште (ЗПП, чл. 39 ст. 1), док подела стварне надлежности између основног и вишег суда,

односи на интелектуалну својину Вишем суду у Београду. Ово истичемо нарочито из разлога што су проблеми сличне врсте већ настали у упоредноправној судској пракси,[51] те се критикује чињеница да се на овај начин установљава двострука уместо универзалне надлежности суда за деобу заједничке имовине супружника, што није у складу са начелом економичности и потребом да се процесна грађа концентрише, нити захтевом правне сигурности, а будући да доношење одлуке суда зависи од утврђивања јединствене чињенице – да ли је имовина која је предмет деобе стечена радом, односно коришћењем права интелектуалне својине, за време трајања заједнице живота у браку.[52]

VII Закључак

Потпуна аутономија воље и слобода уговарања супружника у потпуности је у породичним односима примењена (једино) у имовинскоправном делу њихових међусобних односа. Тако, примену овог начела имамо у делу брачног уговора, споразума о деоби заједничке имовине и уговора о подели заједничке имовине. Док у погледу личних односа, вршења родитељског права, утврђивања порекла у односу на дете, постоје бројна и значајна ограничења супружника, у имовинском делу њихових односа они су потпуно препуштени сопственој регулацији. *Prima faciae* такво решење може бити пожељно, али некада, по саме супружнике, а посебно по трећа лица која учествују у имовинским односима

зависи од вредности предмета, према Закону о уређењу судова, *Службени гласник* РС, бр. 16/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018, 87/2018 и 88/2018.

51 Примера ради, у Републици Хрватској постоји проблем двоструке надлежности у случају спора о ауторском праву између двоје супружника, будући да би за решавање спора о ауторском праву постојала надлежност трговачког суда, док би за деобу имовине супружника био надлежан суд опште надлежности. Тако, могућ је примарни спор пред трговачким судом о томе ко је од супружника аутор неког дела, док би се приходи од коришћења тог ауторског дела делили пред судом опште надлежности. D. Hrabar, 199.

52 У Републици Хрватској проблем двоструке судске надлежности постоји и у парницама у којима је предмет деобе заједничке имовине супружника удео у привредном друштву, услед околности да је предвиђено да трговачки судови суде у споровима о располагању чланством и чланским правима у привредним друштвима. Наиме, с обзиром на то да судском пресудом о деоби брачне стечевине један од супружника може постати члан привредног друштва, тј. на основу правноснажне судске одлуке се може пријавити за упис у судски регистар чланова привредног друштва, то је удео у привредном друштву као предмет заједничке имовине супружника под надлежношћу трговачког суда, док су неки други предмети заједничке имовине (примера ради, непокретности и уштеђевина) под надлежношћу суда опште надлежности. *Ibid.*

са супружницима, то може имати последице и довести до озбиљних злоупотреба. Супружници могу фиктивним закључивањем споразума о деоби заједничке имовине изиграти повериоце јер поверилац неће имати могућност да се из посебне имовине супружника-дужника наплати. Из угла поверилаца, споразум о деоби заједничке имовине готово да није могуће нападати. Наиме, супружници у овом делу имају апсолутну аутономију воље, те могу договорити поделу имовине како они желе, без икаквих законских ограничења. Уношењем споразума у изреку пресуде, без испитивања, споразум постаје саставни део пресуде. Даље, не само да нема никаквих ограничења њиховом слободном располагању, већ суд нема никакву могућност испитивања стварне воље супружника, нити (имовинских) интереса трећих лица. Примена истражног начела, широко примењеног у неким другим породичноправним споровима, овде нема примену – истражно начело не постоји. Ако је у поступцима утврђивања материнства и очинства, као и поступцима за лишење родитељског права и заштиту права детета, проширена примена истражног начела, а сужена примена начела диспозиције, код споразумног развода брака у делу деобе заједничке имовине постоји искључивање истражног начела, и апсолутна примена начела аутономије воље. Сасвим је другачији положај повериоца супружника код уговора о деоби заједничке имовине. Ако је предмет поделе супружника непокретност или друга имовина на којој је поверилац уписао забележбу (забрану располагања имовине која је заједничка), јавни бележник може одбити да солемнизује уговор позивањем управо на то да се поделом имовине жели оштетити, односно осујетити трећа страна при наплати свог потраживања. Повериоци имају једну могућност, а то је да своја потраживања упишу у јавне регистре, на основу чега супружник из уговора о подели заједничке имовине неће моћи да се позива да није знао да је одређена имовина предмет потраживања од стране повериоца другог супружника.

Породични закон не пружа могућност посебне заштите поверилаца приликом деобе заједничке имовине. И приликом судске деобе, када поверилац покреће поступак, потребно је да докаже правни интерес, и да се упусти у терет доказивања већег удела супружника дужника, што ће, по правилу, бити тешко доказати јер су у питању чињенице које знају само супружници, а који желе да утврде мањи удео супружника дужника. Закон о облигационим односима даје могућност да се паулијанском тужбом побијају правне радње дужника које су имале за циљ оштећење поверилаца уопште, па самим тим и повериоца једног од супружника.

У претежном броју случајева, предмет располагања заједничком имовином супружника су непокретности, али имајући у виду савремене

финансијске токове, акције, обвезнице и права интелектуалне својине могу се јавити као делови заједничке имовине супружника који могу бити предмет њихове поделе. Иако код нас судска пракса у овој области не постоји, не искључујемо могућност вођења ових спорова посебно јер се у упоредном праву воде овакви спорови.

Коришћена литература

Boele-Woelki Katharina, Ferrand Frederique, Beilfuss Christina Gonzales, Jantera-Jareborg Maarit, Lowe Nigel, Martiny Dieter, Pintens Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen, 2007

Booth Penny, „Divorce reform – the English Law experience", *Pravni život*, br. 10/2016.

Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2012. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)

Dugar Gregor, „Division of an equity stake in a company due to division of the common property of the spouses", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2014.

Dugar Gregor, „Podjetniško premoženje kot skupno premoženje zakoncev", *Pravni letopis*, 2015.

Dugar Gregor, *Pravna ureditev podjetniškega premoženja zakoncev*, doktorska disertacija, Ljubljana, 2013.

Jakupak Tina, „Poslovni udjel(i) i bračna stečevina kroz praksu trgovačkih sudova", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2021.

Jelinić Zvonimir, „Bračna stečevina u kontekstu Zakona o trgovačkim društvima", *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst* (ur. Branka Rešetar, Mirela Župan), Osijek, 2011.

Китановић Тања, „Основне одлике швајцарског бракоразводног система", *Правни живот*, бр. 10/2009. (Kitanović Tanja, „Osnovne odlike švajcarskog brakorazvodnog sistema", *Pravni život*, br. 10/2009)

Neves Bastos Telles Nunes Lydia, „The Brazilian matrimonial propriety regimes", *Pravni život*, br. 10/2010.

Новаковић Урош, „Дискриминација жена у домену имовинских односа супружника", *Liber amicorum: проф. др Мирко Васиљевић* (ур. Душан Поповић), Београд, 2021. (Novaković Uroš, „Diskriminacija žena u domenu imovinskih odnosa supružnika", *Liber amicorum: prof. dr Mirko Vasiljević* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2021)

Пајтић Бојан, „Брачни уговори у српском и европском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009. (Pajtić Bojan, „Bračni ugovori u srpskom i evropskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2009)

Pintens Walter, „Statutory Matrimonial Propriety Regimes in Europe“, *Pravni život*, br. 10/2009.

Пламенац Јелена, „Брачни уговор као предмет побијања од стране поверилаца“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2021. (Plamenac Jelena, „Bračni ugovor kao predmet pobijanja od strane poverilaca“, *Pravo i privreda*, br. 1–4/2021)

Тешић Ненад, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот*, бр. 10/2006. (Tešić Nenad, „O zajedničkoj imovini supružnika“, *Pravni život*, br. 10/2006)

Herring Jonathan, *Family Law*, Harlow, 2007

Hrabar Dubravka, „Prijepori o sudskoj nadležnosti i poslovnim udjelima u svjetlu bračne stečevine“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, br. 1–2/2022.

***Uroš* NOVAKOVIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

***Jelena* PLAMENAC**
Attorney at law in Belgrade, Serbia

AGREEMENT ON DIVISION OF JOINT MARITAL PROPRIETY AND CONTRACT ON DIVISION OF JOINT MARITAL PROPRIETY – PROTECTION OF CREDITORS AND/OR FREEDOM OF DISPOSAL OF SPOUSES

Summary

In the area of property law, divorce has consequences not only for the spouses, children and members of the extended family, but also for some third parties – the spouse's creditors. For the creditor, it is not the same whether one spouse will receive all the marital property, and the other spouse, who is a debtor in some relationship with the creditor, will not receive anything, which will

prevent the creditor from collecting of the debtor's spouse propriety. Creditors could seek to invalidate the agreement on the division of joint property due to the intention of the spouses to cheat the creditors in this way. Thus, Family Law does not provide any special type of creditor protection, but creditors can request potential protection based on the provisions of the Law on Obligations, which regulate the refutation of the debtor's legal actions. The application of the institution of refutation of the debtor's legal actions in the agreement on the division of joint property would not be possible in practice, which is also confirmed by the fact that there is still no judgment in domestic judicial practice that would refer to this issue.

Acknowledgment of active legitimation to creditors can be done in the form of Paulian lawsuit, where it is required that the creditor has only a due claim, and it is not necessary for that claim to be determined by a legally binding and enforceable judgment. Another way of refutation of harmful agreements of the spouses by the creditor is to establish their nullity. Creditors who request the refutation of an agreement on the division of joint property, or contract on division of joint propriety will have the burden of proof to prove that an impermissible motive significantly influenced the decision of one spouse or extra marital partner to conclude such an agreement and, if it is the other contracting party (spouse or extra marital partner) knew or should have known, the agreement will be void.

Key words: *Spouses. – Creditors. – Division of Joint Marital Propriety. – Contract on Division of Joint Marital Propriety. – Real Estate.*

Датум пријема рада: 11. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.965.43(497.11) ; 347.921.1
CERIF: S 130, S 142
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23209A

др *Марко* С. КНЕЖЕВИЋ*
ванредни професор Универзитета у Новом Саду – Правног факултета, Србија

ПОСТУЛАЦИОНА СПОСОБНОСТ ПУНОМОЋНИКА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

Вољно заступање у српском парничном поступку вишеструко је ограничено у смислу избора пуномоћника. Пуномоћник не може да буде свако пословно способно лице, већ поред адвоката још само узак круг субјеката, а у неким случајевима само адвокат. У раду се покушава пружити објашњење да је испуњеност потребних услова на страни пуномоћника ништа друго до питање њихове постулационе способности, те да су радње постулационо неспособног пуномоћника принципијелно непуноважне из тог разлога, не зато што је он неовлашћен за заступање. Супротно учење, које поистовећује квалификацију пуномоћника и овлашћење за заступање, води низу неприхватљивих резултата. Уз то, на подлози учења о постулационој способности пуномоћника, разматрају се последице њеног дефицита, закључно са могућношћу санирања.

Кључне речи: *Вољно заступање у парничном поступку. – Пуномоћник. – Постулациона способност. – Услови пуноважности парничних радњи.*

* Електронска адреса аутора: *mknezevic@pf.uns.ac.rs*.

I Увод

1. Својство пуномоћника у парничном поступку као структурална разлика у односу на материјалноправни модел

Између вољног заступања у грађанском праву и вољног заступања у грађанском процесном праву начелно постоји структурални идентитет. У оба случаја заступање је непосредно и директно, пуномоћје је апстрактно те спољашњи однос има примат. Но, постоји и значајна структурална разлика. Док је у материјалном праву избор помоћника неограничен, у грађанском процесном праву то није тако. Јер, не само да су странке принципијелно приморане да буду заступане путем адвоката у поступцима по ванредним правним лековима, већ и у првостепеном и другостепеном поступку оне имају ограничено право избора пуномоћника. Данас не може свако пословно способно лице да буде пуномоћник у парничном поступку.

2. Отворена догматичка питања

Постепено увођење ограничења избора пуномоћника у парничном поступку пратила је пре свега правнополитичка и/или уставноправна дискусија, а делимично је и сада тако. Међутим, садашње уређење вољног заступања је заоштрило до крајњих граница догматичке проблеме, како у погледу основног питања, тако и у односу на бројна појединачна – она која на овај или онај начин зависе од одговора на основно.

У том смислу, до данас није коначно разјашњено питање квалификације саме установе, односно природе услова: да ли испуњеност услова за пуномоћника спада у „овлашћење за заступање“ у смислу пуноважности самог пуномоћја, или је то заправо (само) питање постулационе способности пуномоћника? О томе, када се пажљивије истражи литература и судска пракса, одавно нема консензуса, али изгледа да нема ни свести о постојању спора.

На то се надовезују бројна појединачна, изразито практична питања, на која различити правци дају дивергентне одговоре: како суд треба да поступи онда када уочи да пуномоћник не испуњава потребне услове? Ако то пропусти, од каквог је значаја овакав недостатак – да ли је реч о апсолутно битној повреди, или само релативној? На то се наслања и питање да ли је то – након правноснажног окончања спора – разлог за понављање поступка или не? Коначно, да ли се недостатак може санирати или не, а ако може, до када и са каквим дејством?

3. Теза и план излагања

Све речено чини проблематику рада, при чему се већ из његовог наслова назире резултат. Теза гласи: услови које ЗПП тражи за пуномоћнике јесу обележја њихове постулационе способности, а она је услов пуноважности парничне радње.

Томе је и прилагођена структура рада. Најпре ће се дати преглед развоја законског уређења од прве југословенске кодификације (1929) до данас (II). Излагање развоја је нужно ради показивања концептуалног континуитета, јер није ЗПП из 2011. први увео ограниченост избора пуномоћника и онда када је странка постулационо способна. Стога је зарад смисленог приказивања раније, југословенске литературе, која је и данас употребљива, нужно приказати тадашње уређење. Након тога биће систематизована схватања литературе и судске праксе о концепту као таквом (III). Једно од тих схватања биће потом подвргнуто критици (IV), како би се припремио терен за одбрану учења о постулационој способности пуномоћника (V). Завршни део који следи покушава да да одговоре на појединачне проблеме који настају онда када парничне радње предузимају постулационо неспособни пуномоћници (VI). На крају, биће сумирани најзначајнији резултати рада у тезама (VII).

Свесно се оставља по страни проблематика која је уназад скоро две деценије, а нарочито у последњој, доминантна у домаћем правном дискурсу – питање уставности, као и правне политике. Само тамо где то буде релевантно за разјашњавање *lex lata* стања, питање циља норми, и само у том контексту правне политике, биће размотрена.

II Развој уређења

1. Супстанцијални развој

а) Предратно право

Ноторно је да је прва југословенска кодификација парничног поступка 1929. године готово дословен превод аустријског парничног поступка. Уређење вољног заступања је ипак један од малобројних примера у којима је аустријски узор био модификован. Наиме, без резерве је био прихваћен концепт апсолутно обавезног адвокатског заступања, али не и релативно обавезног. Аустријски узор је подразумевао (а тако је и дан данас) да постоје принципијелно три случаја: први, да је странка потпуно постулационо неспособна, када је мора заступати адвокат (*absolute Anwaltspflicht* [апсолутно обавезно адвокатско заступање]); други, када је странка заиста постулационо способна, али ако жели пуномоћника,

он може бити само адвокат (*relative Anwaltspflicht* [релативно обавезно адвокатско заступање]); и трећи, која подразумева да је странка постулационо способна, и да може по својој вољи одабрати било кога – осим надриписара – за пуномоћника.[1] Тадашњи југословенски законодавац је одлучио да не преузме ову другу, међусолуцију, тако да је постојао један бинарни модел: ако је странка постулационо способна, пуномоћник је могао да буде свако (§ 130 ст. 1 Грпп);[2] у супротном, пуномоћник је могао да буде само адвокат (§ 128 ст. 1 Грпп).[3]

б) Социјалистичко право

Снажни идеолошки разлози[4] утицали су на уређење вољног заступања у послератном праву. На основу Закона о неважности правних прописа (1946) укинуто је обавезно адвокатско заступање. Такво стање је озакоњено првом кодификацијом из 1956. године (ЗПП 56[5]), а преузето је и у другој из 1976. године (ЗПП 76[6]). Инаугурисан је принцип слободног заступања, по којем су странке неограничено постулационо способне, а уз то, принципијелно, свако потпуно пословно лице може бити пуномоћник. Уз традиционално искључење надриписара, уведен је и нови, опет идеолошки[7] мотивисан изузетак од принципа: у имовинскоправним споровима у којима је вредност предмета спора прелазила одређени износ, пуномоћници привредних организација, установа и фондова могли су да буду само они који су положили судијски или адвокатски испит (чл. 84 ЗПП 56); исто је важило, без обзира на вредност предмета спора, у поступцима пред вишим привредним судовима и Врховним привредним судом (чл. 481 ст. 2 ЗПП 56). Касније је услед уставних промена измењен овај концепт утолико што је у ЗПП 76 нужност

1 За мало детаљнији преглед из перспективе садашњег аустријског права вид. Georg Kodek, Peter Mayr, *Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Wien, 2013, марг. бр. 385 и даље.

2 Упор. Фрањо Горшић, *Коментар Грађанскої парничної поступка, књига прва*, Београд, 1933, 441.

3 За детаљан приказ тадашњег концепта вид. Срећко Цуља, *Грађанско процесно право*, Београд, 1936, 360 и след.

4 Репрезентативно Самуел Камхи, *Грађански судски поступак*, 3. издање, Сарајево, 1961, 231 и даље; о томе више, са даљим упућивањима на ондашњу литературу, вид. Марко Кнежевић, „О новом уређењу вољног заступања у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2011, 685.

5 Закон о парничном поступку, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 4/1957 са каснијим изменама и допунама.

6 Закон о парничном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/1977 са каснијим изменама и допунама.

7 Упор. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo. Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku. IV. knjiga*, Zagreb, 2008, 216; М. Кнежевић, 685.

правне квалификације пуномоћника била предвиђена за заступање организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница у имовинским споровима преко одређене вредности (изворни чл. 91 ЗПП 76). Слом социјализма није довео до укидања приказаног концепта, већ до преобликовања: напуштена категорија ОУР замењена је просто правним лицем (новелирани чл. 91 ЗПП 76), чиме је тек дошло до противуречних вредновања.[8] Такво стање је трајало све до прве реформе парничног поступка у Републици Србији.

в) Закон о парничном поступку из 2004. године

Закон о парничном поступку из 2004. године (ЗПП 04)[9] представља прву прекретницу у напуштању принципа слободног заступања. Иако је укинут услов за вољно заступање правних лица у имовинским споровима преко одређене вредности, уведено је обавезно адвокатско заступање странака у поступцима по ревизији и захтеву за заштиту законитости (чл. 84 ст. 2 ЗПП 04). Другим речима, по први пут од Другог светског рата странкама је била ограничена постулациона способност у парничном поступку.[10] Утолико је и уведено значајно сужавање услова за пуномоћника: у тим поступцима пуномоћник је могао да буде само адвокат, док је у осталим етапама парничног поступка то могао да буде свако, изузев надриписара (чл. 85 ЗПП 04).

г) Закон о парничном поступку из 2011. године

1) Изворна редакција

Иако је Влада у Предлогу новог ЗПП била конципирала драстичну реформу вољног заступања, усвојени текст је донекле ублажио промену парадигме. Наиме, Влада је била предложила да пуномоћник у парничном поступку може бити само адвокат, а уз то је била предвидела обавезно адвокатско заступање у поступцима по свим правним

8 За такву критику упор. Боривоје Познић, „Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства“, *Правни живот*, бр. 1–2/1996, 71; Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку. Према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама*, Београд, 2009, 214.

9 Закон о парничном поступку – *Службени гласник РС*, бр. 124/2004 са каснијим изменама и допунама.

10 Упркос бројним критикама које су циљале и на кршење Устава, УС је одлучио да тако нешто није противуставно. Вид. УС, 28. 9. 2006 – ИУ 181/05, *Службени гласник РС*, бр. 106/06, 57 = *Билтен Уставног суда*, бр. 2/2006, 14 (усклађеност са Уставом из 1990); 30. 4. 2009 – ИУ 28/05, *Билтен Уставног суда*, бр. 1/2009, 184 (усклађеност са садашњим Уставом).

лековима.[11] Од тога се одустало након поднетих амандмана у Народној скупштини, тако да је усвојени ЗПП[12] предвидео да поред адвоката (изворни чл. 85 ст. 1 ЗПП) пуномоћници правних лица могу бити њихови „стално запослени", под условом да су дипломирани правници са положеним правосудним испитом (изворни чл. 85 ст. 2 ЗПП), односно да странке морају бити заступане путем адвоката (тек) у поступку по ванредним правним лековима (изворни чл. 85 ст. 3 ЗПП).[13]

2) Одлука Уставног суда

Снажне критике[14] новог концепта су кулминирале иницијативама за оцену уставности које је УС и усвојио, утолико што је сматрао да је онако како је конципирано, условљавање пуномоћника неуставно.[15] Тиме је ствар била враћена, заправо, на стање пре доношења ЗПП, јер је услед настале празнине опет свако могао да буде пуномоћник у првостепеним и другостепеном поступку. Оно је ипак трајало сразмерно кратко, јер је законодавац реаговао доношењем Закона о изменама и допунама ЗПП[16] (Новела 2014), тачно годину дана након одлуке УС.[17]

3) Садашње стање

Без улажења у детаље и проблематичне ситуације, довољно је овде репродуковати редакцију релевантних одредби новелираног ЗПП. Странке су принципијелно постулационо способне, јер тек у поступку по ванредним правним лековима морају бити заступане путем адвоката (чл. 85 ст. 6 ЗПП), или ако је то дозвољено или нужно, путем одговарајућег правобранилаштва. Пуномоћник физичког лица у првом и другом степену суђења поред адвоката може бити крвни сродник у

11 Вид. чл. 85 ст. 1 и 2 Предлога Закона о парничном поступку, доступно на адреси: *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2954–11.zip*, 10. 4. 2023.

12 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011.

13 Подробније о изворном концепту ЗПП вид. М. Кнежевић, 688 и даље; о правнополитичким аргументима вид. Никола Бодирога, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд, 2012, 83 и даље.

14 Између осталих вид. Весна Ракић-Водинелић, „Нови Закон о парничном поступку Србије 2011", *Правни записи*, бр. 2/2011, 531 и даље.

15 УС, 23. 5. 2013 – IУз 51/12, *Службени гласник РС*, бр. 54/2013, 49. За оправдане критике ове одлуке вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 9. издање, Београд, 2017, 775 и даље; Никола Бодирога, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд, 2019, 26 и даље.

16 *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 53.

17 Овај закон је донет 23. маја 2014, а одлука УС 23. маја 2013.

правној линији, брат, сестра, „брачни друг“ (чл. 85 ст. 2 ЗПП),[18] или представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе, али само ако има положен правосудни испит (чл. 85 ст. 2 ЗПП); уз то, запосленог у радном спору може заступати по пуномоћју и представник синдиката чији је запослени члан, опет само ако има положен правосудни испит (чл. 85 ст. 3 ЗПП). Пуномоћник правног лица у овим поступцима, поред свакако адвоката, може бити и његов запослени, такође уз услов да има положен правосудни испит (чл. 85 ст. 4 ЗПП).[19] Нека правна лица по пуномоћју може заступати и одговарајуће правобранилаштво (чл. 11 ст. 3, 53 ст. 2 у вези са чл. 11 ст. 3 Закона о правобранилаштву).

2. Уређење процесних последица

У предратном праву само делимично и посредно су биле уређене последице постулационе неспособности пуномоћника. У случају обавезног адвокатског заступања, поднесци које није адвокат потписао враћали би се на исправак (§ 183 ст. 1 и 2 у вези са § 175 Грпп). Приступање странке рочишту без адвоката у том случају сматрало се њеним изостанком (§ 197 ст. 3 Грпп). Према томе, ако би у овим случајевима приступио пуномоћник који није адвокат, наступале би исте последице.

У социјалистичком праву само је делимично била операционализована неспособност пуномоћника. Надриписару суд би решењем ускратио даље заступање (чл. 83 ст. 2 ЗПП 56; чл. 90 ст. 2 ЗПП 76), што је било схваћено у доминантној литератури да до тада предузете радње остају на снази.[20] Супротно, последице неиспуњености услова за пуномоћника друштвених правних лица нису биле уређене.

Увођење обавезног адвокатског заступања у ЗПП 04 било је праћено додавањем разлога за одбацивање ревизије онда када ју је изјавио неко други од пуномоћника адвоката (чл. 401 ст. 2 тач. 2 ЗПП 04). Такав приступ је преузео и ЗПП (чл. 410 ст. 2 тач. 2 ЗПП), а касније је Новелом 2014 проширен и на предлог за понављање поступка (чл. 430 ст. 1 ЗПП). Међутим, упркос снажном сужавању круга пуномоћника у првостепеном и другостепеном поступку, релевантних одредби о последицама њихових радњи нема.

18 О томе да и ванбрачни партнер спада у ову групу вид. доле V.3.б).

19 О томе да и предузетника у одређеним споровима може заступати његов запослени уз одговарајућу квалификацију, вид. доле V.3.б).

20 Уместо свих: Б. Познић (2009), 213.

III Догматичко уобличавање у литератури и судској пракси

Преглед развоја уређења питања ко може бити пуномоћник у парничном поступку показао је да институт као такав уопште није нов, већ је – из *lex lata* перспективе – квантум ограничења нов. Стога је за реконструкцију схватања литературе и судске праксе не само корисно, већ и нужно, узимање у обзир југословенске теорије и јудикатуре.

1. Изостанак јасног лоцирања института

За већину у литератури карактеристично је да се на општем плану питање квалификације услова који се траже за пуномоћника не систематизује. Излагање проблематике је сведено на описивање појединачних услова ради давања одговора „ко може бити пуномоћник".[21] Другим речима, нема покушаја да се пронађе догматичко место института, да се он „догматички лоцира". Но, то не значи уједно да се не разматрају правне последице дефицита својстава које за пуномоћнике ЗПП тражи. У том смислу, схватања овог дела литературе се може реконструисати кроз посредна изјашњавања о конкретним правним последицама, а како је већ индиковано (множина: „схватања"), она су различита. Исто важи за судску праксу.

2. Посредно изјашњавање

а) Литература

Део литературе, и то пре свега савремене, испуњеност услова за пуномоћника квалификује као услов настанка или опстанка пуномоћја као таквог. У том смислу се још за време важења ЗПП 76 заступао став да пуномоћје дато лицу које не испуњава потребне квалификације ни не производи дејство,[22] а данас се истиче да престанак неког од

21 Упор. већ Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, 238 и даље; С. Камхи, 230 и даље; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, 15. издање, Београд, 1999, 125 и даље; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015, 213 и даље; А. Јакшић, 275–276; Никола Бодирога, *Парнични поступак*, Београд, 2022, 142; Ранко Кеча, у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 20. издање, Београд, 2023, 131; Боривоје Старовић, у: Боривоје Старовић, Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, 3. издање, Нови Сад, 2004, 158; Душица Палачковић, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004, 115. Исти приступ има и Дика у обради хрватског права, упор. M. Dika, 212 и даље.

22 Милка Јанковић, у: Милка Јанковић, Живота Јанковић, Хранислав Карамарковић, Драгољуб Петровић, *Коментар Закона о парничном поступку*, 3. издање, Београд, 1990, 133, 142.

предвиђених својстава, попут престанка адвокатуре,[23] развода брака[24] или запослења код странке[25] води престанку пуномоћја. Исти правац је доследан у разради овог темељног става, јер он неопажено заступање путем таквих лица квалификује као апсолутно битну повреду из чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП у виду „непостојања овлашћења за заступање".[26] Јер, ако је нарочито својство пуномоћника услов настанка или опстанка пуномоћја, онда је дефицит својства ништа друго до непостојање пуномоћја.

Супротно схватање, међутим, свесно раздваја питање постојања пуномоћја као таквог, и испуњеност услова који се траже за пуномоћника. Цуља (*Zuglia*) још 1957. године уобличава[27] – полазећи превасходно од последица дефицита, тј. из перспективе правних лекова – учење о недостацима у заступању и неправилностима у заступању. Док је прва група резервисана за недостатак овлашћења за заступање, где свакако спада и недостатак пуномоћја, друга група се везује за заступање од стране пуномоћника који нема потребна својства. Само је прва група случајева обухваћена апсолутно битном повредом поступка (тадашњи чл. 343 ст. 2 тач. 8 ЗПП 56, садашњи чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП), односно разлогом за понављање поступка (тадашњи чл. 381 тач. 3 ЗПП 56, садашњи чл. 426 тач. 3 ЗПП), док друга није.[28] Такође, према његовом схватању, иако суд на неправилности у заступању такође пази *ex offo*, радње које предузме пуномоћник без потребних својстава производе дејство пре него што суд уочи дефицит.[29]

Средње схватање потиче од Познића, кога су и други, у неким деловима, очигледно следили. Наиме, за њега није спорно да недостатак потребних својстава пуномоћника, ако се не уочи, не представља апсолутно битну, већ тек, евентуално, релативно битну повреду поступка.[30] Јер,

23 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 213 и даље; А. Јакшић, 280; Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2023, 193, 197; Н. Бодирога (2022), 146.

24 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 194, 197; слично Н. Бодирога (2022), 146.

25 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 197.

26 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 200; тако већ за ЗПП 76: М. Јанковић, у: М. Јанковић *et al.*,133, 142.

27 Заметак његовог учења је видљив још у излагању о предратном праву, када он постулациону неспособност странке не уврштава у разлоге ништавости поступка (данашњим речником – у апсолутно битне повреде), упор. S. Zuglia, 372.

28 S. Zuglia, 243 и даље; само у резултату, и то без позива на њега и Горан Свилановић, *Предлог за понављање парничног поступка*, Београд, 1996, 72, са констатацијом да то нису „уопште повреде поступка"; коначно, опет само у резултату, за хрватско право тако и M. Dika, 216, 240.

29 S. Zuglia, 243.

30 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 126, 130. Иако Познић говори о постојању „релативно битне повреде", што би се пре могло протумачити да он заиста мисли да је по среди повреда која је утицала или могла утицати на правилност пресуђења,

између непостојања пуномоћја и непостојања потребних квалификација постоји разлика.[31] Исто тако, он као и Цуља сматра да радње неквалификованог пуномоћника остају на снази све док му суд не ускрати даље заступање.[32] Међутим, Познић ипак сматра – и то у време важења ЗПП 76 – да пуномоћје дато адвокату престаје и када њему престане право на бављење адвокатуром.[33] То би значило, доследно, да у том случају ипак пресуда јесте оптерећена апсолутно битном повредом, јер ако пуномоћје престаје, онда пуномоћник више нема овлашћење за заступање.

б) Судска пракса

И у судској пракси је владала, и још увек влада, шароликост приступа и резултата. Ранија, југословенска судска пракса је доминантно заступала став да учествовање пуномоћника без потребних квалификација не представља апсолутно битну повреду у виду „непостојања овлашћења за заступање", већ тек, евентуално, релативно битну.[34] И данас постоје одлуке у којима се изражава исти став, па тако Привредни апелациони суд истиче да је

> тужиоца заступало лице које је имало уредно и *пуноважно* пуномоћје, па се не може сматрати неовлашћеним. Одсуство свих квалитета које измењени Закон о парничном поступку предвиђа за пуномоћника правног лица, је недостак (*sic!*) на који би могао указивати само тужилац, а *и тада би суд био овлашћен да цени да ли је наведени недостатак био од утицаја на законитост доношење одлуке*.[35]

С друге стране, према ставу истог суда, приступање пуномоћника који има пуномоћје, али не испуњава потребне услове, води ускраћивању

на оба места се уз позива на ВСЈ (погрешно ипак: „СВС"), у којој се наглашава да ће то бити релативно битна повреда само ако постоје додатне чињенице које указују на каузалну везу, упор. ВСЈ, 15. 10. 1964 – Рев 1740/64, *Билтен Врховног суда Југославије*, књ. 14 (1965), 34.

31 Б. Познић (2009), 216.

32 *Ibid.*

33 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 130; Б. Познић (2009), 210; идентично Б. Старовић, у: Б. Старовић, Р. Кеча, 167.

34 Без претензије на потпуност, нека буду наведене само следеће одлуке савезних инстанци и републичких врховних судова: ВСЈ, 15. 10. 1964 – Рев 1740/64, *Билтен Врховног суда Југославије*, књ. 14 (1965), 34; ВрхПС, 21. 4. 1965 – Сл 185/65, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 7/1965, 27; *VSH*, 23. 2. 1983 – Rev 2663/82, *Pregled sudske prakse*, 23 (1984), 170; ВСБиХ, 9. 3. 1989 – Рев 281/88, *Билтен Врховног суда Босне и Херцеговине*, бр. 2/1989, 82 = *Судска пракса*, бр. 10/1990, 51.

35 ПАС, 7. 5. 2015 – Пж 7346/14 (курз. додат). Одлука је доступна у званичној бази судске праксе *www.sudskapraksa.sud.rs*.

заступања таквом лицу и сматра се да је заступана странка изостала са рочишта, што води даљим последицама у зависности од конкретног случаја.[36]

Данас, ипак, постоје и схватања која пунктуално изражавају супротан став, који, када се поопшти, подразумева да је испуњеност услова за пуномоћника услов настанка или опстанка пуномоћја. Тако Апелациони суд у Београду сматра да губитком потребног својства пуномоћника (овде: одлазак пуномоћника адвоката у пензију) престаје пуномоћје, тј. престаје да производи дејства.[37] Ако би се овај став доследно спровео, то би значило да Апелациони суд у Београду сматра да је пресуда оптерећена апсолутно битном повредом поступка чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП, уколико је странку у првостепеном поступку заступао пуномоћник који не испуњава потребне услове. Управо тако је изричито сматрао Апелациони суд у Нишу, када је заступање жалиоца у првостепеном поступку од стране лица које нема потребна својства квалификовао као апсолутно битну повреду поступка, са додатком да се такав недостатак чак ни не може отклонити.[38]

3. Учење о постулационој способности пуномоћника

Први који питање квалификација пуномоћника изричито подводи под његову постулациону способност је Миливоје Марковић, већ по доношењу ЗПП 56. Он саму постулациону способност дефинише субјективно неутрално, тако што њу не везује само за странку, и последично за концепт обавезног (адвокатског) заступања, већ за било које парнично способно лице.[39] За њега је и питање квалификованости пуномоћника питање његове постулационе способности.[40] Отуда је разумљиво да М. Марковић неовлашћено заступање као апсолутно битну повреду поступка, односно као разлог за понављање поступка

36 ПАС, 16. 9. 2015 – Пж 889/15, *ел. база судске праксе Правно информациони систем РС (ПИС)*. У конкретном случају за тужиоца је приступио запослени који нема положен правосудни испит, те је констатовано да се тужба сматра повученом у смислу чл. 475 ЗПП.

37 АС у Београду, 16. 3. 2017 – Гж 4254/16, *Билтен Апелационог суда у Београду*, књ. 9 (2019), 79. У конкретном случају то је био разлог за одбацивање жалбе коју је изјавио адвокат у пензији као пуномоћник.

38 АС у Нишу, 12. 6. 2018 – Гж 4954/17, *ParagrafLex*.

39 Миливоје Марковић, *Грађанско процесно право. Књига прва. Свеска I*, Београд, 1957, 210.

40 Упор. М. Марковић (1957), 210: у случају из чл. 84 ЗПП 56 „постулациону способност као пуномоћник има само лице са положеним судским или адвокатским испитом“.

везује само за случај лажног пуномоћника.[41] По њему, очито, пуноважност пуномоћја као таква не зависи од постулационе способности пуномоћника.

Трива је, с друге стране, већ од првог издања свог система,[42] па до последњег,[43] рађеног на подлози хрватског права, заступао став да је услов квалификованости пуномоћника такође питање постулационе способности, са јасном назнаком да субјекат на који се односи тада није странка, већ сам пуномоћник. Доследан је став Триве, стога, да учешће неквалификованог пуномоћника не представља апсолутно битну повреду поступка.[44]

На крају, Г. Станковић и Боранијашевић изричито сматрају да је квалификованост пуномоћника ствар њихове постулационе способности,[45] али потом исто тако заступају тезу, макар у исходу, да је то питање пуноважности пуномоћја, односно да је заступање неквалификованог пуномоћника апсолутно битна повреда поступка.[46] У том смислу, реч је о недоследном схватању, делимично и противуречном.

4. Екскурс: немачко и аустријско схватање

Детаљнији приказ немачког и аустријског уређења постулационе способности и вољног заступања немогуће је дати у оквиру рада овог формата, али чини се да то није ни потребно. Оно што је нужно, и то због историјског и догматичког контекста, јесте скицирање модела и приказ владајућих схватања о кључним питањима.

У немачком праву постоји разлика између тзв. адвокатских и страначких парница (нем. *Anwalts– und Parteiprozess*). У првима постоји обавезно адвокатско заступање, док у другим не, али и тада – нарочито након измена 2007. године – пуномоћник не може да буде свако, већ само одређена лица.[47] Неподељено је схватање литературе и судске праксе да је питање ко може бити пуномоћник у свим

41 М. Марковић, 250.

42 Siniša Triva, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb, 1964, 244, 259.

43 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb 2004, 311, 328.

44 S. Triva, M. Dika, 330.

45 Г. Станковић, В. Боранијашевић, 136.

46 *Ibid.*, 200.

47 Примера ради, у поступцима пред основним судовима, пуномоћник странке поред адвоката може бити њен запослени, свако лице које је квалификовано да буде судија, као и одређени ближњи; утолико је погрешно приказивање немачког права, по којем и потоњи морају да буду правно квалификовани; тако, ипак, раније М. Кнежевић, 693 фн. 46.

случајевима питање постулационе способности; да би неко као пуномоћник пуноважно предузимао радње у поступку, он мора бити постулационо способан. Јер, одавно се постулациона способност дефинише као способност једног лица да пуноважно предузима радње „пред судом", што се односи изричито и на пуномоћнике:[48] Јакоби (*Jacoby*) то прегнантно формулише: „она [*scil.* постулациона способност, *прим. аут.*] мора постојати код онога који предузима радњу, а не код онога коме се приписује. Код заступања она се тиче заступника, а не заступаног".[49] Дилема да ли заступање постулационо неспособног лица као такво представља апсолутно битну повреду поступка, која је готово идентично формулисана као и у ЗПП, одавно је решена у негативном смислу.[50] Исто важи и за негирање разлога за понављање поступка, који је опет скоро исто редигован као у ЗПП.[51]

У аустријском праву, како је већ приказано (вид. горе II.1.а]), постоји апсолутно и релативно обавезно адвокатско заступање, што значи да у највећем броју случајева пуномоћник може да буде само адвокат. Већинско схватање у литератури, међутим, на концептуалном плану постулациону способност везује само за странке, не и за пуномоћнике.[52] Изузетак је Фашинг (*Fasching*), који – додуше под другим термином – и испуњеност услова који се траже за пуномоћника квалификује као њихову постулациону способност.[53] Међутим, упркос реченом, нема спора о томе да заступање од стране пуномоћника који не испуњава потребне услове не представља апсолутно битну повреду, ни разлог за

48 Christoph Althammer, у: Richard Zöller (Begr.), *Zivilprozessordnung*, 32. Auflage, Köln, 2018, vor § 50 марг. бр. 14; Florian Jacoby, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, 2020, марг. бр. 243; Stephan Weth, у: Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 20. Auflage, München, 2023, § 78 марг. бр. 4; упор. и Leo Rosenberg, Karl-Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, 2010, § 45 марг. бр. 3.

49 Florian Jacoby, у: Reinhard Bork, Herbert Roth (Hrsg.), *Stein/Jonas. Zivilprozessordnung. Band 2.*, 23. Auflage, Tübingen, 2016 § 78 марг. бр. 7.

50 Упор. само L. Rosenberg, K.H. Schwab. P. Gottwald, § 45 марг. бр. 13 са даљим упућивањима; о разлозима за овакав став вид. доле IV.2.

51 Вид. претходну фн.

52 Упор. Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 7. Auflage, Wien, 2009, марг. бр. 322; Oskar Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, 12. Auflage, Graz, 2009, марг. бр. 112; Richard Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, 2. Auflage, Wien–New York, 1976, 77.

53 Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. Auflage, Wien, 1990, марг. бр. 438. *Фашинг*, наиме, уместо „постулациона способност" користи „способност расправљања" (нем. *Verhandlungsfähigkeit*); за критику потоњег термина као неодговарајућег вид. већ Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 2. Auflage, Berlin, 1929, 119.

понављање поступка,[54] при чему је редакцијско стање идентично немачком, односно довољно слично домаћем.

IV Критика схватања о квалификацији пуномоћника као „овлашћењу за заступање“

1. Појмовно разликовање овлашћења за заступање и квалификације пуномоћника

Као и у материјалном праву, овлашћење за заступање у процесном праву подразумева „моћ заступања“ (нем. *Vetretungsmacht*).[55] Она је правно „моћи“, тиче се само спољашњег односа и служи као легитимација за наступање дејства заступања, а то је приписивост радњи заступника заступаном. У случају вољног[56] заступања основ овлашћења је воља заступаног. У том контексту ЗПП говори о „овлашћењу за заступање“ (нпр. чл. 91 ст. 2 реч. 1), о „овлашћењу за предузимање (парничних) радњи“ (нпр. чл. 91 ст. 2 реч. 2), или просто о „овлашћењу пуномоћника“ (чл. 89).

Тамо где нема легитимације за заступање, нема ни последица заступања. Овлашћење за заступање, противно домаћем владајућем учењу, ипак није процесна претпоставка, већ услов (претпоставка) пуноважности предузете парничне радње. Тек ако је тужба поднета од стране неовлашћеног заступника, реч је о недостатку процесне претпоставке, и то неуредног подизања тужбе. У сваком случају, на општем плану правно је ирелевантан конкретан разлог дефицита овлашћења заступника за предузимање парничне радње (непостојање пуномоћја као таквог, пуномоћје издато од неовлашћеног лица, прекорачење граница пуномоћја и сл.), јер је увек по среди тзв. лажни пуномоћник (*falsus procurator*).

54 OGH, 10. 12. 2008 – 7 Ob 233/08b, *Juristische Blätter*, бр. 6/2009, 383 (385 са даљим упућивањима на судску праксу и литературу: кршење обавезног адвокатског заступања није апсолутно битна повреда поступка).

55 У немачкој цивилистици је спорно да ли је моћ заступања преобажајно право или само правна моћ своје врсте, упор. са даљим упућивањима Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Tübingen, 2011, марг. бр. 1426; у домаћој цивилистици чини се да се само Водинелић изјашњава о овом проблему, и то у правцу учења о преображајном праву, вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 471, 475.

56 Као синоним се користи и „уговорно заступање“, и то зато што се тврди да је подлога за издавање пуномоћја уговор о налогу. Међутим, термин „уговорно заступање“ треба одбацити, јер већ семантички ремети важећи принцип апстрактности пуномоћја: центар пажње није унутрашњи однос, него спољашњи који се заснива парничном радњом.

Од тога треба разликовати, појмовно, други, засебан услов пуноважности парничне радње, а то су нарочита својства пуномоћника. Иако би се могло рећи да је пуномоћник без потребних својстава које закон захтева исто тако „неовлашћен за заступање", реч је о сасвим другом институту, и због тога треба избегавати терминологију која је заводљива.

Прво, ЗПП парцијално за то пружа подлогу: засебно се уређује одбацивање ревизије због непостојања пуномоћја с једне стране (чл. 410 ст. 2 тач. 1 ЗПП), и због тога што пуномоћник нема потребно својство с друге стране (чл. 410 ст. 2 тач. 2 ЗПП). ВКС доследно тако и суди, па ревизију пуномоћника адвоката који нема пуномоћје квалификује као ревизију изјављену од стране неовлашћеног лица, а не као ревизију која „није изјављена преко пуномоћника адвоката".[57]

Друго, много важније од редакцијског приступа, различито је интересно стање:[58] да би се радње пуномоћника могле приписати странци, нужно је да је она кроз давање пуномоћја унапред дала своју сагласност; квалификација пуномоћника нема везе са приписивошћу радњи странци, јер она и када да пуномоћје лицу без потребних својстава жели да се његове радње њој припишу. Таква парнична радња није непуноважна због непостојања моћи заступања, већ због тога што пуномоћник нема потребна својства.[59]

Треће, што се надовезује на претходно, ко може бити пуномоћник у парници ствар је правне политике (законодавчеве оцене целисходности), док је постојање пуномоћја као услов приписивости радње пуномоћника странци елементарни захтев правне државности. Управо приказане разлике долазе до пуне евиденције на плану правних лекова, о чему учење о способности пуномоћника као услову пуноважности пуномоћја не води рачуна.

2. Неовлашћено заступање као апсолутно битна повреда и разлог за понављање поступка

Апсолутно битне повреде поступка су оне чије постојање необориво претпоставља да је погрешна примена правила поступка могла

57 Вид. само ВКС, 30. 5. 2022 – Рев2 1530/22; 10. 11. 2021 – Рев 6648/21; 14. 7. 2021 – Рев 3430/21; 22. 4. 2021 – Прев 222/21; 4. 11. 2020 – Рев 4930/20; 26. 6. 2020 – Рев 1302/20; 5. 2. 2020 – Рев 359/20; 28. 8. 2019 – Рев2 2324/19; 18. 11. 20015 – Рев2 1887/15.

58 Утолико исправно и Reinhard Urbanczyk, „Probleme der Postulationsfähigkeit und Stellvertretung", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Nr. 3/1982, 356 и даље; Dominik Klimke, „Die Folgen fehlender Postulationsfähigkeit des Klägers", *Zeitschrift für Zivilprozess*, Nr. 1/2009, 117–118.

59 R. Urbanczyk, 341 и даље.

утицати на „правилност и законитост“ једне одлуке. Њихово постојање води без изузетка укидању одлуке.[60] Реч је о нарочито тешким повредама поступка, чија се гравидност очитује у вредносној одлуци законодавца: ма колико оне *in casu* биле некаузалне за правилност пресуђења, њихово постојање увек води укидању пресуде.[61] Управо необориво претпостављање утицаја на побијану одлуку показује уједно да постоји и категорија самосвојне процесне правичности.[62] Тим пре то важи за оне повреде које су разлог и за понављање поступка, јер такав статус показује да је њихово уклањање значајније од иначе темељне вредности правне државе – правне сигурности коју обезбеђује правноснажност.[63]

Према чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП, апсолутно битна повреда поступка постоји, између осталог, ако странку која је правно лице није заступало овлашћено лице или ако парнично неспособну странку није заступао законски заступник, или ако законски заступник, односно пуномоћник странке није имао потребно овлашћење за вођење парнице или за поједине радње у поступку, осим ако вођење парнице, односно вршење појединих радњи у поступку није било накнадно одобрено. Колоквијално, говори се о „неуредном заступању“. Идентично гласи и чл. 426 тач. 3 ЗПП, који предвиђа разлог за понављање правноснажно окончаног поступка.

Битна повреда из чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП у виду „неовлашћеног вољног заступања“ мора се системски сагледати. Како је то у домаћој литератури још Цуља показао, било који недостатак легитимације за заступање, моћи заступања, представља апсолутно битну повреду, односно разлог за понављање поступка. У немачкој, али и аустријској

60 Утолико њихово обележје није припадност листи из чл. 374 ст. 2 ЗПП, већ правна последица у виду свакодобног укидања одлуке. Стога је у праву онај део литературе који и у прекорачењу тужбеног захтева види апсолутно битну повреду, јер сам ЗПП предвиђа укидање (дела) пресуде (чл. 393 ЗПП); упор. Б. Познић (2009), 936; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 480; Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 6. izdanje, Zagreb, 1986, 104, 591; Ранко Кеча, *Редовни правни лекови у парничном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, 1984, 188; супротно: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 507: у чл. 374 ст. 2 тач. 12 „таксативно су набројане апсолутно битне повреде“; изричито супротно и: А. Јакшић, 673, који, штавише, прекорачење тужбеног захтева квалификује као „релативно битну повреду поступка“; без опредељења: Н. Бодирога (2022), 441.

61 Упор. већ Р. Кеча, 186 и даље.

62 Hans Prütting, Thomas Winter, у: Bernhard Wieczorek, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordung und Nebengesetze. Großkommentar. Band 7*, 5. Auflage, Berlin–Boston, 2021, § 547 марг. бр. 3.

63 О уставној укорењености материјалне правноснажности кроз принцип правне државе вид. L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, § 151 марг. бр. 1.

литератури и судској пракси, ова проблематика је нарочито разрађена, што је важно због споменутог историјског контекста домаћег права: апсолутно битна повреда, као и разлог за понављање поступка, преузети су још 1929. године из аустријског закона, који је опет 1895. преузео немачко решење из 1877. године.[64] У савременом схватању у којем уставно право на саслушање представља кичму парничног поступка једне правне државе, и „обичне" процесне институције попримају другачију димензију. Тако, „неовлашћено заступање" није ништа друго до ускраћивање странци права на саслушање: или зато што онај који је требало да кроз заступање обезбеди ово право странци није то учинио (недостатак у заступању правног лица или недостатак законског заступања), или зато што је у име ње деловао он који није имао њено овлашћење.[65] Управо је то циљ норми које најстроже санкционишу неовлашћено заступање,[66] јер укидање пресуде, односно побијање њене правноснажности, има функцију накнадног обезбеђивања права на саслушање.[67]

Заступање путем лица које има пуномоћје, али нема потребна својства која прописује ЗПП, нема значај ускраћивања права на саслушање. Деловање таквог пуномоћника није без легитимације, јер он има моћ заступања – њега је странка овластила, опуномоћила. Отуда механичко, нетелеолошко поистовећивање две различите категорије води резултатима који не одговарају циљевима. Једна одлука би требало да се укине, штавише правноснажност једне пресуде би требало да се пробије кроз понављање поступка, иако се тиме не остварује циљ

64 §§ 547 тач. 4, 571 тач. 4 немачког Грађанског парничног поступка (*Zivilprozessordung*) гласе: „ако једна странка није била заступана према одредбама закона, осим ако вођење поступка није изричито или прећутно одобрила"; §§ 477 ст. 1 тач. 5, 529 ст. 1 тач. 2 аустријског Грађанског парничног поступка (*Zivilprozessordnung*) гласе: „ако која странка у поступку није била уопште заступана, или је није заступао законски заступник, ако је такав потребан, уколико вођење парнице није било накнадно уредно одобрено".

65 О томе нема спора у немачкој доктрини и судској пракси, вид. само Johannes Braun, Thomas Alexander Heiß, у: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 2*, 6. Auflage, München, 2020, § 579 марг. бр. 12; исто стање је и у Аустрији, где се неовлашћено заступање поима као посебан облик ускраћивања права на саслушање, вид. само Anneliese Kodek, у: Walter Rechberger, Thomas Klicka (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Wien, 2019, § 477 марг. бр. 27.

66 Вид. само опширну аргументацију уз исцрпно цитирање BGH, 5. 5. 1982 – IVb ZR 707/80, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 43/1982, 2449 (2451); с позивом на ову одлуку и BVerfG, 29. 10. 1997 – 2 BvR 1390/95, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 11/1998, 745 (*ad.* IV.1.b)

67 J. Braun, Th. A. Heiß, у: Th. Rauscher, W. Krüger (Hrsg.), § 579 марг. бр. 12.

односних норми. Упркос примарно јавним интересима који стоје иза условљавања пуномоћника нарочитим квалификацијама,[68] они нису уједно довољно гравидни да се поистовете са правом на саслушање. Због тога се и у немачком и аустријском праву одавно[69] постулациона неспособност пуномоћника, као таква, не сматра апсолутно битном повредом, односно разлогом за понављање поступка.[70] Утолико је у исходу у праву и онај део домаће литературе и судске праксе, који из перспективе правних лекова у постулационој неспособности пуномоћника не види „неовлашћено заступање". Како је то већ Познић формулисао, „недостатак квалификација није исто што и непостојање пуномоћја".[71]

На основу изложеног, видљиво је да су овлашћење за вољно заступање (постојање пуноважног пуномоћја) и испуњеност услова које закон тражи за пуномоћника различите категорије. Речено, међутим, никако не значи да су радње пуномоћника који нема потребна својства увек релевантне, односно да кршење чл. 85 ст. 2–4 и 6 ЗПП не производи никакве последице. Да би се одговорило на та питања, ипак је нужно догматички уобличити постулациону способност пуномоћника као постојећу категорију и у домаћем праву.

68 Тако и R. Urbaczyik, 357; уп. и L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, § 54 марг. бр. 23. Супротно, добар део литературе и судска пракса на општем плану, макар за обавезно адвокатско заступање, равноправно говоре о приватном интересу (квалитетно заступање странке) и јавном (лакше и брже одвијање поступка, смањивање оптерећења судова); упор. само УС, 30. 4. 2009 – IУ 28/05, *Билтен Уставног суда*, бр. 1/2009, 184 (188); H. Fasching, марг. бр. 436; Ch. Althammer, у: R. Zöller (Hrsg.), § 78 марг. бр. 5; M. Dika, 214. Ипак, акцентовање приватних интереса доводи у питање уставну легитимацију сужавања избора пуномоћника, јер је то потенцијално опасно приближавање патернализму у виду успостављања забране самоповређивања парнично способних лица. О опасности од патернализма вид. већ Alan Uzelac, „Obvezatno odvjetničko zastupanje", *Pravo u gospodatstvu*, br. 2/1998, 155.

69 Упор. већ за немачко право L. Rosenberg, 119, 136/137; за аустријско Hans Sperl, *Lehrbuch der Bürgerlichen rechtspflege. Band I*, Wien, 1930, 701, цит. према OGH, 12. 8. 1998 – 4 Ob 157/98m, доступно у званичној бази судске праксе *www.ris.bka.gv.at*.

70 За немачко право вид. само BGH, 20. 6. 2018 – XII ZB 285/17, *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, Nr. 50/2018, 1924 (марг. бр. 25 са даљим упућивањима на судску праксу и литературу); за аустријско право вид. само *OGH*, 10. 12. 2008 – 7 Ob 233/08b, *Juristische Blätter*, бр. 6/2009, 383 (385 са даљим упућивањима на судску праксу и литературу).

71 Б. Познић (2009), 216.

V Пуномоћничка способност као постулациона способност

1. Уобичајени појам постулационе способности у домаћем праву

Сам термин „постулациона способност“ није законски,[72] иако је широко распрострањен, па и у судској пракси.[73] Тим пре он није ни законом дефинисан. Реч је о производу науке, и везује се за доктрину немачког говорног подручја,[74] те сферу њеног утицаја, где спада и домаће право.

Уз изузетак М. Марковића и Триве који се ослањају на матично поимање постулационе способности, већинска домаћа литература њу везује само за странке и обавезно адвокатско заступање. По томе, странка је постулационо способна ако може сама, непосредно, без пуномоћника (адвоката) да предузима парничне радње.[75] Уз то, чак ни питање способности пуномоћника који није адвокат да заступа странку у поступку по ванредном правном леку се не гледа кроз призму постулационе неспособности. Упадљиво је, при томе, да се другачије схватање које постоји још од средине прошлог века (М. Марковић и Трива) уопште не спомиње, тако да се стиче утисак о непостојању спора, односно о неупитности појма; уз то, идејно исходиште концепта постулационе способности (немачка литература) више није значајан део домаћег дискурса. При таквом стању ствари, нереално би било очекивати да судска пракса другачије резонује, тако да је разумљиво да и она постулациону способност везује искључиво за странке и обавезно адвокатско заступање.

Ни тако одређена постулациона способност редовно није додатно појашњена у смислу њене природе. Изузетак су с једне стране Г. Станковић, и с друге стране Јакшић. Док прва сматра да је постулациона

72 Тако се може схватити Кечин став да се „постулациона способност не спомиње посебно у нашем процесном праву, али у извесној мери партиципира“, вид. Р. Кеча, у: Р. Кеча, М. Кнежевић, 113.

73 Вид. само УС, 18. 12. 2014 – IУз 347/14, *Службени гласник РС*, бр. 15/2015, 99 (102); 23. 5. 2013 – IУз 51/12, *Службени гласник РС*, бр. 49/2013, 54 (55); ВКС, 28. 12. 2017 – Прев 451/17, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, 74 (75 и даље).

74 Сам термин потиче из општег поступка, тј. поступка према општем праву које претходи немачким партикуларним законима, а назив дугује једном фрагменту из Дигеста, вид. Arwed Blomeyer, *Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1963, 50 фн. 3.

75 Упор. А. Јакшић, 262; Б. Познић (2009); 178; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 202; Р. Кеча, у: Р. Кеча, М. Кнежевић, 113; Н. Бодирога (2022), 112; за старију литературу упор. S. Zuglia, 230; за савремену хрватску литературу упор. M. Dika, 210.

способност „процесна претпоставка“,[76] потоњи то изричито негира,[77] и сврстава је – ослањајући се на немачко учење – у услове пуноважности парничне радње.[78]

2. Нужност ширења појма

Основни дефицит приказаног уског приступа владајућег схватања је у незадовољеним догматичким захтевима. Уколико се пође од претходно добијеног резултата – испуњеност услова који се постављају за пуномоћника не утиче на пуноважност пуномоћја – онда фигура „пуномоћничке способности“ нема своје место у систему. Постоји један институт који је недовршен, јер је само описно и пунктуално разјашњен. Наравно, конструкција сама себи није циљ, нити је она у стању – као у доба појмовне јуриспруденције – да реши проблеме. Но, и даље би – уз свест о ограниченој употребној вредности конструкције – „једно процесно право без конструкције постало утилитаризам, а поступак пуко упућивање и инструкције“.[79]

Ширење појма постулационе способности и на пуномоћнике, штавише сва лица која предузимају парничне радње (законске заступнике и заступнике правних лица), не никако противи се позитивном праву. Закон уопште ни не уређује свесно постулациону способност, а све и да је он то учинио у маниру владајућег схватања, било би крајње упитно прихватити тако постављене границе. Догматика мора да респектује вредносне одлуке законодавца, не и његове догматичке конструкције.[80]

Не постоји стварни разлог да се постулациона способност везује искључиво за странке (и њихове умешаче), а не и за пуномоћнике. Генеза појма показује да је изворно он конципиран субјективно неутрално,[81] што потврђује и савремено немачко схватање. То није само способност

76 Тако већ: Гордана Станковић, *Грађанско процесно право. Прва свеска. Парнично процесно право*, 7. издање, Ниш, 2007, 154; исто и: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 136.

77 А. Јакшић, 262.

78 *Ibid.*, 290.

79 Josef Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Berlin, 1891, VI.

80 Репрезентативно већ: Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Erster Band*, Leipzig, 1885, 568 фн. 4: „погрешна догматика законодавца не везује“. Исто тако, још значајније, догматика не сме да конструише право из аксиоматских принципа, већ обрнуто, правни принципи произлазе из појединачних правила позитивног права; упор. Hans Friedhelm Gaul, „Die heutige Rechtskraftlehre in Überwindung der privatrechtlichen Einflüsse“, у: Christoph Althammer, Christoph Schärtl (Hrsg.), *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre. Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2021, 264.

81 Упор. већ: A. Wach, 606 и даље.

странке да сама, непосредно, пуноважно предузима радње у поступку, већ је то способност било ког лица, где свакако спадају и заступници, укључујући и пуномоћнике. Не постоји никаква разлика, или не би смела да постоји, између предузимања парничне радње странке у поступку по ванредним правним лековима, и предузимања парничне радње пуномоћника без потребних квалификација у, рецимо, првостепеном поступку. У оба случаја субјекту који предузима радње недостаје способност да им „дâ правно релевантни учинак"; у оба случаја постоји дефицит постулационе способности. То показује и судска пракса: одговор на ревизију који странка дâ лично не узима се у обзир,[82] једнако као што се не узима у обзир приступ неквалификованог пуномоћника рочишту главне расправе.[83]

3. Системска последица: градирање постулационе способности пуномоћника

С обзиром на став о постулационој способности пуномоћника, садашње уређење овог питања показује градуелност. Нису сви пуномоћници постулационо способни у истом обиму. У том смислу, може се говорити о неограничено и ограничено постулационо способним пуномоћницима. Иако су и адвокатски приправници који мењају пуномоћника адвоката ограничени постулационо способни, због опсега ограничења заслужују аутономно место у таксономији.

а) Неограничено постулационо способни пуномоћници

У ову групу спадају на првом месту адвокати, јер су они принципијелно једини постулационо способни у свим стадијумима парничног поступка, дакле и у поступцима по ванредним правним лековима (*arg.* чл. 85 ст. 6 ЗПП). Под адвокатом се мисли свакако на домаће адвокате, али и на стране адвокате уписане у именик Б адвоката (чл. 25 ст. 2 Закона о адвокатури). Уз то, на основу међународног уговора[84] овде спадају и црногорски адвокати.[85]

Међутим, и сва правобранилаштва (државно, покрајинско, градско, општинско) спадају у ову групацију пуномоћника, и то онда када

82 ВКС, 26. 10. 2022 – Рев2 2678/22; одлука је доступна у оквиру званичне базе судске праксе *www.vk.sud.rs.*

83 ПАС, 16. 9. 2015 – Пж 889/15, ПИС.

84 Уговор између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010, 57.

85 Вид. и УС, 9. 12. 2021 – Уж 14266/18, *Билтен Уставног суда*, 2021, 491 = *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1/2022, 263.

одређена правна лица смеју да им издају пуномоћје, с обзиром на то да правобранилаштво има постулациону способност и у поступцима по ванредним правним лековима (чл. 11 ст. 4, 52 ст. 4 Закона о правобранилаштву). Супротно, јавни тужилац никада није пуномоћник у парничном поступку,[86] већ је странка по дужности или умешач *sui generis* (чл. 214 ЗПП), и свакако је постулационо способан.

б) Ограничено постулационо способни пуномоћници

Друга групација подразумева она лица која су као пуномоћници ограничено постулационо способна. Они су постулационо способни само у првостепеном и другостепеном поступку. ЗПП на редакцијском плану покушава да оштро раздвоји пуномоћнике физичких лица с једне, и правних лица с друге стране. Ипак, категорички то није тако.

Постулационо способни пуномоћници физичких лица су њихови најближи сродници (крвни сродници у правој линији, као и брат или сестра[87]), као и (ван)брачни партнери (чл. 85 ст. 2 ЗПП),[88] и то без обзира да ли су правно квалификовани или не; представници службе правне помоћи јединице локалне самоуправе, уколико имају положен правосудни испит (чл. 85 ст. 2 ЗПП); са истом квалификацијом и представници синдиката чији је члан странка, свакако само у радном спору (чл. 85 ст. 3 ЗПП).

Постулационо способни пуномоћници правних лица су само њихови запослени који су положили правосудни испит (чл. 85 ст. 4

86 Супротно, додуше само *obiter dictum*, али и без образложења, *ГО ВКС*, 25. 9. 2012, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2012, 171 (172).

87 Тешко је сложити се са ставом Ракић-Водинелић, да „употребљене формулације нису прецизне“, јер се не наводи да ли брат или сестра „морају бити пунородни, или је довољно да буду и полуродни“ (Б. Познић, В. Ракић-Водинелић [2015], 214). Ако се у целокупном процесном праву, па и у материјалном, онда када се спомињу побочни сродници не прави разлика на пунородне или полуродне (упор. чл. 67 ст. 1 тач. 3, 241 ст. 1 ЗПП; чл. 31 ст. 1 тач. 19 сл. б, 169 ст. 2 и 4, 495 ст. 1 ЗИО; чл. 201 ст. 2, 281 ст. 2 ЗОО), те нико то ни не поставља као дилему, ни за питање постулационе способности пуномоћника то не би требало да буде упитно. Отуда нема непрецизности законског текста, јер је овде, као и другде, само степен сродства битан. – Разликовање пунородних и полуродних сродника присутно је само у наследном праву, и то због стварних разлога (концепт права представљања), упор. Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, 7. издање, Београд, 2015, 88 и даље.

88 У чл. 85 ст. 2 ЗПП се заиста не спомињу ванбрачни партнери, али то није никако разлог да се негира аналогна примена, што је УС довољно јасно и саопштио, вид. УС, 18. 12. 2014 – ІУз 347/14, *Службени гласник РС*, бр. 15/2015, 99 (103); супротно, али и без спомена одлуке УС, Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 214; Г. Станковић, В. Боранијашевић, 189; другачије раније: Гордана Станковић, „Објашњења и тумачење“, *Закон о парничном поступку* (ур. Гордана Станковић), 16. издање, Београд, 2022, 45: „супружник, односно ванбрачни партнер“.

ЗПП). Према већинском схватању, чл. 85 ст. 4 ЗПП важи и за прокуристе привредних друштава, а као разлог се наводи природа прокуре – то је ипак пуномоћје.[89]

Засебно место, упркос дефицитарном тексту ЗПП, имају пуномоћници предузетника, прецизније пуномоћници предузетника у споровима који се тичу предузетничке делатности. Наиме, нема спора да су постулационо способни његови „најближи сродници" и (ван)брачни партнер, с обзиром на то да је реч о заступању физичког лица.[90] У литератури се из тога закључује да предузетника не могу да заступају његови запослени са положеним правосудним испитом, јер се у чл. 85 ст. 4 ЗПП тако нешто предвиђа само за заступање правних лица.[91] Оно што је тачно јесте да се чл. 85 ст. 4 ЗПП не може другачије протумачити, јер предузетник није правно лице. Међутим, литература занемарује околност да тумачење норми није једини начин утврђивања важећег права, већ да су закони често оптерећени празнинама, и то оним које су непланске. Оне се морају попунити, најчешће аналогијом. Чини се да су за овај проблем испуњени услови постојања празнине, јер је тешко замислити да законодавац предузетнике види као равноправне носиоце предузећа као и привредна друштва, да им даје могућност да запошљавају друга лица, да их за потребе стварне надлежности и других питања која се везују за њу такође изједначава са привредним друштвима, а да им уједно намерно ускраћује могућност да буду заступани путем правно квалификованих запослених, нешто што признаје привредним друштвима, штавише свим правним лицима. За такав став је готово немогуће пронаћи стварни разлог. Стога је аналогна примена чл. 84 ст. 4 ЗПП на предузетнике не само оправдана, већ и нужна. На крају, УС је одлуком о аналогној примени чл. 84 ст. 2 ЗПП на пуномоћнике који су ванбрачни партнери странака показао да уређење постулационе способности пуномоћника у ЗПП није затворени круг недоступан аналогији.

---

89 Н. Бодирога (2012), 85; Гордана Станковић, „Заступање предузетника у парничном поступку", *Право, теорија и пракса*, бр. 6–4/2012, 5 фн. 11; Владимир Козар, „Заступање правних лица у парничном поступку", *Правни живот*, бр. 11/2012, 887. – Г. Станковић (на наведеном месту) иде и преко тога, па закључује да прокуриста који не испуњава услове из чл. 85 ст. 3 ЗПП, иако добије посебно овлашћење од друштва, не може да га заступају у арбитражном поступку. Тако нешто ипак је тешко бранити, јер Закон о арбитражи, једнако као и његов узор, не познају постулациону способност пуномоћника у арбитражном поступку; упор. Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, марг. бр. 5.24.

90 ПАС, 25. 1. 2018 – Пж 3114/16, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2017, 18.

91 Г. Станковић (2012), 4, 5 фн. 11; В. Козар, 884.

в) Постулациона способност адвокатских приправника

Засебан статус имају адвокатски приправници, као лица која замењују пуномоћника адвоката. Према новелираном ЗПП, они могу замењивати пуномоћника адвоката код којег су на приправничкој вежби и без посебног овлашћења у пуномоћју у том правцу (чл. 88 ст. 3 ЗПП). У једној скорашњој одлуци ВКС је тврдио супротно,[92] што се може приписати неузимању у обзир промене закона. У сваком случају, адвокатски приправник не може у потпуности да замењује свог принципала. Не само да он не може самостално да предузима радње у поступку по ванредним правним лековима,[93] већ не може да учествује ни у другостепеном поступку (чл. 88 ст. 3 ЗПП). Стога се може рећи да је адвокатски приправник као пуномоћник постулационо способан само у првостепеном поступку.

VI Последице постулационе неспособности пуномоћника

1. Постулациона способност као услов пуноважности парничне радње

Постулациона способност представља услов пуноважности парничне радње, а не процесну претпоставку.[94] Према томе, радња пуномоћника који је постулационо неспособан не може произвести правно дејство. Заправо, ближе разматрање показује да је нужно да се направи фина разлика у погледу природе конкретне радње. Ако је у питању некакав захтев, предлог, као радња од тзв. посредног дејства, она се мора одбацити. Казуистички је то потврђено у ЗПП, с обзиром на то да се ревизија, односно предлог за понављање поступка постулационо неспособног лица, где спада и такав пуномоћник, одбацују (чл. 410 ст. 2 тач. 2, 430 ст. 1 ЗПП).[95] Аналогно томе, али и аналогно непостојању

92 ВКС, 2. 9. 2020 – Рев 2560/20; одлука је доступна у оквиру званичне базе судске праксе *www.vk.sud.rs*. С друге стране, и у литератури се још увек заступа идентичан став, тако, примера ради: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 191, 195, 200.

93 ВКС, 25. 3. 2010 – Гзз1 184/10, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2010, 133.

94 Владајуће схватање, уместо свих: L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, § 45 марг. бр. 2; супротно само: Г. Станковић, В. Боранијашевић, 136.

95 Стога је неприхватљив став Ракић-Водинелић да се предлог за понављање поступка не одбацује ако је поднет од стране постулационо неспособног лица, „јер то није изричито предвиђено“ (Б. Познић, В. Ракић-Водинелић [2015], 215). Но, све и да не постоји чл. 430 ст. 1 ЗПП, опет би морала да се смислено примени општа одредба о обавезном адвокатском заступању у поступку по ванредним правним лековима из чл. 85 ст. 6 ЗПП. Више о томе из перспективе изворне редакције ЗПП: М. Кнежевић, 690.

пуномоћја, тужбу коју је поднео постулационо неспособни пуномоћник би требало одбацити. Али ни тада се не може говорити о постулационој способности као процесној претпоставци, већ је реч о мањкавости саме тужбе. Прецизније и правно технички исправно, тада недостаје уредно подизање тужбе као процесна претпоставка.[96]

Што се тиче радњи од непосредног дејства, њих суд просто не би требало да узме у обзир. Исто важи и за одговор на тужбу или одговор на правни лек. Коначно, приступање постулационо неспособног пуномоћника рочишту се узима као изостанак,[97] што у зависности од стања ствари може водити даљим последицама: фикција повлачења тужбе, или могућност доношења пресуде због изостанка у оним споровима у којима је она уопште и присутна.

2. Санирање радње постулацино неспособног пуномоћника

Тиме што је речено да је постулациона способност услов пуноважности парничне радње, те да су у том смислу манљиве радње непуноважне, још ништа није речено о могућности санирања недостатка. Прво питање је начелно, јер се везује за дозвољеност отклањања недостатака радњи постулационо неспособног пуномоћника. Друго питање, ако се одговори позитивно на претходно, тиче се временске димензије санирања недостатка.

а) Могућност санирања

За немачку доктрину и судску праксу није спорно да се радња постулационо неспособног пуномоћника може ратихабирати, и то у случају обавезног адвокатског заступања, само од стране постулационо способног адвоката. И поред недостатка изричитог ослонца у законском тексту, став се брани тезом да би понављање такве радње од стране постулационо способног адвоката представљало непотребни формализам.[98]

Речено се тим пре мора прихватити и за домаће право.[99] Ако је постулациона способност један од услова пуноважности парничне радње, онда би било противуречно вредновање да се само овај недостатак

96 Упор. само R. Urbanczyk, 352, 354.

97 Изричито ПАС, 16. 9. 2015 – Пж 889/15, ПИС.

98 Вид. само, са даљим упућивањима на ранију праксу и литературу BGH, 7. 6. 1990 – III ZR 142/89, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 48/1990, 3085 (3086).

99 За могућност одобравања радњи које је предузео пуномоћник без потребних квалификација, и то оних које су предузете пре доношења одлуке о ускраћивању заступања, изричито Г. Станковић, В. Боранијашевић, 190.

не може санирати, а други би могли, попут употпуњавања поднеска. Исто тако, ако се пође од тога да је и уредно пуномоћје услов пуноважности парничне радње, а да се радња неовлашћеног пуномоћника може одобрити, тим пре би то *mutatis mutandis* морало да важи за радње постулационо неспособног пуномоћника.

При томе, у одговору на питање које лице може одобрити радњу постулационо неспособног пуномоћника, треба се водити изнова учењем о постулационој способности. Тако, радњу постулационо неспособног пуномоћника може да одобри само лице које је баш за такву радњу постулационо способно: у првостепеном и другостепеном поступку то могу да учине како странка, тако и постулационо способни пуномоћник; у поступку по ванредним правним лековима, то може да учини само онај који је постулационо способан, а то је принципијелно адвокат, независно од тога да ли је он странка, законски заступник, орган правног лица (адвокатске коморе као странке) или заступник ортачког адвокатског друштва.

Потоње речено изричито негира судска пракса ревизијског суда. Реч је о доктрини коју је успоставио Врховни суд Србије, а преузео ВКС. По њој, норме ЗПП које предвиђају да ће се ванредни правни лек одбацити ако га није поднео пуномоћник адвокат треба дословно схватити, тако да пуномоћник адвокат не може да одобри ванредни правни лек који је лично изјавило постулационо неспособно лице. ВСС образлаже став тиме да је у ЗПП предвиђено само да странка може да одобри радње пуномоћника, а не и обратно, тј. „да пуномоћник одобрава радњу коју је странка лично предузела“.[100] ВКС, са своје стране, сматра да је

> право значење одредбе члана 85 став 6 ЗПП језички неупитно, због чега нема места тумачењу ове одредбе. Право значење ове одредбе недвосмислено указује да се свако обраћање суду подношењем ванредног правног лека може правно ваљано извршити само путем поднесака сачињених и поднетих суду од стране овлашћеног пуномоћника адвоката.[101]

Чини се да овакви, готово искључиви текстуалистички аргументи нису уверљиви. Као и увек, позивање на „изостанак изричито предвиђене норме у закону“ најслабији је аргумент;[102] немачка судска пракса и литература, како је показано, немају проблема са дефицитом

100 ВСС, 1. 2. 2007 – Рев 257/07, *Билтен Врховног суда Србије*, бр. 1/2007, 80.

101 ВКС, 28. 12. 2017 – Прев 451/17, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, 74 (75).

102 О „наивном веровању у речи закона“, те „словном фетишизму“ вид. Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München – Wien – Bern, 2019, 93.

законског текста. Поврх тога, коришћење одавно превладане методолошке фигуре „јасне норме се не тумаче“ (*inerpretatio cessat in claris*)[103] додатно слаби аргументацију. Јер, свака норма се мора тумачити, и у процесу утврђивања њеног правог значења нема јасних и нејасних речи и појмова, већ је методолошки наиван закључак о „јасном значењу“ такође резултат тумачења.[104] Но, да ли из чл. 85 ст. 6, као и чл. 410 ст. 2 тач. 2, 430 ст. 1 ЗПП заиста произлази немогућност одобрења ванредног правног лека од стране постулационо способног пуномоћника, не дâ се закључити из законског текста, већ само из телоса концепта обавезног адвокатског заступања. Ако је то примарно заштита јавног интереса кроз избегавање непотребних поступака по ванредним правним лековима, те обезбеђивање смисленог материјала за расправљање и сл., онда изјава пуномоћника адвоката којом он одобрава ванредни правни лек који је странка лично изјавила, значи управо да он садржински преузима ту радњу као своју. То је сада његова радња, као да ју је он предузео.[105] Коначно, ни то што подношење ванредног правног лека од стране постулационо неспособног лица заиста не потпада под поље примене чл. 101 ст. 1 ЗПП,[106] не значи још да је искључена ратихабиција од стране постулацино способног лица. Јер, иако се чл. 101 ст. 1 ЗПП неспорно не примењује у случају, рецимо, непотписане жалбе пуномоћника адвоката, он би могао накнадно да допуни жалбу слањем потписаног примерка, свакако само до доношења одлуке о одбацивању непотписане жалбе.

б) Временска димензија

1) Временска граница санирања

Од начелног питања могућности санирања кроз одобрење странке или постулационо способног пуномоћника, треба раздвојити питање

103 Упор. само E. Kramer, 95: формалистичка учења која не дозвољавају интерпретативно довођење у питање јасног смисла речи „требало би да су једном за свагда *passé*“; о неприхватљивости овог учења у домаћој доктрини вид. В. Водинелић, 163; супротно, ВКС нерефлектовано примењује максиму „јасне норме се не тумаче“, вид. поред одлуке цитиране у фн. 101, и ВКС, 31. 10. 2013 – Прев 211/13; 3. 10. 2013 – Прев 137/13, Пзп 3/13, доступне у оквиру званичне базе судске праксе *www.vk.sud.rs*.

104 Упор. само: В. Водинелић, 163.

105 У том смислу и D. Klimke, 116: сврси обавезног адвокатског заступања је већ удовољено онда када квалификовани пуномоћник јасно покаже да он присваја једну радњу, односно тиме он садржински легитимише ову радњу.

106 Утолико исправно: ВКС, 28. 12. 2017 – Прев 451/17, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 1/2018, 74 (76).

до ког момента је тако нешто могуће. У том смислу, претходно критиковани став ВКС изнова треба контекстуализовати и одредити његове прихватљиве границе. Наиме, није исто признати могућност одобравања радње постулационо неспособног пуномоћника пре одлуке суда која је реакција управо на такав дефицит, и признати и након тога. Само у првом случају је ратихабиција дозвољена, јер је отклањање свих узрока непуноважности једне парничне радње могуће све док се не створи једно „окончано стање". Ако је суд, примера ради, одбацио тужбу коју је поднео постулационо неспособан пуномоћник управо због тога, онда је недозвољено одобравање тужбе учињено у жалби против решења о одбацивању тужбе. Исто важи у случају изостанка са рочишта због приступања постулационо неспособног пуномоћника, примера ради туженог – у жалби против пресуде због изостанка тужени не може са успехом да одобри „приступ рочишту". Овако приказано поимање временских граница санирања радњи постулационо неспособног пуномоћника системски је комфорно. И за друге недостатке једне парничне радње санирање је могуће само до реакције суда на њих. Примера ради, неспорно је да жалилац не може да санира одбацивање жалбе због недостатка пуномоћја пуномоћника који ју је поднео тако што ће приложити пуномоћје у жалби против решења о одбацивању.[107] Исто би требало да важи и за, рецимо, постављање привременог заступника за пријем писмена у смислу чл. 192 ст. 2 ЗПП тек у жалби против решења о одбацивању тужбе.

2) Дејство санирања (ex tunc или само ex nunc)

Последње питање које се везује за санирање радњи постулационо неспособног пуномоћника се односи на дејство санирања, што је суштински актуелно само код радњи које су орочене на овај или онај начин: тужба, када је предвиђен преклузивни рок за њено подношење, али и прекид застарелости до којег долази њеним подношењем; правни лекови. Уколико санирање има дејство *ex tunc*, онда је оно дозвољено и након протека одговарајућег рока, примера ради, у случају правног лека, и након истека рока за изјављивање. Обрнуто, ако се узме да санирање има само *ex nunc* дејство, оно мора бити предузето само у оквиру предвиђеног рока.

У немачком праву је данас, након неколико начелних одлука врховне инстанце, ово питање разјашњено. Узима се да санирање има само *ex nunc* дејство, те се негира аналогна примена принципа који важе

107 ПАС, 13. 8. 2020 – Пж 2898/20, *ПИС*; уп. и Б. Познић (2009), 233 који формулише општи став да је одобрење радњи неовлашћеног пуномоћника могуће само до одлуке суда којом се укидају такве радње.

за одобравање радње неовлашћеног пуномоћника. Наиме, полазећи од природе постулационе способности, закључује се да она неизоставно мора постојати у време предузимања радње, па зато и одобравање радње постулационо неспособног лица не може имати ретроактивно дејство.[108] То је системски комфорно у немачком праву, јер се и за санирање других недостатка парничних радњи, попут неодређеног тужбеног предлога у тужби, узима да нема ретроактивног дејства.[109]

Изјашњења у домаћој литератури и судској пракси о овом проблему изостају. Чини се да се немачко схватање не би могло прихватити, јер су вредновања домаћег законодавца другачија. Уколико би се признало само *ex nunc* дејство, то би била системска противуречност, јер је у домаћем праву за друге недостатке парничних радњи изричито предвиђено *ex tunc* дејство санирања. Сви садржински недостаци једног поднеска могу се отклонити тако што ће се узети да је поднесак поднет оног дана када је први пут био поднет (чл. 101 ст. 3 ЗПП). Ако је тако, онда нема стварних разлога да се за отклањање постулационе неспособности пуномоћника резонује другачије.

VII Сумирање резултата

1. Постулациона способност у парничном поступку представља способност личног, непосредног преузимања парничних радњи у поступку. Она је субјективно неутрална – односи се како на странке, тако и на њихове заступнике, укључујући и пуномоћнике.

2. Услови које ЗПП поставља за пуномоћнике (чл. 85 ст. 2–4 и 6) представљају услове њихове постулационе способности. То нису услови који утичу на постојање овлашћења за заступање, моћи заступања, тј. пуноважног пуномоћја. Због тога, заступање странке од стране постулационо неспособног пуномоћника не представља апсолутно битну повреду из чл. 374 ст. 2 тач. 9 ЗПП, као ни разлог за понављање поступка из чл. 426 тач. 3 ЗПП.

3. Као и свака постулациона способност, тако и она пуномоћника преставља услов пуноважности његове парничне радње. Принципијелно, радња нема дејство, и суд према стању ствари треба да је укине, одбаци или просто не узме у обзир. Међутим, санирање је могуће, и то кроз временски орочено одобрење радње од стране постулационо способног лица, при чему оно има ретроактивно дејство.

108 Уместо свих: Guido Tossaint, у: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1*, 6. Auflage, München, 2020, § 78 марг. бр. 67 и след.

109 BGH, 17. 3. 2016 – II ZR 200/15, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 37/2016, 2747 (мар. бр. 27 са даљим упућивањима на судску праску и литературу).

Коришћена литература

Ballon Oskar, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, 12. Auflage, Graz, 2009.

Blomeyer Arwed, *Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin–Göttingen–Heidelberg, 1963.

Бодирога Никола, *Нови Закон о парничном поступку*, Београд, 2012. (Bodiroga Nikola, *Novi Zakon o parničnom postupku*, Beograd, 2012).

Бодирога Никола, *Уставна јемства у парничном поступку*, Београд, 2019. (Bodiroga Nikola, *Ustavna jemstva u parničnom postupku*, Beograd, 2019).

Бодирога Никола, *Парнични поступак*, Београд, 2022. (Bodiroga Nikola, *Parnični postupak*, Beograd, 2022).

Bork Reinhard, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Tübingen, 2011.

Bork Reinhard, Roth Herbert (Hrsg.), *Stein/Jonas. Zivilprozessordnung. Band 2.*, 23. Auflage, Tübingen, 2016.

Wach Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Leipzig, 1885.

Wieczorek Bernhard, Schütze Rolf (Hrsg.), *Zivilprozessordung und Nebengesetze. Großkommentar. Band 7*, 5. Auflage, Berlin–Boston, 2021.

Водинелић Владимир, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део Грађанског права*, Београд, 2012. (Vodinelić Vladimir, *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo Građanskog pra*va, Beograd, 2012).

Dika Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo. Stranke i njihovi zastupnici. IV. knjiga*, Zagreb, 2008.

Ђурђевић Дејан, *Институције наследног права*, 7. издање, Београд, 2015. (Đurđević Dejan, *Institucije naslednog prava*, 7. izdanje, Beograd, 2015).

Zöller Richard (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 32. Auflage, Köln, 2018.

Zuglia Srećko, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957.

Jacoby Florian, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, 2020.

Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, 9. издање, Београд, 2017. (Jakšić Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, 9. izdanje, Beograd, 2017).

Јанковић Милка, Јанковић Живота, Карамарковић Хранислав, Петровић Драгољуб, *Коментар Закона о парничном поступку*, 3. издање, Београд, 1990. (Janković Milka, Janković Života, Karamarković

Hranislav, Petrović Dragoljub, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 3. izdanje, Beograd, 1990).

Камхи Самуел, *Грађански судски поступак*, 3. издање, Сарајево, 1962. (Kamhi Samuel, *Građanski sudski postupak*, 3. izdanje, Sarajevo, 1962).

Кеча Ранко, *Редовни правни лекови у парничном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, 1984. (Keča Ranko, *Redovni pravni lekovi u parničnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, 1984).

Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, 20. издање, Београд, 2023. (Keča Ranko, Knežević Marko, *Građansko procesno pravo*, 20. izdanje, Beograd, 2023).

Klimke Dominik, „Die Folgen fehlender Postulationsfähigkeit des Klägers", *Zeitschrift für Zivilprozess*, Nr. 1/2009.

Кнежевић Марко, „О новом уређењу војног заступања", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2011 (Knežević Marko, „O novom uređenju voljnog zastupanja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2011).

Козар Владимир, „Заступање правних лица у парничном поступку", *Правни живот*, бр. 11/2012 (Kozar Vladimir, „Zastupanje pravnih lica u parničnom postupku", *Pravni život*, br. 11/2012).

Kohler Josef, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Berlin, 1891.

Kramer Ernst, *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München – Wien – Bern, 2019.

Марковић Миливоје, *Грађанско процесно право, књига I, свеска 1*, Београд, 1957. (Marković Milivoje, *Građansko procesno pravo*, knjiga 1, sveska 1, Beograd, 1957).

Musielak Hans-Joachim, Voit Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, 20. Auflage, München, 2023.

Палачковић Душица, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004. (Palačković Dušica, *Parnično procesno pravo*, Kragujevac, 2004).

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

Познић Боривоје, „Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства", *Правни живот*, бр. 1–2/1996 (Poznić Borivoje, „Da li je potrebna reforma jugoslovenskog parničnog zakonodavstva", *Pravni život*, br. 1–2/1996).

Познић Боривоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015. (Poznić Borivoje, Rakić-Vodinelić Vesna, *Građansko procesno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2015).

Познић Боривоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, 15. издање, Београд, 1999. (Poznić Borivoje, Rakić-Vodinelić Vesna, *Građansko procesno pravo*, 15. Izdanje, Beograd, 1999).

Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1*, 6. Auflage, München, 2020.

Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 2*, 6. Auflage, München, 2020.

Ракић-Водинелић Весна, „Нови Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи*, бр. 2/2011 (Rakić-Vodinelić Vesna, „Novi Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi*, br. 2/2011).

Rechberger Walter, Klicka Thomas (Hrsg.), *ZPO. Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Wien, 2019.

Rechberger Walter, Simotta Daphne-Ariane, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 7. Auflage, Wien, 2009.

Rosenberg Leo, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 2. Auflage, Berlin, 1929.

Rosenberg Leo, Schwab Karl-Heinz, Gottwald Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, 2010.

Станивуковић Маја, *Међународна арбитража*, Београд, 2013. (Stanivuković Maja, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013).

Станковић Гордана, *Грађанско процесно право. Прва свеска. Парнично процесно право*, 7. издање, Ниш, 2007 (Stanković Gordana, *Građansko procesno pravo. Prva sveska. Parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Niš, 2007).

Станковић Гордана, „Заступање предузетника у парничном поступку, *Право – теорија и пракса*, бр. 4–6/2012 (Stanković Gordana, „Zastupanje preduzetnika u parničnom postupku“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4–6/2012).

Станковић Гордана, „Објашњења и тумачење“, *Закон о парничном поступку* (ур. Гордана Станковић), 16. издање, Београд, 2022. (Stanković Gordana, „Objašnjenja i tumačenje“, *Zakon o parničnom postupku* (ur. Gordana Stanković), 16. izdanje, Beograd, 2022).

Станковић Гордана, Боранијашевић Владимир, *Грађанско процесно право*, Београд, 2023. (Stanković Gordana, Boranijašević Vladimir, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2023).

Старовић Боривој, Кеча Ранко, *Грађанско процесно право*, 3. издање, Нови Сад, 2004. (Starović Borivoj, Keča Ranko, *Građansko procesno pravo*, 3. izdanje, Novi Sad, 2004).

Triva Siniša, *Građansko procesno pravo I*, Zagreb, 1964.

Triva Siniša, Belajec Velimir, Dika Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, 6. izdanje, Zagreb, 1986.

Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004.

Urbanczyk Reinhard, „Probleme der Postulationsfähigkeit und Stellvertretung", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, Nr. 3/1982.

Uzelac Alan, „Obvezatno odvjetničko zastupanje", *Pravo u gospodarstvu*, br. 2/1998.

Fasching Hans, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2. Auflage, Wien, 1990.

Hans Friedhelm Gaul, „Die heutige Rechtskraftlehre in Überwindung der privatrechtlichen Einflüsse", *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre. Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag* (Hrsg. Christoph Althammer, Christoph Schärtl), Tübingen, 2021.

Holzhammer Richard, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, 2. Auflage, Wien – New York, 1976.

Цуља Срећко, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије, књ. 1*, Београд, 1936. (Culja Srećko, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, knj. 1, Beograd, 1936).

***Marko* S. KNEŽEVIĆ, PhD**
Associate Professor at the University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

THE RIGHT OF AUDIENCE OF REPRESENTATIVE IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary

Legal representation by power of attorney in Serbian civil proceedings is limited in many ways in terms of choosing a representative. Not every legally competent person can be a representative – in addition to a lawyer, only a narrow circle of subjects, and in some cases only a lawyer. The paper attempts to provide an explanation that the fulfilment of the necessary conditions on the part of the representative is nothing more than a question of their right to audience, right to act in person before the court (ger. Postulationsfähigkeit), and that the actions of a representative without of right to audience are ineffective for that reason, not because his power of attorney is null and void. The opposite doctrine, which equates the qualification of the representative with the power to attorney, leads to a series of unacceptable results. In addition, based on right to audience theory, the consequences of its deficit are considered, including the possibility of authorisation of actions by person which enjoys right to audience.

Key words: *Legal Representation by Power of Attorney in Proceedings. – Legal Representative. – Right to Audience. – Conditions of Effectiveness of Procedural Actions.*

Датум пријема рада: 17. 4. 2023.
Датум исправке рада: 30. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.965.42:347.72.04(497.11)
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23210A

др *Ђуро* М. ЂУРИЋ, LL.M*
научни сарадник Универзитета Мартин Лутер Хале-Витемберг, Немачка

др *Владимир* М. ЈОВАНОВИЋ**
редовни професор Универзитета Привредна академија у Новом Саду – Факултета за економију и инжењерски менаџмент, Србија

ПРИМЕНА МЕДИЈАЦИЈЕ КОД РЕСТРУКТУРИРАЊА

Сажетак

У циљу унапређења пословања и савладавања тешкоћа, привредни субјекти прибегавају различитим мерама. Оне се могу спроводити у оквиру или ван неког од законима утврђених поступака. Позитивно право Србије познаје медијацију као начин решавања спорова. За привредне субјекте предвиђена је могућност споразумног финансијског реструктурирања уз институционално посредовање. Иако закон изричито не предвиђа, није искључено да привредни субјекат – дужник уз помоћ индивидуалног посредника са својим повериоцима постигне споразум о реструктурирању. Уз то, потписивањем Сингапурске конвенције о медијацији, Србија је увела могућност прекограничног решавања привредних спорова медијацијом. Ипак, дужници се у пракси

* Електронска адреса аутора: *djuro.mdjuric@gmail.com*.

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

релативно ретко одлучују за медијацију. У Европској унији се уводе нови превентивни инструменти за спречавање стечаја, ван суда или у судском поступку. Они су намењени савесним, али неуспешним привредним субјектима. Циљ овог рада је да анализира могућност примене општег режима медијације у реструктурирању привредних субјеката према постојећем законодавном оквиру и да размотри могућност њеног формалног укључивања у ред превентивних инструмената.

Кључне речи: *Медијација. – Привредно друштво. – Реструктурирање. – Србија.*

I Увод

Посредовање у решавању спорова – медијација између страна у грађанскоправном односу није нова појава у српском законодавству. Реч је о једном од кључних начела нашег облигационог права.[1] Ипак, шира примена медијације почела је тек након доношења закона из 2005. године,[2] а посебно од закона из 2014. године.[3] Затим, медијација је усвојена као облик вансудског решавања спорова у различитим областима права. Такође, законом је предвиђено да суд у парничном поступку указује странкама на могућност да спор могу да вансудски реше медијацијом или на други споразуман начин.[4] У новије време, медијација је постала широко коришћени облик алтернативног решавања спорова (*alternative dispute resolution*). У државама Европске уније, медијација у грађанским и привредним стварима уређена је у складу са посебном директивом.[5] У одређеним правима се она више не сматра алтернативним, већ тзв. преговараним обликом решавања спорова (*negotiated dispute resolution*).[6] С обзиром на то да пословање захтева брзину и флексибилност,

1 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 19.

2 Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник РС*, број 18/05.

3 Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр. 55/14.

4 Чл. 11. Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 –УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20 и 10/23 – др. закон.

5 Директива 2008/52/ЕС Европског парламента и Савета од 21. 5. 2008. о одређеним аспектима медијације у грађанским и привредним стварима, (*Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council od 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, *OJ* L 136, 24. 5. 2008), 3–8.

6 Courts & Tribunals Service, *UK Commercial Court Guide*, 2022, доступно на адреси: *www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/06/Commercial-Court-Guide-11th-edition-1.pdf*, 8. 4. 2023, 60.

али врло често и поверљивост, смањење трошкова и очување добрих односа међу странама, медијација се појавила као значајан инструмент за успешно окончање спора. У пословној пракси, решавање спорова међу странама у судском, арбитражном или другом поступку, као и посредовањем, се уговара унапред. У привредном праву, спорови могу настати различитим поводима. Као мера унапређења пословања и савладавања финансијских и других тешкоћа, реструктурирање начелно не представља спор. Међутим, оно представља ситуацију у којој се јављају различити интереси, и то интереси дужника, власника капитала, поверилаца, запослених и државе, па је могуће да из таквог сукоба интереса настане спор. То је посебно случај када привредном субјекту, привредном друштву или предузетнику, прети неликвидност или чак неспособност плаћања. Србија је потписала Сингапурску конвенцију о медијацији 7. августа 2019. године, чиме је отворена могућност решавања спорова медијацијом у привредним односима са иностраним елементом.[7] Имајући у виду негативан призвук који судски, посебно стечајни поступак, изазива код поверилаца и уопште пословних партнера, неопходност брзог реаговања на финансијске тешкоће и примену мера за очување одрживог пословања, медијација се чини као добар инструмент који би омогућио решавање спора међу заинтересованим странама, као припрему за успешно реструктурирање привредног субјекта и наставак његовог пословања. Одређена законодавства у Европској унији[8] и ван ње већ познају примену индивидуалног посредовања код реструктурирања,[9] посебно пратећи одредбе Директиве о оквирима за превентивно реструктурирање,[10] али и Уредбе

7 Сингапурска конвенција о медијацији (*Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, 7. 8. 2019).

8 На пример: Немачка: *Gesetz über den Stabilisierungs– und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* (*Unternehmensstabilisierungs– und –restrukturierungsgesetz – StaRUG*), vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1166) geändert; Француска: *Code de commerce* (Articles L611–1 à L611–17), modifiée par Ordonnance No 2021–1189 du 15 septembre 2021, entrée en vigueur le 1er janvier 2023, JORF n°0216 du 16 septembre 2021 Texte n° 6; Холандија*: Art. 370. et al. Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord*), van 7 oktober 2020, Staatsblad 2020, 414; Шпанија: *Art. 140. et al. Real Decreto Legislativo 1/2020*, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE-A-2020–4859, núm. 127.

9 Ђуро Ђурић, Владимир Јовановић, „Нови институти у немачком стечајном праву“, *Страни правни живот*, бр. 1/2023.

10 Директива ЕУ 2019/1023 Европског парламента и Савета од 20. 6. 2019. о оквирима за превентивно реструктурирање, отпуштању дуга и забранама, и о мерама за повећање ефикасности поступака који се односе на реструктурирање, несолвентност и отпуштање дуга и о измени Директиве (ЕУ) 2017/1132 (*Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on pre-*

о стечајним поступцима.[11] У обимној студији „Спашавање пословања у стечајном праву“, коју је 2017. године објавио Европски правни институт у Бечу, препоручује се државама чланицама Европске уније да „изричито пропишу укључење медијатора у решавање спорова поводом реструктурирања и несолвентности“.[12] С обзиром на то да код предузетника као привредног субјекта не постоји посебан правни субјективитет у односу на физичко лице и да предузетник одговара за обавезе целокупном својом имовином, то ће предмет овог рада бити фокусиран пре свега на привредна друштва. У наставку рада биће анализиран поступак споразумног финансијског реструктурирања у српском праву. Затим ће бити разматрано реструктурирање као предмет индивидуалног посредовања у законским оквирима у Србији. Потом ће бити речи о условима и одвијању самог поступка посредовања. Након тога, биће анализиран споразум из медијације као основ за спровођење плана реструктурирања. Такође, рад се разматра положај посредника – медијатора код реструктурирања. На крају, биће представљен могућ начин извршења споразума о реструктурирању закљученог уз посредовање.

II Споразумно финансијско реструктурирање

Постојећи законски оквир у Републици Србији за привредне субјекте предвиђа могућност споразумног финансијског реструктурирања уз институционално посредовање.[13] Овај институт је доступан како привредним друштвима, тако и предузетницима, изузев субјеката у финансијском сектору и субјеката стечајног поступка.

Наиме, под финансијским реструктурирањем се подразумева поновно уређивање дужничко-поверилачких односа, између дужника, привредног друштва или предузетника, и његових поверилаца, поводом дуга односно потраживања којим они слободно располажу. Реч је о добровољном поступку, који се спроводи на основу сагласне

ventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, *OJ* L 172/18, 26. 6. 2019; даље у фуснотама: Директива о реструктурирању и несолвентности), 18–55.

11 Уредба ЕУ 2015/848 Европског парламента и Савета од 20. маја 2015. о стечајним поступцима (*Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast)*, *OJ* L 141, 5. 6. 2015), 19–72.

12 Bob Wessels, Stephan Madaus, Gert-Jan Boon, „Instrument of the European Law Institute – Rescue of Business in Insolvency Law“, 2017, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=3032309*, 7. 4. 2023.

13 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, *Службени гласник РС*, бр. 89/15.

воље страна, пред Привредном комором Србије, као искључиво надлежним институционалним посредником. Поред сагласности воља, услов за спровођење поступка је могућност опоравка и одржив наставак пословања привредног друштва, односно предузетника. Поступак споразумног финансијског реструктурирања се спроводи у доброј вери и складу са начелом савесности и поштења, сарадње поверилаца који су прихватили да у њему учествују, једнаког третмана и равноправности према висини потраживања, као и поверљивости података који се односе на имовину, капитал, обавезе, пословање и пословне планове и предлог мера финансијског реструктурирања дужника.

Захтев за спровођење поступка финансијског реструктурирања могу поднети привредни субјекат – дужник, који се налази у финансијским тешкоћама, и један или више поверилаца. Под финансијским тешкоћама закон подразумева неспособност плаћања (неликвидност), претећу неспособност плаћања (претећа неликвидност) или презадуженост.[14] Да би се поступак могао спровести према привредном друштву као дужнику, у њему на страни поверилаца мора учествовати најмање две домаће или стране банке или уместо банке, домаће развојне институције, а уместо једне од њих и домаћа банка у стечају или ликвидацији. Када је у питању предузетник као дужник, довољно је учешће једне банке као повериоца.[15]

Ради ефикасног спровођења реструктурирања, стране могу закључити уговор о мировању дугова дужника привредног субјекта са дејством од дана закључења, а на период који саме одреде. За то време, дужник са повериоцима треба да постигне споразум. Споразум о финансијском реструктурирању закључује се у писаној форми и представља правни основ за којим се преуређују међусобни облигациони односи. Таквим споразумом може да се уговори а) плаћање дуга у ратама, измена рокова доспелости, каматних стопа или других услова кредита, зајма или другог потраживања или средство обезбеђења, б) уновчење имовине или пренос имовине ради намирења потраживања, в) отпуст дуга, г) извршење, измена или одрицање од заложног права, д) давање додатних средстава стварног или личног обезбеђења од стране дужника или трећих лица, ђ) претварање потраживања у капитал (*debt equity swap*), е) закључивање уговора о кредиту или зајму („свеж новац“), ж) издавање хартија од вредности и з) друге мере за спровођење финансијског реструктурирања.[16]

Према подацима Привредне коморе Србије, до средине 2022. године је спроведено укупно 59 поступака споразумног финансијског

14 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, чл. 3 ст. 1 тач. 2.

15 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, чл. 12.

16 Закон о споразумном финансијском реструктурирању, чл. 17 ст. 2.

реструктурирања, од којих су 32 поступка институционалног посредовања успешно окончана.[17] Имајући у виду број стечајних поступака покренутих сваке године, ово је није велики број реструктурирања, али може охрабрити привредне субјекте дужнике да им правовремено приступају.

III Реструктурирање као предмет индивидуалног посредовања

Закон о посредовању у решавању спорова предвиђа да се посредовање примењује у спорним односима у којима стране могу слободно да располажу својим захтевима и када није прописана искључива надлежност суда или другог органа. Посредовање је могуће договорити како пре, тако и после настанка спора односно покретања судског или другог поступка. Даље, оно је посебно могуће применити у имовинскоправним споровима чији је предмет испуњење обавезе на чинидбу, другим имовинскоправним споровима и у свим другим спорним односима, у којима посредовање одговара природи спорних односа и може да помогне њиховом разрешењу.

Да би медијација могла да се примени при реструктурирању, неопходно је да оно буде имовинскоправне природе. Уз то, мора бити испуњена негативна претпоставка одсуства стечајних разлога.[18] Тако, медијација се може применити чак и по покретању поступка принудног извршења.[19] Код реструктурирања можемо да издвојимо више имовинскоправних односа. Најпре, власници капитала привредног друштва према њему остварују имовинска и управљачка права. Имовинска права су стварно право – својина на уделу или акцијама, а облигациона права су право на добит и ликвидациони вишак. Затим, ту су повериоци привредног друштва који могу бити припадати различитим категоријама. Тако имамо финансијске повериоце (банке и др.), велике и мале добављаче робе, даваоце услуга и друге, чија су потраживања новчане природе. Ту су и даваоци средстава обезбеђења за потраживања према привредном друштву као дужнику. Поред њих, посебан положај имају запослени у привредном друштву. Њихова потраживања су такође новчане природе. Најзад, међу повериоцима се могу наћи држава и друга

17 Привредна комора Србије, Центар за едукацију, доступно на адреси: *www.pks.rs.*

18 Paul Omar, „The Insolvency Exception in the Brussels Convention and the Definition of 'Analogous Proceedings'", *International Company and Commercial Law Review*, Nr. 5/2011, 5, 173.

19 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, чл. 137.

лица јавног права. Међутим, посредовање по закону није могуће када је предмет спора утврђивање и наплата јавних прихода, где се као поверилац јавља држава или друго лице јавноправног карактера. Овде не би требало занемарити личне повериоце власника капитала, који иако немају потраживање непосредно према привредном друштву, могу бити оштећени уколико би реструктурирањем била смањена имовина њихових дужника власника капитала, а која служи као општа залога за намирење њихових потраживања.

Даљи услов примене медијације код реструктурирања је да она треба да буде добровољног карактера. Предлог може поднети само привредно друштво дужник, али и свако заинтересовано лице, под условом да се дужник с тим сагласи. У упоредном праву постоје аутори који сматрају да реструктурирање привредног друштва можемо посматрати као посебан облик заједнице субјеката са различитим интересима, који међусобно могу доћи у сукоб, а у ситуацији када привредном друштву прете финансијске тешкоће, међу његовим повериоцима рађа се посебна врста узајамне фидуцијарне дужности.[20] С обзиром на то да овде још нису наступили или нису утврђени стечајни разлози, нема места примени императивних прописа стечајног права. Стога, заинтересованим странама стоји на располагању флексибилан и далеко јефтинији правни оквир за уређење дужничко-поверилачких односа и спровођење других мера реструктурирања. Све док постоји пуна пословна способност привредног друштва као правног субјекта оно може кроз посредовање трећег лица, уз коришћење инструмената уговорног и компанијског права, спроводити поступак реструктурирања. О потреби да се приступи реструктурирању највише сазнања има сам дужник привредно друштво. Та сазнања могу да имају чланови управе или пословодство, али и друга лица упозната са финансијским стањем дужника. Даље, сазнања могу да имају власници капитала. Коначно, сазнања могу да имају повериоци, посебно када уоче знаке финансијских тешкоћа (повећано узимање кредита или зајмова, смањена плаћања, задоцнело плаћање рачуна, изостанак уштеда итд.).

Као и код споразумног финансијског реструктурирања, дужник привредно друштво може бити погођено финансијским тешкоћама, али не мора нужно бити. Ипак, стање мора бити такво да је његов опоравак могућ, а пословање одрживо. Међутим, у случају да са, према величини потраживања, већинским повериоцима постигне споразум о реструктурирању, дужника ништа не спречава да такав споразум заједно с планом реструктурирања поднесе као унапред припремљени

20 Georg Bitter, „Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue– und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg“, *ZGR*, Nr. 2–3/2010, 147–200.

план реорганизације[21] и да за њега, уз испуњене законске услове, добије потврду суда у стечајном поступку.[22]

За разлику од финансијског реструктурирања, реструктурирање или реорганизација солвентног привредног друштва инструментима компанијског права обухвата ужи круг мера. Закон о привредним друштвима на снази не дефинише изричито реорганизацију привредног друштва, али предвиђа исте мере које је познавао претходни закон. Ипак, важећи Закон о привредним друштвима прописује да се „статусном променом друштво реорганизује ...“.[23] Тако, Закон о привредним друштвима који се примењивао од 2004. до 2012. године у чл. 377 под реорганизацијом привредног друштва подразумевао је мере промене правне форме и статусне промене. Међутим, то не ограничава солвентно привредно друштво да као правни субјекат пуне пословне способности инструментима уговорног права са повериоцима договори реструктурирање дужничко-поверилачких односа. При томе, реструктурирање уз посредовање може да обухвати како мере финансијског реструктурирања, тако и мере реорганизације солвентног привредног друштва. Такво реструктурирање се може назвати и корпоративно реструктурирање. Дакле, предмет посредовања могу да буду новчана, неновчана потраживања и други захтеви који могу бити предмет поравнања. Мере које може да обухвати реструктурирање уз посредовање могу бити све законом дозвољене мере грађанског, пре свега уговорног, и компанијског права, засноване на сагласности воља свих заинтересованих лица. При томе, привредно друштво мора поштовати права и интересе поверилаца, посебно код мере смањења капитала.[24]

Без сумње, реструктурирање уз посредовање или медијацију, будући да је имовинског карактера, може бити предмет поравнања привредног субјекта, како привредног друштва, тако и предузетника, и његових поверилаца, јер то ниједном позитивном одредбом није искључено.

---

21 Ђуро Ђурић, Владимир Јовановић, „Правна дејства споразума из медијације у стечајном поступку“, *Зборник Првог симпозијума Научног друштва за право и економију* (ур. С. Словић *et al.*), 2019, 18– 29.

22 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/2011, 71/12, 83/14, 113/17, 44/18, 95/19, чл. 158 и даље.

23 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, 36/2011 (био на снази до 1. 2. 2012. године), чл. 483 ст. 1.

24 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 147а, 319 и 509.

IV Поступак посредовања

Посредовање се покреће на основу споразума о приступању посредовању. Такав споразум може бити унапред уговорен, кроз посебан правни акт о решавању спорова или кроз медијациону клаузулу пре настанка спора (*ex ante*). Поред тога, посредовање може предложити свака страна по настанку спора односно повода за реструктурирање (*ad hoc*).[25] У питању је потпуно добровољан поступак, иако постоје законодавства која предвиђају обавезну медијацију.

Прва веома важна околност за успешно посредовање и даљу реализацију реструктурирања је да дужник задржава управљачка и имовинска овлашћења (*debitor in possessio*). Ту околност препознаје и нова Директива ЕУ о оквирима за превентивно реструктурирање.[26] На тај начин привредно друштво дужник наступа у својој пуној правној способности уз могућност наставка редовног пословања за време трајања преговора са повериоцима.

Друга важна околност би била мировање захтева поверилаца за извршењем и намирењем (мораторијум). Ипак, мораторијум могу обезбедити повериоци, налогом одредити суд или наступити по сили закона. У стечајном поступку, забрана извршења и намирења наступа по самом закону (*ex lege*). У упоредном праву, посебно у државама чланицама Европске уније, према новим прописима о превентивном реструктурирању, пракса познаје и судски одређен мораторијум у трајању од 4 до 12 месеци.[27] Код индивидуалног посредовања у нашем позитивном праву, покретањем поступка наступа само застој застарелости у трајању од највише 60 дана. То значи да питање мировања захтева за извршење и намирење зависи искључиво од сагласности воља овлашћених поверилаца и дужника.

Трећа важна карактеристика посредовања је поверљивост поступка. Он се обезбеђује потписивањем изјаве о поверљивости сваке стране у поступку. Поверљивост код реструктурирања је од посебног значаја, јер стране укључене у преговоре имају приступ важним пословним подацима и документима о привредном друштву дужнику, чије би објављивање могло изазвати штету његовом пословању, а последично и успешном реструктурирању. Било да је привредно друштво у финансијским тешкоћама или су оне само у изгледу, очување

25 Ђуро Ђурић, Владимир Јовановић, *Правни инструменти решавања корпоративне кризе*, Нови Сад, 2020, 26–28.

26 Ђуро Ђурић, Владимир Јовановић, „Правни оквири превентивног реструктурирања у Европској унији“, *Правни живот*, бр. 11/2019, 157–170.

27 Директива ЕУ 2019/1023 о оквирима за превентивно реструктурирање, чл. 6.

поверљивости података остаје императив. Тако стране могу да воде преговоре далеко од јавности и могуће блокаде других заинтересованих лица (тзв. несагласни повериоци). Поверљивост поступка прописују одредбе важећег Закона о посредовању у решавању спорова. Међутим, поверљивост посредовања не треба схватити као апсолутну, јер с обзиром на мере реструктурирања о којима се преговара, а по закључењу споразума, привредно друштво дужник може бити у обавези да његов исход објави на законом предвиђени начин (у регистру привредних субјеката).

Осим наведених карактеристика, посредовање индивидуалног медијатора представља далеко флексибилнији од других вансудских облика решавања спорова, изузев преговарања међу самим странама. Реч је о неформалном поступку, који се покреће, али и слободно окончава изјавом воље било које од страна. Ипак, недостатак таквог облика јесте захтев за једногласношћу односно сагласношћу воља свих заинтересованих страна. То значи, да се свако лице на чија права и обавезе споразум из медијације непосредно утиче мора сагласити са њим.

Најзад, посредовање је брз и релативно јефтин инструмент, свакако бржи и јефтинији од арбитражног или судског решавања спорова, а посебно од стечајног поступка. То је значајно за микро, мала и средња предузећа, која не располажу довољним капацитетима за скупље и сложеније поступке. Пракса решавања корпоративних спорова и спорова око реструктурирања у САД показала је у том смислу велике предности примене медијације.[28]

Састанци страна у току посредовања могу да се одвијају појединачно или са свима заједно од почетка до краја, појединачно у почетку, а заједно при закључењу споразума или ређе заједно у почетку, а појединачно при закључењу споразума о решавању спорних односа. Ипак, најважније остаје да стране приликом закључења споразума којим се, уз посредовање, прихватају мере реструктурирања дају сагласне изјаве воље. С обзиром на то да су код посредовања у првом плану потребе и интереси, а не права, овде се сагласност постиже, као код поравнања, узајамним попуштањем заинтересованих страна.[29] За добијање сагласности поверилаца одлучујућа је процена да ли би њихова потраживања лакше и у већем износу била намирена у

28 B. Wessels, S. Madaus, G.-J. Boon, 129; Jack Esher, „Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies“, *International Corporate Rescue*, Nr. 6/2015, 1; Laura Carballo Pineiro, Katia Fach Gomez, „Comparative and International Perspectives on Mediation in Insolvency Matters: An Overview“, *TDM 4 Special Issue*, 2017, доступно на адреси*: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2488#_ftn3*, 7. 4. 2023.

29 Закон о облигационим односима, чл. 1089.

реструктурирању него у извршном, односно стечајном поступку.[30] Предност намирења кроз реструктурирање привредног друштва процењује се на основу извештаја о пословању и економско-финансијском стању и упоређивањем таквог намирења потраживања у односу на друге, формалније и принудне поступке.[31] Како би такав извештај добио на аутентичности, било би пожељно да га сачини и потпише овлашћено лице као што је ревизор или вештак економско-финансијске струке. Усвајањем извештаја и давањем сагласности на споразум, повериоци добијају прилику за намирење потраживања у целини, али у износу утврђеном у новом споразуму. У супротном, у евентуалном извршном, односно стечајном поступку, износ намирења би зависио од вредности заплењене и уновчене имовине, односно сразмерног, а извесно смањеног износа намирења из стечајне масе или како је утврђено планом реорганизације.

V Споразум као правни основ реструктурирања

Сагласност воља о плану реструктурирања односно мерама које на основу њега треба да се спроведу заснива се на подацима о економско-финансијском стању привредног друштва дужника и упоредној анализи намирења потраживања у поступку реструктурирања у односу на намирење у поступцима појединачног или општег принудног намирења потраживања.

Споразум о реструктурирању закључен уз индивидуално посредовање треба да садржи податке да је закључен уз посредовање, о посреднику, привредном друштву као дужнику и његовим повериоцима, предмету споразума односно плану реструктурирања, датум закључења и потписе страна и посредника, као и обавезу накнаде трошкова посредовања. Најважнији део споразума је план реструктурирања. Он има формални и материјални део. У формалном делу се наводи да је привредно друштво у реструктурирању, разлози због којих се приступа реструктурирању, посебно ако су у питању финансијске и друге тешкоће, њихови узроци, колико дуго оне трају итд. Материјални део споразума обухвата попис поверилаца и њихових потраживања, скуп мера које ће се спровести у току реструктурирања, утврђени датум почетка и рок за њихову примену, финансијске пројекције за време примене

30 Stephan Madaus, „Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law“, *European Business Organization Law Review*, Nr. 3/2018, 621.

31 Јелена Лепетић, „Оспорена потраживања и медијација у српском стечајном праву – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*, бр. 3/2020, 156–176.

плана, као и процену вредности имовине. Кључни део представљају мере које ће се спровести у току реструктурирања и утврђени рок за њихову примену. Мере које овде долазе у обзир су исте као и код споразумног финансијског реструктурирања, али и оне код реорганизације солвентног привредног друштва односно мере које се могу предложити у унапред припремљеном плану реорганизације.[32] Које мере ће конкретно бити договорене и да ли ће, поред финансијског реструктурирања, доћи и до оперативног зависи како од економско-финансијског стања привредног друштва дужника, тако и од висине дугова односно потраживања и расположења поверилаца да учествују у реструктурирању. Стога, поред мера финансијског реструктурирања, могу доћи у обзир и мере којима се мењају организациона, управљачка и власничка структура, делатност привредног друштва итд.[33] С обзиром на то да овде није реч о принудним, већ о диспозитивним нормама, рок за примену мера може бити дужи у односу на рок за спровођење на пример плана реорганизације привредног друштва у стечају. Најзад, споразум може пратити изјава овлашћеног лица, ревизора или вештака, којом се потврђује истинитост података, као и изјава страна у споразуму о безусловном прихватању предложених мера и могућности њиховог принудног извршења.

На основу новог споразума врши се пренов или новација дужничко-поверилачких односа између привредног друштва као дужника и сваког од у споразуму укљученог повериоца.[34] Даном потписивања споразума о реструктурирању уз посредовање од свих страна, споразум ступа на снагу и производи правна дејства, ако њиме није утврђен неки други дан. Такав споразум свака страна убудуће може истицати приликом захтева за намирење потраживања о доспелости.

Правна природа споразума закљученог уз посредовање разликује се према томе да ли исти прати безусловна изјава привредног друштва дужника да повериоци могу на основу споразума покренути поступак принудног извршења (клаузула извршности) или не.[35] Уколико такве изјаве нема, споразум има правну природу обичног уговора.[36] У случају његовог неизвршења, оштећеној/им страни/ама остаје парнични

32 Закон о стечају, чл. 156.

33 Владимир Чоловић, „Реструктурирање дужника“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 8/2018, 7.

34 Закон о облигационим односима, чл. 348 и даље.

35 Niek Peters, The enforcement of mediation agreements and settlement agreements resulting from mediation CMJ, 2019, доступно на адреси: *www.simmons-simmons.com/en/publications/ckhqemkyj1u3u0976wn2s2g2k/the-enforcement-of-mediation-and-settlement-agreements*, 7. 4. 2023, 7.

36 Adrian Walters, „Giving Effect to Foreign Restructuring Plans in Anglo-U.S. Private International Law“, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal*, Nr. 3/2015, 386.

поступак или уз наступање стечајног разлога, стечајни поступак, као пут намирења потраживања, али у новом износу и евентуалне накнаде штете. Када споразум о реструктурирању закључен уз посредовање буде потврђен од стране суда,[37] или га прати клаузула извршности, он има правну природу извршне исправе у смислу одредби Закона о извршењу и обезбеђењу.[38] Стране се могу сагласити да закључење споразума о реструктурирању уз посредовање буде праћено овером потписа, чиме се обезбеђује јача доказна снага таквог споразума (хомологација) или овером споразума као нејавне исправе која садржи одговарајуће законом предвиђене обавезе, чиме споразум добија карактер јавне исправе (солемнизација). Када одредбе споразума о реструктурирању обухватају посебан уговор о хипотеци и безусловне заложне изјаве, оне морају бити сачињене у облику јавнобележничког записа и тада имају снагу јавне исправе. Међутим, у пракси посредника – медијатора се показало да јавни бележници не прихватају споразум који су закључиле стране уз помоћ медијатора и да захтевају да јавни бележник састави такав споразум пре него што стави своју оверу.

VI Посредник – медијатор

Само лице које има одговарајућу дозволу министарства правде може да посредује у решавању спорова. Закон предвиђа након основне обуке и добијања дозволе за посредовање и специјализовану обуку посредника.

Имајући у виду комплексност предмета посредовања какво је реструктурирање, као и присуство већег броја учесника са потенцијално супротстављеним интересима, намеће се питање потребе посебног знања и искуства посредника у оваквим стварима. Треба ли медијатор при реструктурирању да буде посредник са завршеном специјализованом обуком у области привредних спорова или стечаја или пак треба да има додатна знања и искуства? Пре свега, посредник не учествује у доношењу одлука. Он је неутрално лице, које само помаже странама да постигну споразум. У том смислу, у току посредовања се у први план стављају потребе и интереси заинтересованих страна. Постизањем споразума за њих настају права и обавезе. Мере реструктурирања наведене у плану као делу споразума постигнутог посредовањем даље је у обавези да спроведе привредно друштво као дужник из споразума. Постојање посебних знања и искуства на страни посредника може само да олакша постизање споразума о реструктурирању, зависно од тога колико

37 Закон о парничном поступку, чл. 336.

38 Закон о извршењу и обезбеђењу, чл. 41.

је предмет преговарања комплексан. Ипак, то не мора бити пресудно, као што би био случај код арбитраже или судског поступка. Успешност медијације зависи од конкретног случаја, а самог реструктурирања од економског стања дужника и подршке поверилаца.[39]

С обзиром на то да у поступку посредовања при реструктурирању постоје најмање две, а извесно више страна са потенцијално различитим интересима, може се појавити захтев за ангажовањем више посредника – медијатора у односима привредног друштва дужника са сваким од појединачних поверилаца. Свака страна може предложити одређеног посредника, па се у таквој ситуацији могу појавити лица са различитим образовањем, знањима и искуствима, што може бити од помоћи приликом постизања споразума. То ће сасвим извесно бити случај код групе привредних друштава (концерн, холдинг),[40] где је свако друштво, члан групе, самостални правни субјект, па је потребно усагласити потребе и интересе на страни дужника са онима на страни поверилаца. Такође, већи број посредника се јавља у ситуацијама прекограничних поступака реструктурирања. У том случају, може бити неопходно да један посредник усаглашава рад осталих посредника. Управо такав положај има координатор у координационом стечајном поступку групе друштава према одредбама Уредбе ЕУ бр. 848/2015 о стечајним поступцима.[41] Међутим, ангажовање већег броја посредника значи комплекснији поступак и повећане трошкове посредовања.

Усаглашавањем прописа са одредбама Директиве ЕУ о оквирима за превентивно реструктурирање, одређена законодавства држава чланица Европске уније увела су као посебног субјекта посредника у реструктурирању,[42] као и обавезу посебног усавршавања судија и других лица укључених у поступке реструктурирања.

VII Извршење споразума

Даном потписивања споразума о реструктурирању уз посредовање или даном добијања потврде суда он производи правна дејства и сва потраживања поверилаца који су учествовали у његовом закључењу са

39 J. Esher, 2.

40 Јелена Лепетић, *Стечај групе привредних друштава*, Београд, 2019, 203.

41 Уредба ЕУ 2015/848 Европског парламента и Савета од 20. маја 2015. о стечајним поступцима (измењена); Ђуро Ђурић, Владимир Јовановић, „Нови прописи о стечају групе друштава у Немачкој“, *Правни живот*, бр. 11/2018, 67–80.

42 Sanierende Moderation, § 94 ff. *Gesetz über den Stabilisierungs– und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* (*Unternehmensstabilisierungs– und –restrukturierungsgesetz – StaRUG*), vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1166) geändert.

привредним друштвом дужником уређују се и извршавају према овом споразуму. Правна природа споразума о реструктурирању закљученог уз посредовање зависи од тога да ли је снабдевен одговарајућом овером јавног бележника односно клаузулом извршности односно судском потврдом споразума.[43] Према томе, можемо разликовати обичан споразум о реструктурирању и извршну исправу. Уколико привредно друштво дужник не спроведе мере реструктурирања из споразума, односно плана, његовим повериоцима остаје да тужбом у парничном поступку траже заштиту права и измирење потраживања, уз евентуалну накнаду штете. Ако пак споразум има снагу извршне исправе, сваки поверилац који је страна у споразуму о реструктурирању може захтевати од јавног извршитеља да спроведе принудно извршење на имовини привредног друштва дужника. Када се стекну законски услови, поверилац може поднети и одговарајући предлог за покретање стечајног поступка у односу на дужника. Дужнику из споразума о реструктурирању закљученог уз посредовање, али и свакој незадовољној страни, против овог споразума стоје на располагању приговори и тужбе у случају постојања мана воље и ништавости споразума. Исто би важило за споразум са судском потврдом, као и јавнобележничком овером.

Будући да овде није реч о принудном колективном поступку какав је стечај, ако се стране нису другачије споразумеле, спровођење реструктурирања остаје у рукама управе привредног друштва дужника (*debitor in possessio*). Такође, од дана потписивања споразума сваки мораторијум на потраживања поверилаца би требало да престане.[44] Ипак, стране се могу сагласити да се ангажује посебно стручно лице – вештак одређене струке или саветник за реструктурирање, који би помогао управи дужника да спроведе мере из плана реструктурирања, а када је то посебно уговорено и да врши надзор над радом управе друштва. Овај институт такође познају нека законодавства држава чланица ЕУ.[45]

Потписивањем Сингапурске конвенције о медијацији 2019. године, у Србији је створена могућност да споразум постигнут медијацијом у привредним односима са иностраним елементом према нашем праву добије снагу извршне исправе. Тиме се отвара могућност да и споразум уз посредовање који за предмет има прекогранично реструктурирање постане извршна исправа у Републици Србији.

43 Haris Meidanis, „Enforcement of mediation settlement agreements in the EU and the need for reform“, *Journal of Private International Law*, Nr. 2/2020, 275–299.

44 Timothy Schnabel, „The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements“, 2019, доступно на адреси: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3239527*, 8. 4. 2023, 50.

45 § 73 ff. Gesetz über den Stabilisierungs– und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen.

VIII Закључак

Главни циљ посредовања при реструктурирању је да привредном друштву дужнику омогући да постигне споразум са повериоцима како би лакше савладао финансијске и друге тешкоће и обезбедио одрживост пословања, а повериоцима да добију повољније намирење својих потраживања него у неком другом вансудском или судском поступку, без подривања важећег законског оквира. У том смислу, посредовање или медијација представља врло флексибилан и не превише формалан процес, којим се могу уштедети време и новац. За микро, мала и средња предузећа ово може бити од кључне важности. Такође, посредовање може бити корисно и за реструктурирање у групама привредних друштава. Према важећем праву у Србији постоји поступак споразумног финансијског реструктурирања уз институционално посредовање за привредне субјекте у финансијским тешкоћама. Поред тога, постоји општи поступак посредовања у решавању спорова, који је примењив у привредним споровима, па и у поступцима појединачног и општег извршења на имовини дужника. Реструктурирање солвентног привредног друштва у начелу не представља спор, али постојање плуралитета страна (пре свих поверилаца) и интереса у овој ствари, могло би да доведе до настанка вишестраног спора. Такав спор би несумњиво имао утицај на одрживост пословања привредног друштва дужника. Из тог разлога и уз правовремени предлог за решавање потенцијалног спора, стране могу на релативно једноставан начин предупредити будућу кризу. Важно је истаћи да од почетка до краја процеса посредовања одлука лежи искључиво у рукама страна у преговорима. Штавише, медијација не само да омогућава странама да контролишу процес, већ пружа добровољан исход и одржава будуће поверење између пословних страна. Осим тога, медијација обезбеђује поверљив процес решавање спорова, што омогућава пословним партнерима да преговоре воде далеко од јавности и могућег противљења несагласних поверилаца. Тако се могу постићи планирани резултати преговора много пре него што дође до било какве кризе у пословању. Започети процес медијације не обезбеђује аутоматски никакав мораторијум на извршење и намирење, али се стране могу споразумети да наступи застој таквих захтева до закључења споразума о реструктурирању. Главни део споразума закљученог уз посредовање представља план реструктурирања. Он може да обухвата све законом дозвољене мере, као у плану реорганизације у стечајном поступку, уз заштиту законских права трећих лица. С обзиром на то да постојећа имовина привредног друштва дужника још увек не представља предмет принудног намирења потраживања поверилаца, то ће у складу с планом реструктурирања за намирење бити намењена пре свега будућа добит

од опорављеног пословања. Иако није обавезна употреба медијације, то представља њену предност, јер њена ефикасност често зависи од сваког конкретног случаја. Стране у споразуму одлучују о дејству споразума о реструктурирању и само оне су везане његовим дејством. Уз сагласност заинтересованих лица, у споразум о реструктурирању се може унети клаузула извршности или се споразум може поднети суду на потврђивање. Тиме споразум добија снагу извршне исправе. У супротном, он остаје само уговор. Као извршна исправа и као обичан уговор, споразум може бити поништен, ако за то постоји законски основ. Пракса је показала да се медијација још увек ретко користи. Разлози за то су вишеструки. Као алтернативно решавање спорова, медијација је релативно нова (*aliquidnovi*) и странке на медијацију упућује суд или су обавезне да је користе по закону. Међу највећим препрекама јавља се недовољно знање. У привредним односима странке се углавном ослањају на своје правне службе и класичан приступ решавању спорова судским путем. Стога је неопходно да узму у обзир своје потребе и интересе, а посебно однос трошкова и користи. Успех реструктурирања уз посредовање зависи од економско-финансијског стања привредног друштва у реструктурирању и од широке подршке његових поверилаца, као и од очувања међусобног поверења, чиме се стварају услови за опоравак дужника и одрживост његовог пословања у будућности.

Коришћена литература

Bitter Georg, „Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue– und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg“, *ZGR*, Nr. 2–3/2010, 2010.

Walters Adrian, „Giving Effect to Foreign Restructuring Plans in Anglo-U.S. Private International Law“, *Nottingham Insolvency and Business Law*, Nr. 3/2015.

Wessels Bob, Madaus Stephan, Boon Gert-Jan, „Rescue of Business in Insolvency Law, Instrument of the European Law Institute, Mediation in civil and commercial law matters“, 2017, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=3032309*, 7. 4. 2023.

Ђурић Ђуро, Јовановић Владимир, „Правни оквири превентивног реструктурирања у Европској унији“, *Правни живот*, бр. 11/2019. (Đurić Đuro, Jovanović Vladimir, „Pravni okviri preventivnog restrukturiranja u Evropskoj uniji“, *Pravni život*, br. 11/2019)

Ђурић Ђуро, Јовановић Владимир, „Правна дејства споразума из медијације у стечајном поступку“, *Зборник Првог симпозијума Научног друштва за право и економију* (ур. С. Словић *et al.*), 2019.

(Đurić Đuro, Jovanović Vladimir, „Pravna dejstva sporazuma iz medijacije u stečajnom postupku“, *Zbornik Prvog simpozijuma Naučnog društva za pravo i ekonomiju* (ur. S . Slović *et al.*), 2019)

Ђурић Ђуро, Јовановић Владимир, *Правни инструменти решавања корпоративне кризе*, Нови Сад, 2020. (Đurić Đuro, Jovanović Vladimir, *Pravni instrumenti rešavanja korporativne krize*, Novi Sad, 2020)

Ђурић Ђуро, Јовановић Владимир, „Нови институти у немачком стечајном праву“, *Страни правни живот*, бр. 1/2023. (Đurić Đuro, Jovanović Vladimir, „Novi instituti u nemačkom stečajnom pravu“, *Strani pravni život*, br. 1/2023)

Esher Jack, „Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies“, *International Corporate Rescue*, Nr. 6/2015.

Лепетић Јелена, *Стечај групе привредних друштава*, Београд, 2019. (Lepetić Jelena, *Stečaj grupe privrednih društava*, Beograd, 2019)

Лепетић Јелена, „Оспорена потраживања и медијација у српском стечајном праву – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*, бр. 3/2020. (Lepetić Jelena, „Osporena potraživanja i medijacija u srpskom stečajnom pravu – *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Pravo i privreda*, br. 3/2020)

Madaus Stephan, „Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law“, *European Business Organization Law Review*, Nr. 3/2018.

Meidanis Haris, „Enforcement of mediation settlement agreements in the EU and the need for reform“, *Journal of Private International Law*, Nr. 2/2020.

Omar Paul, „The Insolvency Exception in the Brussels Convention and the Definition of 'Analogous Proceedings'“, *International Company and Commercial Law Review*, Nr. 5/2011.

Peters Niek, „The enforcement of mediation agreements and settlement agreements resulting from mediation“, CMJ, 2019, доступно на адреси: *www.simmons-simmons.com/en/publications/ckhqemkyj1u3u0976wn2s2g2k/the-enforcement-of-mediation-and-settlement-agreements*, 1. 5. 2022.

Timothy Schnabel, „The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements“, 2019, доступно на адреси: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3239527*, 8. 4. 2023.

Carballo Pineiro Laura, Fach Gomez Katia, „Comparative and International Perspectives on Mediation in Insolvency Matters: An Overview“, *TDM 4 Special Issue*, 2017, доступно на адреси: *www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2488#_ftn3*, 7. 4. 2023.

Чоловић Владимир, „Реструктурирање дужника“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 8/2018. (Čolović Vladimir, „Restrukturiranje dužnika“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, br. 8/ 2018)

***Đuro* ĐURIĆ, PhD, LL.M**
Research Fellow at the Martin Luther University, Halle-Wittemberg, Germany

***Vladimir* JOVANOVIĆ, PhD**
Full Professor at the University Business Academy Novi Sad – Faculty of Economics and Engeenering Management, Novi Sad, Serbia

USE OF MEDIATION IN RESTRUCTURING PROCEEDINGS

Summary

In order to improve business and overcome difficulties, business entities resort to various measures. They can be carried out within or out of any of the procedures established by law. Serbia's positive law recognizes mediation as a way of resolving disputes. For business entities, the possibility of financial restructuring agreement assisted by institutional mediation is foreseen. Although the legislation does not explicitly provide for it, it is not excluded that the business entity – the debtor, assisted by an individual mediator, reaches an agreement on restructuring with its creditors. In addition, by signing the Singapore Convention on Mediation, Serbia introduced the possibility of cross-border settlement of commercial disputes through mediation. However, in practice, debtors rarely opt for mediation. In the European Union, new preventive instruments are being introduced to prevent insolvency, out of court or in court proceedings. They are intended for honest but insolvent business entities. The purpose of this paper is to analyze the possibility of using the general mediation framework in the restructuring of business entities according to the existing legislation and to consider the possibility of its formal inclusion in the range of preventive instruments.

Key words: *Mediation. – Business Entities. – Restructuring. – Serbia.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 346.62:336.76(4-672EU:497.11)
CERIF: S 144, S 155
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23211A

др *Ранко* СОВИЉ*
научни сарадник Института друштвених наука, Београд, Србија

РЕОРГАНИЗАЦИЈА МЕСТА ТРГОВАЊА – УСАГЛАШЕНОСТ НОВОГ ЗАКОНА О ТРЖИШТУ КАПИТАЛА С MiFID II**

Сажетак

Крајем 2021. године, Народна скупштина Републике Србије усвојила је нови Закон о тржишту капитала, који је донео бројне новине и институте у домаће берзанско право. По узору на Директиву о тржиштима финансијских инструмената (MiFID II), законодавац је суровео потпуну реорганизацију досадашњег тржишта капитала увођењем нових места трговања – организоване трговачке платформе и систематског посредника. Поред тога, под утицајем савремених тенденција на глобалним тржиштима капитала – дигитализације, платформизације и финансијских иновација, по први пут у домаће право уведени су софистицирани модели трговања – алгоритамско трговање и високофреквентно трговање. Циљ је циљ предметног истраживања да сагледа и укаже у којој мери је домаће право усаглашено са савременим тековинама на тржишту капитала, а, првенствено са MiFID II директивом.

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

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

Имајући у виду да је примена Закона отпочела у моменту писања овог рада, још увек је немогуће сагледати правни домашај примене новоусвојених решења у пракси, односно формирања ставова надлежних органа у погледу нових института.

Кључне речи: *Тржиште капитала. – Мултилатерална трговачка платформа. – Организована трговачка платформа. – Систематски интернализатор. – Алгоритамско трговање.*

I Увод

Употреба квантитативних техника и компјутерских алгоритама у претходним годинама значајно су променили структуру тржишта капитала и финансијски сектор уопште. Промене изазване технолошким напретком иницирале су фрагментацију тржишта капитала. Напредак технологије допринео је убрзаном развоју комплексних и дисперзованих тржишта, истовремено омогућавајући учесницима на тржишту алате за ефикасно праћење цена финансијских инструмената. Управо примена иновативних технологија у пракси представља бројне изазове за регулаторна тела широм света.[1] И док се у прошлости трговина хартијама од вредности доминантно обављала на берзама, претходну деценију обележио је пораст алтернативних места трговине (*trading venues*), уз све већу употребу алгоритамског трговања и потражњу за финансијским дериватима. Економска оправданост увођења алтернативних места трговања огледа се у оснаживању тржишне утакмице, односно формирању конкуренције берзама, будући да се трговци приморавају да најповољније извршавају налоге својих инвеститора.

Постојање организованих алтернативних система трговине конкурентних берзама први пут је уведено и правно регулисано Директивом о тржиштима финансијских инструмената 2004. године.[2] Увођење различитих трговинских платформи осмишљено је с циљем промовисања конкуренције и подстицања иновација на тржишту капитала.[3] Стога је

1 Ranald C. Michie, *Banks, Exchanges and Regulators – Global Financial Markets from the 1970s*, Oxford, 2021, 519.

2 Директива о тржиштима финансијских инструмената из 2004. године (*Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC*, *OJ* L 145, 30. 4. 2004).

3 Правни режим MiFID I, који је успоставио регулаторни оквир за алтернативна места трговине у ЕУ, био је осмишљен с циљем либерализације извршења нало-

регулисање алтернативних места трговине првенствено усмерено на обезбеђивање интегритета, ефикасности, стабилности и транспарентности тржишта, премда се донедавно повезивало и са очувањем ликвидности тржишта.[4] Правни режим MiFID II/MiFIR[5] уређује да се трговање одвија на организованим и транспарентним местима трговања, предвиђајући неколико организованих места трговања: регулисана тржишта (берзе), мултилатералне трговачке платформе (МТП), организоване трговачке платформе (ОТП) и систематске посреднике. На регулисаним тржиштима, МТП и ОТП обавља се трговина у вишестраним односима, са већим бројем клијената, док систематски посредник, као алтернативни систем трговине, подразумева двострани (билатерални) однос инвестиционог друштва и клијента.[6] С друге стране, трговина на ОТЦ тржишту није регулисана MiFID II. Класификација места трговине према режиму MiFID II/MiFIR дизајнирана је тако да обезбеди функционалност у примени правила на истоветне ситуације, а посебно да омогући да се трговање акцијама одвија на организованим местима, која су транспарентна и подлежу стриктној регулативи, чиме се настоји смањити простор за трговину на ОТЦ тржиштима. Закључује се да је реорганизација места трговине према режиму MiFID II/MiFIR наспрам MiFID I спроведена с циљем смањења последица регулаторне арбитраже.[7]

У корак са актуелним глобалним правцима развоја тржишта капитала, 2021. године Србија је усвојила Стратегију за развој тржишта капитала за период од 2021. до 2026. године, која треба да омогући усклађивање домаћег правног оквира с комунитарним правом.[8] Наредни корак у процесу приступања Републике Србије Европској унији и

га власничких хартија од вредности и промовисања конкуренције између берзе и ОТЦ тржишта. Такође, MiFID I је аболирао услов концентрације, који је до тада био на снази у појединим земљама чланицама ЕУ, а, који је захтевао да сви налози за куповину и продају власничких хартија од вресности буду котирани у централној берзи поједине државе чланице. Niamh Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3rd edition, Oxford, 2014, 434.

4 *Ibid*., 429, 437.

5 Уредба о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године (*MiFIR – Markets in Financial Instrument Regulation – Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Regulation (EU) No 648/2012*, *OJ* L 173, 12. 6. 2014).

6 Небојша Јовановић, „Нови законодавни „муњак“ Србије у MiFID окружењу“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011, 242–244.

7 N. Moloney, 461–462.

8 Ранко Совиљ, „Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?“, *Право и привреда*, бр. 2/2022, 341.

хармонизовању релевантних прописа, уследио је крајем децембра 2021. године, када је Народна скупштина Републике Србије усвојила нови Закон о тржишту капитала, који је у догледној мери усаглашен са европским законодавством у предметној материји (првенствено са Директивом о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године и Директивом о адекватности капитала из 2013. године).[9] Закон је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику Републике Србије, односно 5. јануара 2022. године, док је примена одложена за годину дана, прецизније, 5. јануара 2023. године, осим одредби чија је примена одложена до уласка Републике Србије у Европску унију.[10] Током претходне године, Комисија за хартије од вредности усвојила је низ пратећих подзаконских аката, односно правилника, чиме се настоји заокружити процес хармонизације, а предметна област прецизније уредити.[11]

Наравно, преостаје да се види како ће бити прихваћен нови Закон у пракси узимајући у обзир да је структура тржишта капитала попри-

9 Директива о приступу активностима кредитних институција и пажљивом надзору над кредитним институцијама и инвестиционим друштвима (*Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC*, *OJ* L 176, 27. 6. 2013).

Директива о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године (*Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU*, *OJ* L 173, 12. 6. 2014).

10 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021, чл. 421.

11 Између осталог, Комисија за хартије од вредности усвојила је следеће: Правилник о давању дозволе за рад организатору тржишта и условима за пословање места трговања и систематских интернализатора, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о давању дозволе за обављање делатности инвестиционог друштва, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о давању сагласности на именовање чланова органа управе организатора тржишта, инвестиционог друштва, Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности и система одобрених објава (АПА), *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о извештавању јавних друштава, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о инвестиционим препорукама, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о истраживању тржишта, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о надзору који спроводи Комисија за хартије од вредности, *Службени гласник РС*, бр. 143/2022; Правилник о објављивању и одлагању инсајдерских информација, *Службени гласник РС*; Правилник о одобравању статуса квалификованог инвеститора и вођењу регистра, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о организационим условима за пружање инвестиционих услуга, обављање инвестиционих активности и додатних услуга и управљање ризицима, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о правилима поступања инвестиционог друштва приликом пружања услуга, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; Правилник о проспекту, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022, Правилник о службеном регистру информација, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022; и други.

лично усложњена, с циљем усклађивања домаћих прописа са комунитарним правом, а пре свега са Директивом о тржиштима финансијских инструмената. Сходно томе, дорађена и унапређена су правила о транспарентности, заштити инвеститора, прекограничног пословања инвестиционих друштава, те надзорна овлашћења Комисије за хартије од вредности. Имајући у виду бројне новине, али и ограниченост обима рада, предмет истраживања биће усредсређен на нова места трговања, као и нове форме организације трговања хартијама од вредности.

II Мултилатерална трговачка платформа

Мултилатерална трговачка платформа први пут је правно регулисана Директивом о тржиштима финансијских инструмената 2004. године, чиме су се створили предуслови за постојање више паралелних тржишних платформи (места трговине). Међутим, и пре доношења MiFID-а, било је седам покушаја оснивања трговачких платформи у Европи конкурентних берзама, укључујући *Easdaq* 1996. и *Liquidnet Europe* 2001. године, али без успеха.[12] Иако су првобитна очекивања била да ће Директива ометати њихово постојање, пракса је демонстрирала супротно, с обзиром на то да MiFID не само што је омогућио правни основ за њихово оснивање, већ је принудио постојеће берзе да се међусобно надмећу за повећање обима трговине и привлачење нових инвеститора.[13]

12 Међу првим основаним мултилатералним трговачким платформама је *Chi-X Europe*, која је отпочела са радом марта 2007. године. У моменту оснивања *Chi-X Europe* је била прва МТП основана након доношења Директиве о тржиштима финансијских инструмената 2004. године, која је утрла пут за оснивање алтернативних платформи за трговање. *Chi-X Europe* је основао *Instinet*. У међувремену, власништво у *Chi-X Europe* је проширено на конзорцијум великих глобалних финансијских институција, укључујући *BNP Paribas, Citadel, Citigroup, Credit Suisse, Fortis, GETCO Europe Ltd, Goldman Sachs, Merrill Linch, Morgan Stanlei, Optiver, Societe Generale* и *UBS*. Међутим, 1. децембра 2011. године *BATS Global Markets* је преузео *Chi-X Europe* од конзорцијума. Већ у првим годинама пословања, *Chi-X Europe* је повећао учешће на тржишту капитала Велике Британије са 9% марта 2008. године, на 26% у првом кварталу 2010. године, што је резултат који је допринео да тржишни удео Лондонске ефектне берзе по први пут падне испод 75%. Ранко Совиљ, „Мултилатерална трговачка платформа“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011, 352.

13 Спори напредак забележен је 2006. године, када је обим трговине акцијама на мултилатералним трговачким платформама у својини инвестиционих банака износио око 2% од укупног обима трговине акцијама на европским берзама. Даља фрагментација места трговине била је последица постојања великог броја активних берзи широм света, будући да је свака земља имала сопствена правила трговања, што је допринело даљем развоју трговачких платформи и система интерног трговања. Процењено је да је 2008. године у САД постојало 68 алтернативних система трговине. Како је растао удео алтернативних система трговине на

По узору на MiFID, Закон о тржишту капитала 2011. године омогућио је оснивање мултилатералних трговачких платформи. Нови Закон о тржишту капитала из 2021. године дефинише мултилатералну трговачку платформу као вишестрани систем којим управља инвестиционо друштво или организатор тржишта и који унутар система и у складу са обавезујућим правилима повезује понуде за куповину и понуде за продају финансијских инструмената више заинтересованих трећих лица на начин који доводи до закључења уговора у складу са овим законом.[14] Имајући у виду да је МТП обична ствар (објект права) јер се састоји од опреме (нпр. компјутери и каблови) и електронске мреже комуникације, која омогућава великом броју професионалних трговаца да међу собом обављају купопродају хартија од вредности изван берзе, неопходно је да има организатора (правни субјект) који ће њоме управљати и одржавати је.[15] Закон је предвидео могућност, да поред берзе, мултилатералну трговачку платформу може организовати и управљати њоме инвестиционо друштво, које је претходно регистровано и добило дозволу надлежног органа на тржишту капитала. Иако се неретко делатност управљања мултилатералном трговачком платформом третира као инвестициона услуга коју пружа инвестиционо друштво, регулаторни режим МТП уподобљава се режиму регулисаних тржишта (берзи), изузев правила која се односе на пријем хартија од вредности у трговање.[16] Стога, инвестиционо друштво које управља МТП није дужно да свакодневно организује трговину хартијама од вредности, нити да објављује извештаје о извршеним трансакцијама. Осим тога, инвестиционо друштво које управља МТП нема обавезу да организује јавно надметање, нити да утврђује курсеве. Међутим, инвестиционо друштво је обавезно да има правила о трговини која омогућавају равноправност свих њених учесника.[17] С тим у вези, инвестиционо друштва и организатори тржишта који управљају МТП дужни су да успоставе транспарентна правила којима уређују критеријуме финансијских инструмената којима се може трговати унутар њихових места трговања. Од инвестиционих друштава и организатора тржишта који управљају МТП-ом захтева се да успоставе механизме за јасно препознавање и савладавање могућих негативних последица на деловање МТП-а или на њихове власнике и кориснике које би сукоб интереса између интереса МТП-а, њихових власника или инвестиционог друштва или

тржиштима капитала, повећавала се њихова способност да се надмећу с берзама у остваривању ликвидности тржишта. R. C. Michie, 490–497.

14 Закон о тржишту капитала, чл. 2 ст. 1 тач. 26.

15 Н. Јовановић, 251.

16 N. Moloney, 464.

17 Н. Јовановић, 251–252.

организатора тржишта који управља МТП-ом могао имати на редовно функционисање МТП-а.[18]

Мултилатерална трговачка платформа послује према правилима која се примењују на инвестициона друштва, осим када је регулисано тржиште (берза) организатор МТП. У том случају не постоји обавеза прибављања посебне дозволе од надлежног регулаторног органа, будући да се испуњењем законом прописаних услова за регулисано тржиште остварују услови и за МТП, с обзиром на то да су услови за оснивање и управљање регулисаним тржиштем строжи наспрам услова за оснивање и управљање МТП.[19] Када је берза организатор МТП, захтева се исти износ минималног капитала као за организатора регулисаног тржишта, тј. милион евра у динарској противвредности.[20] С друге стране, ако инвестиционо друштво намерава да отпочне пружање услуге управљања МТП неопходно је да претходно добије дозволу надлежног регулаторног органа, при чему мора испунити услове који се иначе траже за оснивање инвестиционог друштва. Приликом одлучивања о издавању дозволе инвестиционом друштву за управљање МТП-ом, Комисија ће ценити да ли је друштво испунило прописане услове који се тичу општих аката; документације о оснивачима; оснивачког капитала; порекла капитала; лица која поседују квалификовано учешће у друштву, укључујући врсту, износ и проценат тог учешћа, као и податке о лицима са којима су лица која поседују квалификовано учешће блиско повезана и податке о тој повезаности; квалификација, искуства и пословне репутације чланова органа управе; кадровске и организационе оспособљености и техничке опремљености; програма пословања; чланства у Фонду за заштиту инвеститора; уплаћеној накнади Комисији; квалификованом учешћу.[21]

За разлику од пређашњег Закона о тржишту капитала, нови Закон је изричито забранио овлашћеним банкама обављање послова организатора МТП и организатора ОТП.[22] Поменута одредба је у супротности са MiFID II. Узимајући у обзир досадашњи монопол берзе у организовању

18 Директива о тржиштима финансијских инструмената 2014, чл. 18 ст. 2 и 4.

19 Н. Јовановић, 252.

20 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, 3. издање, Београд, 2023, 654.

21 Закон о тржишту капитала, чл. 150 и 151; Правилник о давању дозволе за обављање делатности инвестиционог друштва, чл. 7.

22 Закон о тржишту капитала, чл. 228, ст. 3. Наиме, Закон о тржишту капитала из 2011. године није изричито уредио питање могућности овлашћених банака да буду организатори МТП. Стога је Комисија за хартије од вредности својим правилником забранила овлашћеним банкама да обављају послове организатора МТП. Правилник о давању дозволе за обављање делатности инвестиционог друштва, *Службени гласник РС*, бр. 89/2011, 3/2016, 13/2018 и 59/2019, чл. 15 ст. 2. Упор. са Н. Јовановић, 274–275, фн. 98.

трговине хартијама од вредности на домаћем тржишту капитала, очекивано је да се законодавац руководио забраном овлашћеним банкама да буду организатори МТП и ОТП, како би се спречило формирање нових конкурената берзи, што је у потпуности супротно Директиви о тржиштима финансијских инструмената и реорганизацији места трговине, а све с циљем подстицања тржишне конкуренције. С друге стране, забраном овлашћеним банкама да буду организатори и управитељи МТП и/или ОТП онемогућавају се банке да претерано ризикују позајмљеним капиталом својих депонената путем улагања у тржиште капитала које саме организују и тиме изазивају сукоб личног интереса са интересом својих улагача. Осим тога, Директива предвиђа да МТП могу прихватити као чланове или кориснике инвестициона друштва и овлашћене банке којима је издата дозвола за рад на основу Директиве о адекватности капитала, као и друга лица која имају добру репутацију, довољно стручних квалификација, компетенција и искуства у трговању хартијама од вредности, одговарајуће организационе аранжмане и довољно средстава за активности које ће предузимати.[23]

III Организована трговачка платформа

Глобална економска криза из 2007. године разоткрила је слабости у регулисању трговања дужничким финансијским инструментима. Вишеструке технолошке иновације и све већа комплексност алтернативних система трговине захтевали су виши ниво заштите инвеститора. То се превасходно односило на промет финансијских деривата на местима трговине која су била изван режима MiFID I. У међувремену уочено је да модел класификације алтернативних система трговине није на адекватан начин обухватио све сличне функције трговања акцијама, што је водило повећаном ризику од регулаторне арбитраже и нарушавања конкуренције.[24] Стога је било неопходно ревидирати дотадашњи режим организовања алтернативних система трговине. Као одговор на глобалну кризу, MiFID II успоставио је нови правни оквир регулисања тржишта капитала, што је последично изменило дотадашњи начин функционисања тржишта капитала у ЕУ. Основни постулат MiFID II је регулисање свих платформи за трговање финансијским инструментима на јединствен начин.[25] Како би се повећала транспарентност и ефикасност тржишта капитала Европске уније, те хармонизовао

23 N. Moloney, 477.

24 *Ibid.*, 446–449.

25 Lukasz Prorkowski, „MiFID II compliance – are we ready“, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Nr. 2/2015, 196.

простор деловања различитих места која нуде вишестране услуге трговања, било је неопходно увести нову категорију места трговања – организовану трговачку платформу, намењену искључиво за промет дужничких (облигационоправних) финансијских инструмената.[26] Организована трговачка платформа (*organized trading facilities*) по први пут је правно регулисана Директивом о тржиштима финансијских инструмената 2014. године, поред већ постојећих места трговања – регулисано тржиште (берза) и мултилатерална трговачка платформа. По узору на MiFID II, Закон о тржишту капитала из 2021. године уредио је организовану трговачку платформу. Закон дефинише организовану трговачку платформу као алтернативни вишестрани систем трговине који није регулисано тржиште или мултилатерална трговачка платформа, а у оквиру којег се повезују понуде за куповину и понуде за продају обвезница, структурираних финансијских производа, емисионих јединица или изведених финансијских инструмената (деривата) заинтересованих трећих лица, на начин који доводи до закључења уговора.[27] За разлику од регулисаног тржишта и МТП-а, на ОТП-у не може се организовати трговање власничким хартија од вредности. Правни режим ОТП креиран је тако да обухвати сву трговину која се одвија на организованим местима трговине (осим регулисаног тржишта и МТП), изузев *ad hoc* билатералне трговине између уговорних страна које се не одвијају на организованом месту.[28]

Правни режим успостављен MiFID II/MiFIR третира регулисана тржишта, МТП и ОТП готово на истоветан начин. Међутим, у поређењу с регулисаним тржиштем и МТП-ом, ниво заштите учесника у ОТП-у је на најнижем нивоу, имајући у виду да је ОТП поприлично либерално уређен облик организованог тржишта.[29] Правни положај ОТП се разликује се у односу на регулисана тржишта и МТП у погледу дискреционих правила за извршење налога клијената. Наиме, док су организатори регулисаног тржишта и МТП обавезни да поступају недискрециони у извршењу налога клијената, организатор ОТП има дискрециони право при извршењу клијентових налога, с обзиром на то да може преусмерити налоге на друга места трговине, те да контролише приступ њиховим системима за извршење налога.[30] Такође, MiFID II/MiFIR ограничио је ОТП трговање за недеривативне финансијске инструменте, условљавајући да уколико су обвезнице, структурирани

26 Уредба о тржиштима финансијских инструмената, пара. 8.

27 Закон о тржишту капитала, чл. 2 ст. 1 тач. 27.

28 N. Moloney, 450, 464.

29 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 654.

30 N. Moloney, 450.

финансијски производи и емисионе јединице примљене у котацију на регулисаном тржишту или МТП, њима се може трговати на ОТП само под условом да је налог био велики.[31]

Организована трговачка платформа подлеже низу ограничења у погледу начина вршења дискреционог права. Инвестиционо друштво које управља ОТП-ом може искористи дискреционо право само у законом прописаним случајевима: 1) приликом одлучивања о испостављању или повлачењу налога на ОТП-у којим управља; и/или 2) када одлучи да не повезује одређени налог клијента са другим налозима који су у датом тренутку доступни у системима, под условом да поштује конкретна упутства добијена од клијента и обавезе о извршењу налога под најповољнијим условима.[32] Дакле, организатор ОТП мора поступати на дискреционој основи при извршењу налога клијената, јер, у супротном, примениће се правила која се односе на МТП.[33]

Инвестиционо друштво и организатор тржишта који управља ОТП-ом у обавези је да успостави механизме који спречавају извршење налога клијената на ОТП-у на терет сопственог капитала инвестиционог друштва или организатора тржишта који управља ОТП-ом, или било ког субјекта који је део исте групе или правног лица као инвестиционо друштво или организатор тржишта. Инвестиционом друштву или организатору тржишта који управља ОТП-ом допуштено је да тргује за сопствени рачун упаривањем налога обвезницама, структурираним финансијским производима и одређеним изведеним финансијским инструментима, само уколико се клијент са тим поступком претходно сагласио.[34] Када су предмет трговине државне облигационоправне хартије од вредности за које не постоји ликвидно тржиште, инвестиционо друштво или организатор тржишта који управља ОТП-ом може трговати за сопствени рачун и без упаривања налога.[35]

За добијање дозволе за пружање услуга управљања ОТП-ом, инвестиционо друштво и организатор тржишта морају испунити законом прописане услове који су истоветни условима за управљање МТП-ом, а односе се на власничку, кадровску и организациону структуру, минимални капитал, заштиту клијената. У случају када је берза организатор

31 *Ibid.*, 456.

32 Закон о тржишту капитала, чл. 175 ст. 10; Директива о тржиштима финансијских инструмената 2014, чл. 20 ст. 6.

33 N. Moloney, 465.

34 Закон о тржишту капитала, чл. 175 ст. 1–2; Директива о тржиштима финансијских инструмената 2014, чл. 20 ст. 1–2.

35 Закон о тржишту капитала, чл. 175 ст. 5; Уредба о тржиштима финансијских инструмената, пара. 9.

ОТП не постоји обавеза прибављања посебне дозволе од надлежног регулаторног органа, будући да се испуњењем законом прописаних услова за берзу реализују услови и за ОТП, узимајући у обзир да су услови за оснивање и управљање берзом строжи наспрам услова за оснивање и управљање ОТП. У ситуацији када инвестиционо друштво подноси захтев за издавање дозволе за управљање ОТП-ом, Комисија за хартије од вредности може по сопственој процени захтевати од тог инвестиционог друштва додатне информације и образложења, попут: 1) зашто систем не одговара берзи, МТП-у или систематском посреднику и не може да послује као један од ових система; 2) детаљан опис на који начин ће се примењивати дискреционо право, посебно када се налог на ОТП-у може повући; 3) када и како ће се два или више налога клијента упарити унутар ОТП-а; 4) употребе истовремене куповине и продаје за сопствени рачун или трговања за сопствени рачун упаривањем налога. Комисија прати трговање за сопствени рачун упаривањем налога које врши инвестиционо друштво или организатор тржишта како би се осигурало да је у складу с дефиницијом таквог трговања и да не доводи до сукоба интереса између инвестиционог друштва или организатора тржишта и клијената.[36]

Правни режим успостављен MiFID II/MiFIR, а такође инкорпорисан у домаће законодавство, не дозвољава инвестиционом друштву да истовремено управља ОТП-ом и систематским посредником. ОТП се не повезује са систематским интернализатором на начин којим би се омогућило повезивање налога на ОТП-у и налога или понуда код систематског интернализатора. Даље, ОТП се не повезује с другим ОТП-ом на начин који би омогућио повезивање налога на различитим ОТП-има.[37]

IV Систематски посредник

Делатност систематског интернализатора на нивоу Европске уније први пут је регулисана Директивом о тржиштима финансијских инструмената 2004. године. Озакоњењу делатности систематског интернализатора претходиле су научне расправе широм ЕУ у погледу предложеног режима. Наиме, већина држава чланица ЕУ инсистирала је на прецизнијем дефинисању делатности систематског посредника, првенствено на режиму објављивања информација о трговини којем

36 Закон о тржишту капитала, чл. 175 ст. 12 и 13; Директива о тржиштима финансијских инструмената 2014, чл. 20 ст. 7.

37 Закон о тржишту капитала, чл. 175 ст. 6; Директива о тржиштима финансијских инструмената 2014, чл. 20 ст. 4.

подлежу берзе и организатори МТП-а и ОТП-а, како би се минимизирали ризици од регулаторне арбитраже, будући да је делатност систематског интернализатора комплекснија и ризичнија од дилерске делатности (послови препродаје хартија од вредности). Усвојено је компромисно решење према којем систематски посредник има обавезу објављивања информација само у погледу предузетих послова (*post-trade transparency*), док нема обавезу објављивања података о текућим понудама и потражњама својих клијената, те обима котације (*pre-trade transparency*).[38]

Последица глобалне економске кризе огледала се у измени дотадашње регулативе у погледу објављивања обавезујућих понуда за систематске посреднике. Наиме, Уредба о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године обавезује инвестициона друштва да објављују обавезујуће понуде у вези са обвезницама, структурираним финансијским производима, емисионим јединицама и изведеним финансијским инструментима којима се тргује на месту трговања, а за које су они систематски интернализатори, и за које постоји ликвидно тржиште. Ако не постоји ликвидно тржиште за побројане дужничке финансијске инструменте, систематски интернализатори објављују понуде својим клијентима на њихов захтев.[39] Делегираном Уредбом о организационим захтевима и условима пословања инвестиционих друштава дужност објављивања обавезујућих понуда систематских интернализатора проширена је на акције, депоноване хартије од вредности и сертификате.[40] Тиме су обавезношћу систематског посредника да објављује понуде обухваћене све врсте финансијских инструмената.[41] Систематски посредници објављују своје понуде редовно и континуирано током уобичајеног времена трговања. Такође, систематски интернализатори могу ажурирати своје понуде у сваком моменту, а у изузетним тржишним околностима – могу их повући.[42]

38 N. Moloney, 457; Н. Јовановић, 258.

39 Уредба о тржиштима финансијских инструмената чл. 18 ст. 1 и 2.

40 Уредба о организационим захтевима и условима пословања инвестиционих друштава (*Commission Delegated Regulation (EU) 2017/565 of 25 April 2016 supplementing Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive*, *OJ* L 87, 31. 3. 2017), чл. 12 ст. 1.

41 На овом месту ваља запазити да је домаћи законодавац номотехнички целисходније уредио питање објављивања обавезујућих понуда, с обзиром на то да није набрајао све врсте финансијских инструмената, имајући у виду да су у уводним члановима Закона дефинисане све врсте финансијских инструмената, те да није било неопходно поименично наводити све инструменте. Видети чл. 233 ст. 1 и 2 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 19.

42 Уредба о тржиштима финансијских инструмената, чл. 18 ст. 3; Закон о тржишту капитала, чл. 233 ст. 3 и 4.

По узору на Директиву о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године, нови Закон о тржишту капитала увео је систематског интернализатора у домаћи правни систем.[43] Систематски посредник или интернализатор је инвестиционо друштво које, без управљања вишестраним системом трговине, на организован начин, учестало и систематично, и у значајном обиму тргује за сопствени рачун, извршавајући налоге клијената изван регулисаног тржишта, МТП-а или ОТП-а.[44] Заправо, систематски посредник је професионални трговац који ван регулисаног тржишта и вишестраних платформи трговине обавља делатност куповине финансијских инструмената за свој рачун од клијената како би их препродао трећим лицима на тржишту по вишим ценама.[45] Како би се обезбедила објективна и ефикасна примена систематског посредника на инвестициона друштва, неопходно је узети у обзир свако билатерално (двострано) трговање. Међутим, уколико инвестиционо друштво само повремено тргује за свој рачун с клијентима изван регулисаног тржишта, МТП-а и ОТП-а, не може се сматрати систематским интернализатором. Стога је претходно потребно јасно одредити критеријуме које инвестиционо друштво мора испунити како би се регистровало као систематски интернализатор. Првенствено, систематски посредник своју делатност мора обављати на организован и систематичан начин, учестало и у значајној мери. Такође, активност систематског посредника не сме бити заснована на недискреционим правилима.[46] Да ли је трговање „учестало“ или „систематско“ је квантитативна процена, утемељена према обиму трговине финансијских инструмената које је извршило инвестиционо друштво за сопствени рачун извршавањем налога клијената. Како је одредба MiFID I у погледу квантификовања учесталости и систематичности трговања била непрецизна и недоречена, за последицу је имала веома мали број инвестиционих друштава у Европској унији која су била регистрована за обављање послова систематског посредника. Поменуту нејасноћу отклонила је MiFID II директива, према којој инвестициона друштва која настоје да се региструју као систематски интернализатори су обавезни да у *значајној мери* тргују за сопствени рачун.[47]

43 Марија Вићић, „Нови Закон о тржишту капитала Србије и хармонизација са MiFID II“, *Европско законодавство*, бр. 77–78/2022, 135. У домаћој правној науци постоји мишљење да је систематски интернализатор заправо уведен Законом о тржишту капитала 2011. године, при чему га је законодавац на смушен и невешт начин допустио, али га није уопште регулисао. Више о томе вид. Н. Јовановић, 265–267.

44 Закон о тржишту капитала, чл. 2 ст. 1 тач. 24.

45 Н. Јовановић, 254.

46 Petri Mäntysaari, *Stocks for All: People's Capitalism in the Twenty-First Century*, Berlin – Boston, 2022, 338.

47 Учестао обим трговања одређује се бројем ОТЦ трговања финансијских инструмената које за сопствени рачун оствари инвестиционо друштво када извршава

И док су места трговања платформе на којима се сучељавају вишеструки интереси трећих лица за куповину и продају, систематском посреднику никако се не би смело допустити да сучељава интересе трећих лица за куповину и продају на функционално истоветан начин као места трговања.[48] Стога, систематски посредник не сме одржавати интерни систем упаривања налога којим се извршавају налози клијената на мултилатералној основи, будући да би за такву активност била потребна дозвола за рад као мултилатерална трговачка платформа. У том контексту, систем интерног упаривања јесте систем за упаривање налога клијената, што има за последицу да инвестиционо друштво извршава трансакције упаривањем налога редовно, а не само повремено. Кључна разлика између пословања мултилатералне трговачке платформе и делатности систематског посредника јесте та да систематски посредник не сме имати интерни систем упаривања налога који одговара упаривању налога на мултилатералној основи.[49]

Насупрот регулисаним тржиштима и вишестраним трговачким платформама које су организована тржишта, систематски интернализатор је, заправо, препродавац финансијских инструмената на неорганизованом тржишту. Систематски посредник на неорганизованом тржишту има улогу коју на регулисаном тржишту имају маркет мејкери (одржаваоци тржишта, тржишни снабдевачи).[50] Следствено томе, услови који се захтевају од инвестиционог друштва приликом започињања делатности систематског посредника истоветни су условима који су прописани за маркет мејкера. Ти услови тичу се његове кадровске и организационе структуре (управа, велики власници), минималног капитала (730.000 евра у динарској противвредности), као и заштите клијената

налоге својих клијената. Значајна мера трговања за сопствени рачун процењује се: 1) обимом ОТЦ трговања наспрам укупног обима трговања инвестиционог друштва одређеним финансијским инструментом или 2) обимом ОТЦ трговања инвестиционог друштва наспрам укупног трговања у ЕУ одређеним финансијским инструментом. Наведена одредба примениће се на систематског интернализатора само уколико су прекорачене унапред одређене границе за учесталу трговину, односно оне за значајнију меру, или ако инвестиционо друштво самовољно одлучи да се на њега примењује режим систематског интернализатора. N. Moloney, 467; Директива о тржиштима финансијских инструмената, чл. 4 ст. 1 тач. 20. С циљем обезбеђивања објективне и ефикасне примене дефиниције *у значајној мери*, Делегираном Уредбом о организационим захтевима и условима пословања инвестиционих друштава процентуално је одређено учешће у промету за сваку врсту финансијског инструмента, чиме је одредница *у значајној мери* јасно и прецизно квантификована (чл. 12–16).

48 Директива о тржиштима финансијских инструмената, пар. 17.

49 P. Mäntysaari, 338.

50 Alastair Hudson, *Securities Law*, London, 2008, 58.

(чланство у фонду за обештећење инвеститора).[51] Након испуњења прописаних услова, Комисија за хартије од вредности издаће му дозволу за обављање делатности систематског посредовања. На нивоу Европске уније, у надлежности Европског надзорног тела за хартије од вредности и тржиште капитала (*European Securities and Markets Authority – ESMA*) је да води и одржава попис свих систематских интернализатора који послују у ЕУ.[52]

V Алгоритамско и високофреквентно трговање

Технолошки напредак и убрзани развој дигитализације на финансијским тржиштима допринео је масовној употреби алгоритамског трговања претходне две деценије. Реформе су изнедриле нови облик финансија, у којем комплексни математички модели обрађени помоћу компјутера имају круцијалну улогу у доношењу одлука које се тичу алокације капитала и процене ризика.[53] Данас је трговина финансијским инструментима готово аутоматизована.[54] Приближно три четвртине укупне трговине на америчким берзама обављају алгоритми. Алгоритамско трговање јесте поступак у коме се компјутерски алгоритми користе за праћење трговине на берзама и вишестраним системима трговине, као и за извршавања трансакција на основу одређених параметара. Најједноставнија врста алгоритма, *algo*, употребљава се за разлагање великих трансакција у мање како би се смањили трошкови трговања. Уколико је један налог за куповину или продају превелики у односу на количину тих хартија од вредности којима се редовно тргује, подношење налога одједном може изменити њихову цену на тржишту. Да би се то избегло, инвестициона друштва користе алгоритме како би трансакцију разбили у делове који се могу обавити постепено према цени хартије, времену, обиму или другим чиниоцима. У наведеној ситуацији, одлуку да се изврши куповина или продаја одређене количине хартија од вредности доноси трговац (инвестиционо друштво), док алгоритам извршава саму трансакцију. С друге стране, постоје ситуације у којима компјутери самостално извршавају сложене операције на тржишту

51 Н. Јовановић, 255.

52 N. Moloney, 479.

53 Tom C. W. Lin, „The New Investor“, *UCLA Law Review*, Nr. 3/2013, 689.

54 У стручној литератури преовладава став према којем је алгоритамско трговање и аутоматизовано трговање истоветно. Поједини аутори, међутим, разликују аутоматизовано трговање и алгоритамско трговање, употребљавајући термин алгоритамско трговање само за праксу поделе великих налога за извршење преко алгоритма по цени, року или обиму, док остале тржишне праксе попут проналажења арбитражних прилика третирају као аутоматизовано трговање.

без икаквог људског уплитања. Компјутери су тако програмирани да аутоматски „хватају и читају“ тржишне податке у реалном времену, преносећи хиљаде налога у секунди за продају, те извршавају, отказују или замењују налоге на основу нових информација о ценама или потражњи.[55] Све већи број учесника на тржиштима капитала широм света користи алгоритамско трговање, у којем софтверски програм аутоматски извршава налоге уз минимално посредовање професионалних трговаца. Инвестиционо друштво које користи алгоритамско трговање у оквиру стратегије одржавања тржишта, требало би континуирано да спроводи тржишно снабдевање током одређених броја сати берзанског састанка у одређеном месту трговања (нпр. МТП, ОТП).[56]

Упркос вишеструким погодностима компјутерске технологије и дигитализације, треба сагледати и ризике који произлазе из алгоритамског трговања. Регулаторна тела ЕУ и САД приступила су регулисању алгоритамског трговања тек након Муњевитог (Блиц) краха (*Flash Crash*) који се одиграо 6. маја 2010. године.[57] На нивоу ЕУ алгоритам-

55 T. C. W. Lin, 689.

56 Директива о тржиштима финансијских инструмената, пара. 59.

57 Дана 6. маја 2010. године, канзашки трговац инвестиционим фондовима Водел и Рид (*Waddell & Reed Financial Inc.*) иницирао је продају 75.000 Е-мини фјучерса на S&P 500 процењених на 4,1 милијарду долара (Е-мини су мањи фјучерс уговори, величине једне петине регуларних фјучерс уговора). Како би извршење тако обимне трансакције одједном могло да поремети тржиште, Водел и Рид су употребили продајни алгоритам, како би продају разбили на мање трансакције, што је уосталом устаљена тржишна пракса. Алгоритам је био повезан са свеукупним обимом Е-минија продатих на берзи, с упутством да продају изврши на девет процената обима трговања у претходном минуту. Међутим, продајни алгоритам није добио никакве инструкције у погледу рока или цене, што је превид који је иницирао слом тржишта. Високофреквентни трговци куповали су Е-миније које је алгоритам продаје пласирао на тржиште, и убрзано их препродавали, настојећи да зараде на разлици у цени. То је за последицу имало повећање обима Е-минија којима се трговало на берзи. Имајући у виду да је брзина којом је алгоритам продавао Е-миније била везана за обим, а не за цену или рок, алгоритам је самовољно убрзао продају и пласирао додатне количине Е-минија на тржиште. Без заинтересованих купаца за додатне Е-миније, њихова цена је опала за три процента након само четири минута. За само 14 секунди, алгоритми су разменили 27.000 Е-мини уговора. Суноврат Е-минија попут ланчане реакције изазвао је колапс и на другим америчким тржиштима, све док на Чикашкој меркантилној берзи није заустављено трговање Е-минија на пет секунди, не би ли се омогућило тржиштима да се поврате. Блиц крах је указао на опасност која прети када алгоритамско трговање ступи у интеракцију са комплексним окружењем при невероватним брзинама. Епилог овог Муњевитог краха је тај, да је Комисија за хартије од вредности и берзе (*Securities and Exchange Commission – SEC*) 2012. године увела тзв. прекидаче кола „горња граница – доња граница“ за поједине финансијске инструменте, како би спречила драматичне промене њихових цена изазваних алгоритамским трговањем. Међутим, прекидачи кола не спречавају иницијалне проблеме, али могу спречити разарајуће последице. E.S. Browning, Jenny Strasburg, The Mutual Fund in the ‘Flash Crash’, *The*

ско трговање први пут је регулисано Директивом о тржиштима финансијских инструмената 2014. године. Директива је наметнула строже захтеве за места трговања и инвестициона друштва која се баве алгоритамским трговањем и високофреквентним трговањем.

Препознајући савремене тенденције на глобалним тржиштима капитала, Закон о тржишту капитала је 2021. године предвидео алгоритамско трговање одређујући га као трговање финансијским инструментима у којем компјутерски алгоритам аутоматски одређује појединачне параметре налога, време извршења налога, цену или количину налога или начин управљања налогом по пријему, с ограниченом или без људске интервенције. Законом је јасно дефинисано да алгоритамско трговање не укључује системе који се употребљавају искључиво за усмеравање налога на једно или више места трговања или за обраду налога без одређивања параметара трговања или за потврду налога или обраду извршених трансакција након трговања.[58]

Закон је, такође, омогућио високофреквентно трговање, као специјализовани тип алгоритамског трговања, које се одвија превеликим брзинама да би их људи уопште и приметили. Техника високофреквентног алгоритамског трговања је техника алгоритамског трговања коју карактерише: 1) инфраструктура намењена томе да се на најмању могућу меру сведу мрежна и друга кашњења, укључујући барем једну од следећих алгоритамских могућности уноса налога: колокацију, чување датотека на серверу у непосредној близини или брз директан електронски приступ; 2) системско покретање поступка давања, усмеравање и извршавање налога без људске интервенције за појединачне трансакције или налоге; и 3) висок број порука на дневном нивоу које представљају налоге, понуде или отказивања.[59]

Дакле, високофреквентно трговање је техника алгоритамског трговања чији систем за трговину невероватном брзином анализира податке или сигнале с тржишта и потом, као одговор на ту анализу, шаље или ажурира велику количину налога у кратком року. Високофреквентно алгоритамско трговање обично обављају инвестициона друштва која користе сопствени капитал за трговање, а који подразумева коришћење софистициране технологије за спровођење традиционалних стратегија трговања попут тржишног снабдевања (маркет мејкинг) или арбитражних послова.[60] Брзина је кључни фактор високофреквентног трговања.

Wall Street Journal, доступно на адреси: *https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704689804575536513798579500*, 5. 4. 2023; Tom C. W. Lin, „The New Financial Industry“, *Alabama Law Review*, Nr. 3/2014, 581–582.

58 Закон о тржишту капитала, чл. 2 ст. 1 тач. 49.

59 Закон о тржишту капитала, чл. 2 ст. 1 тач. 50.

60 P. Mäntysaari, 339.

Наиме, високофреквентно трговање одвија се брзинама које се мере микросекундама, чиме се креира потпуно ново пословно окружење, у којем се тржишна утакмица одвија надљудским брзинама пријемчивим само машинама. Сходно томе, високофреквентно трговање поједностављује закључење равнатељских, односно арбитражних берзанских послова трговцима хартија од вредности, имајући у виду могућност праћења огромних количина података. Када алгоритам „уочи" да у одређеном моменту постоје различити курсеви исте котиране хартије од вредности на два тржишта, може послати налог трговцу да је купи на тржишту где јој је цена нижа, како би је одмах препродао на другом тржишту где јој је цена виша, зарађујући тиме на разлици у цени (маржи).[61] Трговци специјализовани за високофреквентно трговање настоје да обезбеде софистицираније компјутерске софтвере за претраживање различитих цена истих котираних хартија од вредности на различитим тржиштима, како би обављали трговање великог обима у милионским деловима секунде користећи сопствени капитал. С тим у вези, трговци инвестирају у савремене технологије и комуникацију како би остварили макар и маргиналну предност на тржишту у погледу брзине.[62] Како је расла конкурентност између инвестиционих друштава који су се укључивали у посао високофреквентног трговања, тако су опадали трошкови софтвера високофреквентног трговања. Последично, високофреквентно трговање подстакло је даљи раст вишестраних система трговине (МТП, ОТП).[63]

VI Закључак

Финансијска тржишта су доживела поприличан преокрет у односу на глобалну економску кризу 2007. године, чему је посебно допринела дигитализација и немерљив технолошки напредак. Алгоритамско и високофреквентно трговање, које аутоматски усклађује продајне и куповне налоге користећи моћне рачунаре подстакло је даљи раст трговачких платформи (МТП, ОТП). Управо пораст алтернативних места трговине с циљем јачања тржишне конкуренције довео је у питање улогу берзе

61 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 253.

62 R. C. Michie, 517.

63 Резултат предузетих активности огледао се у порасту учешћа високофреквентног трговања у периоду од 2005. до 2012. године са 21% на 53% америчког тржишта акција, по обиму активности, док је у Европи учешће високофреквентног трговања у истом периоду порасло са 15% на 37%. До 2012. године, у САД постојало је преко 50 различитих трговачких платформи на којима се обављало високофреквентно трговање. Тадашњи извршни директор Њујоршке ефектне берзе, *Duncan Niederauer*, изјавио је да је тржишна структура невероватно комплексна, те да је практично немогуће креаторима јавних политика или инвеститорима да надгледају комплетан систем трговања. R. C. Michie, 517–518.

(регулисаног тржишта), коју је имала у претходним деценијама. Како би остале конкурентне на тржишту, берзе су биле приморане да одговоре на растућу конкуренцију алтернативних места трговине, тиме што су у потпуности прихватиле електронско трговање с циљем смањења трошкова, повећањем брзине извршења налога примљених у котацију, те омогућавањем повољнијег приступа високофреквентним трговцима. Интензивнију борбу за опстанак берзи, посебно европских, допринео је MiFID I који је регулисао организовање и управљање алтернативним местима трговине. Међутим, упркос интенцијама правног режима MiFID I да уклони националне баријере и подстакне даљу интеграцију јединственог тржишта капитала ЕУ, европско тржиште капитала је остало фрагментисано, са значајним разликама и степеном развијености у државама чланицама ЕУ, као и израженим несугласицама међу државама чланицама ЕУ у погледу сврхе регулисања места трговања.[64] Чак су и трансакције унутар ЕУ остале расуте на десетинама националних берзи и алтернативних места трговања. Процењује се да је 2019. године постојало преко 200 алтернативних места трговања широм ЕУ.[65]

Правни режим трговања прописан MiFID II/MiFIR из 2014. године је знатно прецизније и свеобухватније регулисан наспрам режима MiFID I. Режим MiFID II/MiFIR је радикално преобликовао режим MiFID I, допуштајући интензивнију интервенцију ЕУ на местима трговања, обезбеђујући да се трговање финансијским инструментима одвија на организованим и транспарентним местима трговања. У ту сврху, MiFID II је проширио постојећу класификацију места трговања, уводећи ново место трговања – организовану трговачку платформу. Режим MiFID II/MiFIR иницијално је дизајниран с намером да преусмери трговину финансијских инструмената на организована места трговања, чиме се смањује простор за трговање на ОТЦ тржиштима. Увођењем детаљног регулаторног оквира тржишта капитала, MiFID II/MiFIR промовише тржишну конкуренцију и адекватније штити инвеститоре.

У претходном периоду, ефикасном и проактивном законодавном реформом, правни и институционални оквир који се односи на домаће тржиште капитала прошао је свеобухватно и систематизовано унапређивање. Кључни циљ законодавних активности у вези с унапређењем регулаторног оквира био је усклађивање положаја домаћег тржишта капитала са Директивом о тржиштима финансијских инструмената из 2014. године. Доношењем новог Закона и пратећих подзаконских аката постигнут је висок степен усаглашености с принципима

64 Више о успостављању уније тржишта капитала у домаћој правној литератури вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Успостављање и јачање уније тржишта капитала ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 4/2022, 605–635.

65 R. C. Michie, 528.

и решењима MiFID II, првенствено у погледу реорганизације места трговања (увођење организоване трговачке платформе као новог места трговања), као и нових форми трговања – систематског интернализатора. Закон је, такође, препознао савремене тенденције на глобалним тржиштима капитала, те је допустио и уредио алгоритамско и високофреквентно трговање. Како би се смањили и ублажили могући ризици од учесталог коришћења софистициране технологије, Закон је предвидео посебне мере и облике контроле пословања трговаца који користе технике алгоритамског и високофреквентног трговања, као и мере усмерене на организаторе места трговања којима трговци приступају. Имајући у виду да је примена Закона отпочела у моменту писања овог рада, још увек је немогуће сагледати правни домашај примене новоусвојених решења у пракси, односно формирања ставова надлежних органа у погледу нових института.

Коришћена литература

Вићић Марија, „Нови Закон о тржишту капитала Србије и хармонизација са MiFID II“, *Европско законодавство*, бр. 77–78/2022. (Vićić Marija, „Novi Zakon o tržištu kapitala Srbije i harmonizacija sa MiFID II“, *Evropsko zakonodavstvo*, br. 77–78/2022)

Јевремовић Петровић Татјана, „Успостављање и јачање уније тржишта капитала ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 4/2022. (Jevremović Petrović Tatjana, „Uspostavljanje i jačanje unije tržišta kapitala EU“, *Pravo i privreda*, br. 4/2022)

Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Београд, 2009. (Jovanović Nebojša, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009)

Јовановић Небојша, „Нови законодавни „мућак“ Србије у MiFID окружењу“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011. (Jovanović Nebojša, „Novi zakonodavni „mućak“ Srbije u MiFID okruženju“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2011)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2011)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – право привредних субјеката*, 3. издање, Београд, 2023. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, 3. izdanje, Beograd, 2023)

Lin Tom C. W., „The New Investor“, *UCLA Law Review*, Nr. 3/2013.

Lin Tom C. W., „The New Financial Industry“, *Alabama Law Review*, Nr. 3/2014.

Mäntysaari Petri, *Stocks for All: People's Capitalism in the Twenty-First Century*, Berlin – Boston, 2022.

Michie C. Ranald, *Banks, Exchanges and Regulators – Global Financial Markets from the 1970s*, Oxford, 2021.

Moloney Niamh, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3rd edition, Oxford, 2014.

Prorkowski Lukasz, „MiFID II compliance – are we ready", *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Nr. 2/2015.

Совиљ Ранко, „Мултилатерална трговачка платформа", *Усклађивање пословноī права Србије са правом Европске уније (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011. (Sovilj Ranko, „Multilateralna trgovačka platforma", *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2011)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2011)

Совиљ Ранко, „Правне последице климатских промена на редефинисање тржишта капитала – може ли тржиште капитала допринети остваривању циљева нискоугљеничног развоја?", *Право и привреда*, бр. 2/2022. (Sovilj Ranko, „Pravne posledice klimatskih promena na redefinisanje tržišta kapitala – može li tržište kapitala doprineti ostvarivanju ciljeva niskougljeničnog razvoja?", *Pravo i privreda*, br. 2/2022)

Hudson Alastair, *Securities Law*, London, 2008.

***Ranko* SOVILJ, PhD**
Research Associate at the Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

REORGANIZATION OF TRADING VENUES – HARMONIZATION OF THE NEW CAPITAL MARKET LAW WITH MiFID II

Summary

At the end of 2021, the National Assembly of the Republic of Serbia adopted the new Capital Market Law, which brought numerous novelties and institutes into the national Stock Exchange Law. According to sample of the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID II), the legislator fulfilled a complete reorganization of the existing capital market by introducing new trading venues – organized trading facilities and systematic intermediaries. Additionally, under the influence of contemporary trends in global capital markets – digitization, platformization and financial innovations, sophisticated trading models like algorithmic trading and high-frequency trading were introduced into national law. Therefore, the aim of this paper is to review and indicate to what extent national law is harmonized with current developments in the capital market, primarily with the MiFID II. Having in mind that the implementation of the Law commenced at the moment of writing this paper, it is still impossible to see the legal scope of the application of the newly adopted solutions in practice and the formation the attitudes of competent authorities regarding new institutes.

Key words: *Capital Market – Multilateral Trading Facilities – Organised Trading Facilities – Systematic Internalizer – Algorithmic Trading.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.
Датум исправке рада: 27. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 12. 5. 2023.

УДК: 341.94:368.022 ; 341.645:368(4-672EU)
CERIF: S 137, S 144
ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23212A

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

ДЕЈСТВО ПРОРОГАЦИОНЕ КЛАУЗУЛЕ У УГОВОРИМА О ОСИГУРАЊУ ВЕЛИКИХ РИЗИКА – Одлука Суда правде Европске уније у предмету *Balta* –**

Сажетак

Последњих неколико година Суд правде Европске уније стоји на становишту да пророгациона клаузула није обавезујућа за осигураника. Као основни разлог се наводи потреба заштите слабије уговорне стране. Наведени став је поновио и у предмету Balta који се тицао осигурања великих ризика, на која се примењују посебна правила. Стога ауторка централни део рада посвећује анализи спорних аспеката ове одлуке. Као основни недостатак резоновања Суду истиче се занемаривање чињенице да се ради о осигурању за туђ рачун, и то по основу осигурања великих ризика. Ауторка указује и на две практичне последице овакве одлуке.

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

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023).

Прва се огледа у додатном ограничавању аутономије воља у уговорном праву осигурања. Друга последица је поскупљење премија јер осигуравач сада не може да претпостави у којој држави чланици се може покренути поступак против њега. Закључни део рада посвећен је предлозима за „заобилажење" дејства ове одлуке, коју национални судови свакако морају поштовати.

Кључне речи: *Осигурање. – Пророгациона клаузула. – Осигураник. – Осигурање за туђ рачун. – Брисел I уредба.*

I Увод

Основно начело одређивања надлежног суда у споровима са елементом иностраности, признато у многим европско-континенталним правним системима, јесте начело *Actor sequitur forum rei*, у складу са којим тужилац прати форум туженог.[1] Наведено правило је настало као резултат ранијих уверења и схватања да је довољан основ надлежности суда тај да се тужени или његова имовина налазе на територији суда одређене државе, што га чини доступним суду за извршење одлуке. Временом су се јављали и други разлози, као што је потреба заштите штетника од вођења поступка против њега пред страним судовима који су му непознати и са чијим поступком није упознат. У контексту поступака са елементом иностраности, овим правилом се настоји спречити вођење судских поступака против држављана других држава и одлучивање о страним правним системима.[2]

Наведено правило је садржано и у Брисел I уредби, као најважнијем инструменту за извршење пресуда у грађанским и трговачким стварима.[3] Ипак, од наведеног правила ова Уредба предвиђа одступања за

1 Arthur Taylor von Mehren, „Must Plaintiffs seek out Defendants? The Contemporary Standing of Actor Sequitur Forum Rei", *King's College Law Journal*, Nr. 8/1997, 23–31.

2 Thomas Thiede, Katarzyna Ludwichowska, „Kfz-Haftpflichtversicherung: Der Geschädigte eines Verkehrsunfalls kann vor dem Gericht des Orts seines Wohnsitzes eine Direktklage gegen Versicherer aus einem Mitgliedstaat der EU erheben; EuGVVO Art. 11 Abs. 2, 9 Abs. 1b", *Versicherungsrecht: Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht*, Nr. 14/2007, 632.

3 Вид. Брисел I уредба, чл. 4. Уредба о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима – Брисел I уредба (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, *OJ* L 351, 20. 12. 2012; даље у фуснотама: Брисел I уредба). Више о овој Уредби вид. Магдалена Макиела, Владимир Чоловић, „Дефинисање критеријума за одређивање надлежности у споровима осигурања са елементом иностраности

уговоре о осигурању (уз уговоре о раду и потрошачке уговоре) у складу са којом би слабија уговорна страна требало да буде заштићена посебним правилима о надлежном суду који би требало да буду повољнији у односу на општа правила.[4] Тако уговарач осигурања, осигураник или корисник осигурања могу поднети тужбу против осигуравача у држави у којој тужилац има своје седиште, односно пребивалиште.[5] Идеја је да се обезбеди заштита слабијој уговорној страни услед ограничене могућности преговарања и последичног наметања надлежног суда који ће одговарати интересима уговорног партнера слабије стране.

Од овог правила може се одступити ако је у уговор између уговарача осигурања и осигуравача, који имају пребивалиште и седиште у истој држави чланици, уметнут споразум којим је уговорена надлежност суда те државе, па чак и када се осигурани случај догодио у другој држави чланици. Друга врста одступања је могућа када је уговор о осигурању закључен између осигуравача и уговарача осигурања који нема седиште/пребивалиште у држави чланици или када је реч о осигурању великих ризика из Директиве Солвентност II.[6]

Управо могућност споразумног одступање од установљеног правила довела је до бројних поступака пред Судом правде Европске уније, а нарочито у вези са тим да ли овакав пророгациони споразум или пророгациона клаузула[7] може да има дејство и на осигураника, односно лице које није уговорна страна уговора о осигурању, и да ли ово лице тиме губи Уредбом гарантовано право да тужи осигуравача пред судом државе чланице где има пребивалиште.[8]

– са освртом на решења у законодавству Пољске", *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић), Београд – Ваљево, 2019, 396–399.

4 Брисел I уредба, рецитал 18, чл. 10. Слична правила садржи и Лугано конвенција. Вид. детаљније Ashlee Schaller, „Interpretation of Forum Selection Clauses: A Survey of Select English- and German-Speaking Jurisdictions", *North Carolina Journal of International Law*, Nr. 1/2018, 128.

5 Такође, према чл. 12 Брисел I уредбе, у случају да се ради о уговору о осигурању од одговорности или осигурању непокретности, надлежан може бити и суд државе чланице где се десио осигурани случај.

6 Брисел I уредба, чл. 15.

7 У случајевима када уговорне стране у свој основни уговор убацују клаузулу којом одређују надлежност одређеног суда да одлучује о њиховој правној страни и пре него што је спор настао, тада говоримо о пророгационој клаузули. У случају када се надлежност суда одређује када је до спора већ дошло, онда је овај договор у форми пророгационог споразума. Вид. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, *Међународно приватно право*, Београд, 2012, 503.

8 Пре детаљнијег разматрања последица одлука Суд правде Европске уније, потребно је извршити терминолошка прецизирања у погледу лица код уговора о осигурању.

Одговор на ово питање је врло битан јер пророгационе клаузуле одређују да ли ће једна странка потрошити велику количину новца на вођење спора у страној земљи и да ли ће имати право на накнаду одређених врста штете. На овај начин се повећава предвидивост поступка, а смањују се трошкови и отвара се могућност вођења поступка пред судовима специјализованим за одређену врсту спора.[9] Историјски посматрано, судови нису били изразито вољни да дозволе примену пророгационе клаузуле, док данас већ постоји општи консензус да се пророгациони споразуми изврше где год и кад год је могуће, упркос разликама у критеријумима који судови том приликом користе.[10]

Пророгациона клаузула којом уговорне стране бирају надлежни суд у случају спора звучи као релативно једноставан концепт,[11] који може послужити и приватним и јавним интересима економичности и ефикасности.[12] Нажалост, очигледна једноставност пророгационе клаузуле се испоставила заводљивом само на први поглед. У журби и настојању да се прихвати као средство које ће олакшати одвијање нарочито пословних трансакција, судови и уговорне стране су се фокусирале

Лице које закључује уговор о осигурању са осигуравачем назива се уговарач осигурања. Када је реч о уговору о осигурању закљученом у своје име и за свој рачун, уговарач осигурања је уједно и осигураник. Ако пак уговарач осигурања закључује уговор о осигурању за туђ рачун, како би обезбедио интересе неког трећег лица, онда то треће лице добија својство осигураника. Код осигурања лица појам осигураник означава лице на чијем животу или телу треба да се оствари осигурани случај. Ради прављења разлике у односу на осигураника код осигурања имовине, ово лице се код осигурања лица назива и осигурано лице. Код осигурања лица се јавља још једна категорија лица, корисник а реч је о лицу у чију корист је закључен уговор о осигурању лица. Вид. Војислав Сокал, *Осиīурање у користī īрећеī*, Београд, 1976, 16–17. Шулејић усваја нешто другачију терминологију: Предраг Шулејић, *Право осиīурања*, Београд, 1973, 93–110.

9 Beatriz Añoveros Terradas, „Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union", *Oxford University Comparative Law Forum*, Nr. 1/2003, доступно на адреси: *https://ouclf.law.ox.ac.uk/*, 20. 3. 2023.

10 Ипак, потребно је напоменути да, иако је Европска унија у последњих неколико деценија повећала и проширила сферу у којој је дозвољена процедурална аутономија воља, Брисел I уредба и њене одредбе о избору суда се тумаче прилично рестриктивно. Вид. детаљније „Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States" („Heidelberg Report") (Study JLS/C4/2005/03 Final Version September 2007), доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_ brussels_1_en.pdf*, 12. 4. 2023.

11 За супротне ставове судова *common law*-а и Израела, вид. A. Shaki, „Effect of Prorogation Clauses in International Contracts", *Israel Law Review*, Nr. 2/1966, 366.

12 У литератури се као предности пророгационих клаузула истиче предвидивост у уговорним односима, као и избегавање скупих сукоба око надлежног суда када до спора дође. Michael Solimine, „Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure", *Cornell International Law Journal*, Nr. 25/1992, 51.

на развој и примену ове клаузуле, а да претходно нису јасно дефинисали у чему се тачно састоји овај институт.[13] То питање ће се засигурно у будућности још више постављати услед пораста глобализације и броја међународних пословних трансакција.

Суд правде Европске уније је у више прилика настојао да одговори на ово питање, а окосница размишљања било је питање да ли је за дејство пророгационе клаузуле на осигураника потребна његова сагласност или не.[14] О значају овог питања говори чињеница да је и Европски парламет разматрао да у Брисел I уредбу убаци одредбу која би се изричито тицала дејства пророгационог споразума према трећим лицима. Међутим, наведена одредба није нашла своје место у Брисел I уредби.

II Приступи Суда правде Европске уније

Приликом анализе праксе Суда правде Европске уније у погледу субјективних домета пророгационе клаузуле уочена су три приступа. Први је прилично рестриктиван и заснива се на ставу да је дејство пророгационе клаузуле ограничено искључиво на уговорне стране које су ову клаузулу и унеле у свој уговор.[15] У неким другим предметима Суд правде Европске уније је био става да пророгациона клаузула има дејство и на лице које није уговорна страна ако је оно у потпуности ступило у права и обавезе једне уговорне стране, која су *ratione materiae* обухваћене тим споразумом.[16] И на самом крају, постоји трећи, тзв. „материјални“ приступ Суда правде Европске уније, у складу са којим ће треће лице бити везано дејством пророгационе клаузуле и када није дало сагласност.[17] Дакле, и сам Суд правде Европске уније је пролазио

13 David Taylor, „The Forum Selection Clause: A Tale of Two Concepts“, *Temple Law Review*, Nr. 1/1993, 787.

14 Ulrich Magnus, „Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I Regulation“, *The Brussels I review proposal uncovered* (ed. Eva Lein), London, 2012, 87.

15 Case C-543/10 *Refcomp SpA v Axa Corporate Solutions Assurance SA and Others*, Judgement of the Court of 7 February 2013. У вези са овим приступом је покренуто питање да ли пророгациона клаузула у потпуности остаје без дејства ако треће лице не да своју сагласност, у смислу да она остаје без дејства и у односу на уговарача осигурања. Тако и Boriana Musseva, „Opposibility of Choice-Of-Court Agreements against Third Parties under the Hague Choice-Of-Court Convention and Brussels Ibis Regulation“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 9/2016, 87.

16 Case C-71/83 *Partenreederei ms. Tilly Russ and Ernest Russ v NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout*, Judgment of the Court of 19 June 1984. У овом случају је теретни лист садржао споразум пошиљаоца и шпедитера о надлежности суда, ког је морао да се придржава и прималац као држалац теретног листа.

17 Case C-214/89 *Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit*, Judgment of the Court of 10 March 1992.

и пролази кроз различите фазе у вези са погледом на дејство пророгационе клаузуле и тренутно је преовлађујући став да она не обавезује трећа лица.

Полазна тачка за разматрање дејства пророгационе клаузуле на трећа лица код уговора о осигурању је предмет *Gerling* из 1983,[18] када је Суд правде *исправно* (прим. аут.) закључио да на основу члана 12 Бриселске конвенције[19] (садашњи чл. 15 ст. 2 Брисел I уредбе) осигураник може да се позове на пророгациону клазулу из уговора о осигурању, па чак и када осигураник није формално дао сагласност на тај споразум или када осигураник није био познат у тренутку закључења уговора. Подстакнути овом одлуком, национални судови држава чланица су у својим пресудама заступали став да је осигураник обухваћен дејством пророгационе клаузуле, што аутоматски даје право осигуравачу на приговор против активне легитимације осигураника.[20]

Међутим, наведена пракса је напуштена 2005. године када се Суд правде Европске уније у предмету *Peloux* позвао на Брисел I уредбу.[21] Став Суда је био да пророгациона клаузула није обавезујућа за осигураника који се није сагласио са клаузулом и који има своје пребивалиште/седиште у држави чланици у којој своје седиште/пребивалиште немају осигуравач и уговарач осигурања. И поред других разлога који су могли да оправдају невезаност осигураника пророгационом клаузулом,[22]

18 Case C-201/82 *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG u. a. ./. Amministrazione del tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217.

19 Конвенција 72/454/ ЕЕЗ о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима од 27. септембра 1968, Службени лист Европских заједница Л 299/32.

20 Неки од примера судске праксе немачких судова су BGH, Urt. v. 22.05.1967 – VII ZR 188/64; BGHZ 48, 45; BayOblG, Beschluss v. 09.09.2000 – 4 Z SchH 13/99, BB 2000, Beilage 8, S. 19.

21 Case C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux v Axa Belgium and Others*, Judgment of the Court of 12 May 2005, ECLI:EU:C:2005:280.

Поступак је покренут у Француској против француске компаније *Peloux*, уз тужбу да је испоручила панеле са грешком. Ова француска компанија је била осигураник по основу уговора о осигурању који је закључила мајка фирма ове француске фирме са белгијским осигуравачем. Компанија *Peloux* је покренула поступак пред француским судом против белгијског осигуравача за накнаду штете коју је исплатила. Ипак, уговор је садржао пророгациону клаузулу којом је утврђена надлежност белгијског суда. Белгијски Врховни суд је поставио питање Суду правде Европске уније да ли чланови 13(5) и 14(2) Брисел I уредбе треба да буду тумачени на начин да је треће лице везано пророгационом клаузулом из уговора о осигурању.

22 Највероватније је компанија *Peloux* била укључена у уговор о осигурању накадно и путем анекса, који је садржао и пророгациону клаузулу, па се поставља питање дозвољености накадног уговарања пророгационе клаузуле и проширења њеног дејства на раније осигурана лица. Такође, чињеница да осигураник свој положај

Суд правде се одлучио за аргумент потребе заштите слабије уговорне стране. Наиме, како је реч о осигуранику чији положај захтева посебан степен заштите, онда се њему не може истицати споразум између осигуравача и уговарача осигурања. У супротном би осигураник био лишен могућности да покрене поступак пред судом где има пребивалиште или пред судом где је настао осигурани случај, са једне стране. Са друге стране, такво поступање би омогућило осигуравачу да поступке против осигураника води пред судовима у државама свог пребивалишта. На тај начин би пророгациона клаузула била успостављена у корист осигуравача, док би у потпуности био занемарен циљ заштите економски слабије стране, у овом случају осигураника.[23]

III *Balta* предмет

2012. године мајка фирма *Grifs AG* је закључила уговор о осигурању од одговорности са *AAS Balta* осигурањем. Уговором је била покривена и грађанска одговорност ћерки фирми, укључујући и фирму *Grifs*, која се бавила пружањем услуга обезбеђења. За случај спора као надлежан је уговорен суд у Летонији.

Ћерка фирма *Grifs* је закључила уговор о пружању услуга обезбеђења фирми *Jaunustės romantika*, чија је једна јувелирница опљачкана у граду Алтусу у Литванији. Током поступка између *Jaunustės romantika* и *Grifs*,[24] установљено је да је *Grifs* био у обавези да накнади штету. Наиме, утврђено је да је на страни *Grifs*-а постојала груба непажња, што је допринело настанку штете. *Grifs* је потом поднео тужбу за накнаду штете против *AAS Balta* осигуравача у својству осигураника из уговора који је закључио овај осигуравач са мајком фирмом, а пред литванским Регионалним судом у Виљнусу. Суд се огласио ненадлежним јер је уговорена надлежност летонског суда и летонско право као меродавно. Такође, литвански суд је био става да је *Grifs* као осигураник сагласан са свим одредбама уговора, укључујући и пророгациону клаузулу, иако није изричито дао своју сагласност. *Grifs* је уложио жалбу

„извлачи“ из договора уговарача осигурања и осигуравача, чиме се ограничава могућност да буде у бољем положају у односу на уговарача осигурања у погледу надлежности суда, у потпуности је занемарена. Helmut Heiss, „Jurisdiction in matters relating to insurance, Arts. 10–16 Brussels Ibis Regulation“, *European Commentaries on Private International Law on Brussels Ibis Regulation* (Hrsg. Ulrich Magnus, Peter Mankowski), Münich, 2016, 407–442. Упор. Helmut Heiss, Anton Schnyder, „Versicherungsverträge“, *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (Hrsg. Herbert Kronke, Werner Melis, Anton Schnyder), Köln, 2005, 160.

23 Case C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux v Axa Belgium and Others.*

24 Тужбу су заправо поднели *Jaunystės romantika* и њен осигуравач *ERGO Insurance SE*.

Апелационом суду који је одлуку вратио на поновно одлучивање. Апелациони суд је био става да основаност поништаја одлуке лежи у статусу *Grifs* компаније као осигураника и да сходно томе и Брисел I уредби има право избора надлежног суда.

Осигуравач *SAA Balta* је поднео жалбу Врховном суду Литваније, позивајући се на одредбе о великим ризицима из члана 16 Брисел I уредбе, које су довољан основ за искључење посебног режима за уговоре о осигурању. Управо због овог питања се Врховни суд обратио Суду правде Европске уније са питањем да ли се чланови 15 и 16 Брисел I уредбе имају тумачити тако да се у случају осигурања великих ризика пророгациона клаузула из уговора о осигурању може изнети против осигураника, иако се није сагласио са овом клаузулом и ако има редовно пребивалиште или седиште у другој држави чланици у односу на седиште осигуравача или уговарача осигурања. Притом, ради се о осигуранику који није стручњак у области осигурања. Заправо је Врховни суд Литваније настојао да нађе одговарајући баланс између аутономије воље уговорних страна и принципа заштите слабије уговорне стране.

1. Одлука Суда правде у предмету *Balta*

У предмету *Balta*, Суд правде Европске уније је разматрао члан 15 став 5 Брисел I уредбе који дозвољава одступање од правила о надлежности судова по основу пророгационе клаузуле као израз потребе заштите слабије уговорне стране.[25] Дакле, основно питање је било да ли је осигураник био везан пророгационом клаузулом из изворног уговора, са којом се није сагласио. Кључни детаљ је притом била чињеница да је осигураник статус осигураника добио по основу изворног уговора о осигурању великих ризика, иначе покривених чл. 16 ст. 5 Брисел I уредбе.[26]

Пре него што је одлука донета и дефинитивно заузет став да се осигураник не може сматрати везаним пророгационом клаузулом, могли су се чути гласови из науке који су изражавали наду да ће чињеница да се ради о осигурању великих ризика из чл. 15 ст. 2 Брисел I уредбе определити Суд правде Европске уније да овакве осигуранике не третира као слабију уговорну страну и да, на крају, они могу бити везани

25 Case C–803/18 *AAS 'Balta' v UAB 'Grifs AG'*, Judgement of the Court of 27 February 2020, ECLI:EU:C:2020:123.

26 Осигурања великих ризика, као што Суд правде у овом предмету и истиче, обухватају ризике различите природе. Неки се ризици сматрају великим због предмета осигурања (поморски ризици), док други морају да испуне одређене критерије у погледу уговарача осигурања како би се сматрали великим ризицима.

пророгационом клаузулом.[27] Заправо, постојала су тумачења да се став 5 члана 15 Брисел I уредбе може истаћи не само против уговарача осигурања и осигуравача, већ и против осигураника. Наиме, ради се о томе да ст. 3 и 4 члана 15 Брисел уредбе изричито помињу да се односе на осигуравача и уговарача осигурања, док такве референце нема у ставу 5 члана 15, што се дало тумачити да не постоје никаква ограничења у погледу тога против кога се овај изузетак може истаћи.[28]

Ипак, Суд правде Европске уније стао је на становиште да чињеница да је реч о осигурању великих ризика не говори довољно о томе да конкретном осигуранику није потребна заштита као слабијој економској страни без довољно правничког знања.[29] Осим тога, Суд је одбацио опцију да у сваком конкретном случају, па и овом, разматра да ли конкретне околности искључују потребу да се осигуранику да додатна заштита као да је реч о потрошачу.[30] Дакле, захваљујући овој пресуди, искристалисан је став Суда правде Европске уније да пророгациони споразум не може бити закључен на штету трећег лица, које се није сагласило са споразумом, јер би се успостављањем надлежности суда по основу неодобрене клаузуле угрозило начело заштите слабије уговорне стране, установљено још у случају *Peloux*. Тиме се такође пружа заштита осигураника од могућности губитка признатог права на избор надлежног суда према свом пребивалишту/седишту.

---

27 Helmut Heiss, „Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten Dritter, insbesondere in Versicherungsverträgen zu ihren Gunsten", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Nr. 6/2005, 499.

28 Тако је наведено и у параграфу 33 саме одлуке у предмету *Balta*. Такође, вид. Извештај професора др Петера Шлосера о Конвенцији од 9. октобра 1978. о приступању Краљевине Данске, Ирске и Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске Конвенцији о надлежности и извршењу пресуда у грађанским и привредним стварима и Протокол о његовом тумачењу од стране Суда правде (*Report by Professor Dr Peter Schlosser on the Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*), доступно на адреси: *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ae9647d-0ed3-4eef-abd3-4b48961bb609/language-en*, 10. 3. 2023.

29 Пара. 37–41 пресуде у предмету *Balta*.

30 Тако и у предметима Case C-340/16 *Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft – KABEG v Mutuelles du Mans assurances*, Judgment of the Court of 20 July 2017, ECLI:EU:C:2017:576, као и Case C-106/17 *Paweł Hofsoe v LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster AG*, Judgment of the Court (Eighth Chamber) of 31 January 2018, ECLI:EU:C:2018:50.

2. Проблематични аспекти одлуке Суда правде Европске уније у предмету *Balta*

Путем одлуке у случају *Balta*, приватна аутономија у уговорном праву осигурања смањена је до непрепознатљивости, посебно с обзиром на то да ће такви уговори врло често обухватати осигуранике пореклом из различитих држава. Ипак, како би поткрепио свој правни став, Суд правде Европске уније је користио читав низ аргумената, чија убедљивост је упитна. Спорно је неколико аспеката наведене одлуке: занемаривање економског стутуса осигураника; неправљење разлике између експлицитног и имплицитног пристанка осигураника и прављење аналогије између статуса осигураника и оштећеног лица по основу осигурања од одговорности.

а) Економски статус осигураника

Могућност уговорних страна да изаберу надлежни суд и да тиме дерогирају правила о општој надлежности када је реч о осигурању великих ризика омогућава остваривање принципа равноправности уговорних страна које су једнаке економске снаге и правничког знања. Иако је ранији став Суда правде Европске уније био да нема места проширењу посебних правила о надлежности суда на лица којима заштита није потребна,[31] у предмету *Balta* је овај аргумент игнорисан. Суд правде Европске уније је у овом предмету истакао да чињеница да је уговор између уговарача осигурања и осигуравача уговор о осигурању великих ризика, не значи да је и осигураник лице једнаке економске моћи. Наиме, према мишљењу Суда правде Европске уније, иако *Gifs* није био економски слабија страна, из околности случаја произлази да овај осигураник није стручњак, професионалац у области осигурања, што га ослобађа дејства пророгационе клаузуле.[32]

Бојазан суда је била да паушално оцењивање економског статуса осигураника може довести до правне несигурности, што је супротно циљу Уредбе да правила о јурисдикцији буду предвидива.[33] Чињеница да је реч о осигуранику ког у потпуности поседује мајка фирма није

31 Case C-106/17 *Paweł Hofsoe v LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster AG*, Judgement of the Court, 31 January 2018, ECLI:EU:C:2018:50.

32 Jelena Gazivoda, „Judgment of the European Court of Justice of February 27th 2020 concerning Interpretation of Articles 15 (5) and 16 (5) of Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Case C-803/18", *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2020, 64.

33 Nikola Filipović, „Judgment of The European Court of Justice In The Case 'Aas Balta' V. 'Uab Grifs Ag'", *Tokovi osiguranja*, br. 2/2022, 137.

довољна да би се сматрало да се је осигураник савестан или да је пристао на споразум који је закључио уговарач осигурања!

То значи да пророгациона клаузула у једном уговору о осигурању великих ризика, који би закључили холдинг компаније или у ту сврху основане ћерке компаније како би обезбедили заштиту по основу осигурања за све чланове концерна, не би могла да се истакне чак ни против једне велике моћне компаније, која је само осигураник, иако ће ова компанија често бити та која ће утицати на садржину уговора приликом његовог састављања и закључивања.

Једини изузетак који је Суд правде Европске уније дозволио, али опет како не би противречио сопственој претходној пракси,[34] јесте онај када је осигураник само пословно ангажован у комерцијалне сврхе у делатности осигурања.[35] То значи да заступник у осигурању, који је покривен као осигураник по основу групног уговора о осигурању од професионалне одговорности може бити ослобођен дејства пророгационе клаузуле, али се то не може десити друштву које има промет преко милијарду евра, које се професионално на бави пословима осигурања.[36]

Дакле, веома је спорна одлука Суда правде Европске уније да занемари чињеницу да се ради о осигурању великих ризика, јер код таквих осигурања врло мало је вероватно да је осигураник неко лице коме је потребна додатна заштита.[37] Реч је о таквим осигурањима где се у улози осигураника може наћи само лице које се професионално бави неким комерцијалним активностима.

Осим тога, Суд правде Европске уније је одбио да изврши појединачну процену околности конкретног осигураника јер сматра да би правна сигурност тиме била превише озбиљно нарушена, што се не би могло толерисати?![38]

34 Реч је о већ поменутном предмету *Hofsoe v LVM Landwirtschaftlicher Versicherungsverein Münster AG*. Упор. Heinrich Dörner, „'One-shotter' gegen 'repeat player' – Zum Verständnis der Art. 13 Abs. 2 und 11 Abs. 1 lit. b EuGVVO", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Nr. 2/2018, 158, где се говори о потреби прављења разлике између „one-shotter" и „repeat player" наместо ослањања на критеријум претежне делатности.

35 *AAS „Balta" v UAB „Grifs AG"*.

36 Baetrice Deshayes, „EUGH: Persönlicher Anwendungsbereich einer Gerichtsstandsklausel", *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht*, 2017, 280–281.

37 Ово питање се може поставити код других врста осигурања која су закључена за туђ рачун, код којих је осигуранику потребна додатна заштита (осигурање од пожара, елементарних непогода или друге врсте одштетних осигурања, која служа за покривање туђе штете, код свих врста обавезних осигурања од одговорности за употребе моторних возила и сл.)

38 *AAS „Balta" v UAB „Grifs AG"*.

б) Експлицитни и имплицитни пристанак осигураника

У овом предмету осигураник који је био у улози тужиоца, заправо је компанија чији је власник уговарач осигурања. У националном поступку који је претходио постављању претходног питања, првостепени суд је закључио да је то довољно да се сматра да је осигураник сагласан са пророгационом клаузулом. Суд правде је само стао на становиште да се пророгациона клаузула не може истицати против осигураника који није сагласан са том клаузулом, али без даљег прављења разлике између експлицитног и имплицитног пристанка. Питање које је поставио национални суд се односило искључиво на ситуацију када се осигураник није изричито сагласио са клаузулом. Можда би се могло закључити да национални суд није сматрао релевантним да постави детаљније питање Суду правде Европске уније у погледу различитих врста пристанака. Тако да је сад отворено питање на који начин ће национални судови тумачити одлуку Суда.

в) Аналогија између осигураника и оштећеног лица

У настојању да изнађе оправдање за необавезујуће дејство пророгационе клазуле осигураника, Суд правде је у предмету *Balta* истицао постојање аналогије са статусом оштећеног лица које по основу осигурања од одговорности има право на директан захтев према осигуравачу. У једном од својих ранијих предмета, у предмету *Assens Havn*,[39] Суд правде је разматрао да ли је оштећени, који има право на директан захтев према осигуравачу, везан пророгационом клаузулом. И поред одређених гласова да је позивање Суда правде Европске уније током поступања у предмету *Balta* на предмет *Assens Havn* оправдано,[40] то заправо није случај. У предмету *Assens Havn*, Суд је стао на становиште да пророгациона клаузула у уговору о осигурању није обавезујућа за оштећено лице,[41] јер Брисел I уредба настоји да жртвама погођеним осигураним случајем олакша и омогући да туже осигуравача пред судом земље где се осигурани случај догодио, под условом да национално

39 C-368/16 *Assens Havn v Navigators Management (UK) Limited*, Judgement of the Court of 13 Juli 2017, ECLI:EU:C:2017:546.

40 Jens Gal, „Parteiautonomie in Versicherungssachen: Eine Streitschrift", *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 2–4/2020, 11.

41 Постојала су и супротна схватања везана за овај случај да постоји простор за обавезујуће дејство пророгационе клаузуле јер би заправо постојао случај цесије, тако да би оштећени као правни следбеник морао да се придржава споразума о надлежности суда. Ово препознаје и Louis Henning, „Zur Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Versicherungsprogrammen", *Versicherungsrecht*, 2020, 394, 399.

право дозвољава директну тужбу.[42] Суд правде Европске уније стао је на становиште да странке из уговора о осигурању могу одступити од одредби Брисел I уредбе по основу споразума, ако осигурање покрива све видове одговорности које произлазе из употребе пловног возила.[43] Осим тога, Суд правде Европске уније је сматрао да је дејство пророгационе клаузуле ограничено идејом заштите економски слабије уговорне стране, што може бити угрожено проширивањем дејства пророгационе клаузуле на треће лице.

Међутим, осигураник по основу уговора о осигурању за туђ рачун и оштећено лице које по основу уговора о осигурању од одговорности има право на директан захтев против осигуравача су заправо лица врло различитих правних статуса и зато Суд правде Европске уније није требало да повлачи паралелу између њих у погледу дејства пророгационе клаузуле. На првом месту се оштећени не налази ни у каквом уговорном односу са туженим осигуравачем по основу уговора о обавезном осигурању од одговорности. Права која оштећено лице има према осигуравачу су заснована на закону, а не на њиховом уговору са осигуравачем. Заправо, он има „свој" суд надлежан да одлучује о његовом директном захтеву, који је потпуно независан од уговарача осигурања. Потом, осигуравач не може оштећеном лицу истицати приговоре из уговора о осигурању. Оштећено лице је врло удаљено од уговорног односа из уговора о осигурању, много више него осигураник који није експлицитно приступио пророгационом споразуму.

42 2007. године је шведска компанија *Skåne Entreprenad Services AB (Skåne)* била ангажована за превоз шећерне репе до града Nykøbing Falster у Данској. Део пута је укључивао отпрему терета између два данска града, од Асенса до Накскова, што је захтевало да *Skåne* изнајми одређени број тегљача, од којих је један био и *Sea Endeavour I*. *Skåne* је са осигуравачем *Navigators* закључио осигурање од одговорности за тај део пута. У уговор о осигурању је унета пророгациона клаузула којом је предвиђена надлежност велшких и енглеских судова. Када је *Sea Endeavour I* стигао у луку Асенса, наступила је штета на инсталацијама на доку, а странке нису могле да се споразумеју ко је проузроковао штету. Услед тога је *Assens Havn* покренуо поступак против *Skåne* пред данским судом. Међутим, пре него што је поступак покренут, *Skåne* је отишао у стечај, па је *Assens Havn* покренуо поступак пред Поморским и привредним судом Данске против осигуравача *Skåne-a*, *Navigators* Тужилац је свој захтев заснивао на чл. 95 ст. 2 тач. 1 данског Закона о уговору о осигурању у складу са којом оштећени ступа у права уговарача осигурања према осигуравачу ако његово право није намирено, као и случају стечаја уговарача осигурања.

43 Поглавље 11 садржи правила о надлежном суду за директну тужбу по основу осигурања од одговорности, које предвиђа и примену поглавља 8, 9 и 10, али не и 13 и 14. Упућивање из члана 11 став 2 Брисел I уредбе на члан 9 став 1 Брисел I уредбе значи да оштећени има право да директно поднесе захтев против осигуравача пред судом државе чланице у којој има пребивалиште. T. Thiede, K. Ludwichowska, 631.

Осигураник такав свој статус добија по основу уговора о осигурању за туђ рачун, који представља посебну врсту односа усмереног на заштиту интереса трећег лица.[44] До закључења овог уговора долази зато што између осигураника и уговарача осигурања постоји неки ранији уговорни однос, који захтева закључивање уговора за рачун осигураника. Међутим, иако је предмет уговора о осигурању интерес осигураника, остваривање његовог права зависно је, било од пристанка осигураника, било од поседовања полисе. Право осигураника, иако непосредно, није дакле потпуно самостално и независно од изворног уговора из ког је настало.[45] Уговарач често и закључује уговор о осигурању по налогу осигураника и зато се не може рећи да је осигураник у потпуности изван уговорног односа осигуравача и уговарача осигурања![46] Осим тога, имовински ефекти уговора закљученог између осигуравача и уговарача осигурања остариће се у имовини осигураника, а не у имовини уговарача осигурања. Уговарач осигурања, иако дужник извршења престација плаћања премије, он ту обавезу чини за рачун осигураника, тако да он за плаћену премију терети осигураника и није дужан да му преда полису осигурања док му осигураник не исплати премије плаћене осигуравачу. Дакле, иако има положај трећег лица, осигураник нема класичан положај трећег лица које се у потпуности налази изван уговорног односа чије је дејство *inter partes*.

Даље, то што је дошло до подела улога на страни уговарача осигурања не сме да погорша положај осигуравача.[47] Осигуравач може осигуранику да истакне све приговоре које може да истакне и уговарачу осигурања. Тако осигураник ризикује да изгуби своје право по основу уговора ако уговарач осигурања није платио премију осигурања.[48] Све су ово јасни показатељи учешћа осигураника у уговору о осигурању, иако није непосредна уговорна страна. У литератури се чак могу наћи

44 Дуго времена се сматрало да је реч о виду уговорног односа који се може јавити само код осигурања лица, што је данас напуштен став. О томе сведочи и систематика нашег Закона о облигационим односима, где се одредбе о осигурањима за туђ рачун налазе у делу ЗОО који се односи на заједничке одредбе и за осигурања имовине и осигурања лица. Вид. Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 905.

45 Примера рад, вид. ЗОО, чл. 905 ст. 2–3.

46 Тако и В. Сокал, 144.

47 Manfred Wandt, *Versicherungsrecht*, Frankfurt am Main, 2010, 252.

48 Мало одступања од тог правила има код обавезног осигурања од ауто-одговорности, чији заштитни карактер налаже да пружање покрића оштећеном не зависи увек од тога да ли је уговарач осигурања испунио своју обавезу према осигуравачу.

објашњења да се осигураник „интегрише у уговорне обавезе исто као да је страна уговорница“.[49]

Осигуранику стоје на располагању права из уговора о осигурању. Када осигураник или уговарач осигурања постану инсолвентни, падну у стечај, онда захтев према осигуравачу увек иде у стечајну масу осигураника. Истовремено, осигураник неће бити спречен инсолвентношћу уговарача осигурања да постави своје захтеве према осигуравачу и има право да захтева издвајање свог потраживања из имовине уговарача осигурања које је уговарач осигурања већ наплатио од осигуравача.[50]

Међутим, суд у Луксембургу у потпуности занемарује овај аспект статуса осигураника који добија заштиту, фактички, на поклон путем уговора и који за њега значи само права. Разлог за такво поступање Суда правде Европске уније највероватније се састоји у бојазни да ће осигураник који је потрошач бити лишен своје посебне заштите, која се, између осталог, састоји у могућности подношења тужбе пред судом у земљи свог пребивалишта. Иако инсистира на заштити слабије уговорне стране, оваква одлука Суда правде Европске уније у потпуности занемарује статус друге уговорне стране.

Независно од тога што образложење у одлуци *Balta* није довољно убедљиво, она је обавезујућа за све судове држава чланица. Ова пракса ће се посматрати „као урезана у камен“, нарочито јер ју је суд тако недвосмислено формулисао, и у складу са њом пророгациони споразуми неће моћи да се истичу против осигураника.[51]

На практичном примеру се могу видети домети одлуке Суда правде Европске уније из предмета *Balta*. Ако је италијанска фирма доставила немачкој фирми машину, уз задржавање права својине и која буде уништена током пожара, тада би немачки осигуравач који је пружао заштиту ове машине од пожара могао да буде тужен пред судом који се налази тамо где је седиште италијанске компаније која је власник, без да има могућност да уложи приговор о надлежности суда. То ће потом водити томе да осигуравач код великих ризика буде потенцијално тужен пред неколико (стотина) различитих судова. Таква непредвидивост места вођења поступака засигурно ће мотивисати осигураваче да повећају цене премија.

Ово води питању како практично решити ове проблеме. Саме одлуке *Peloux* и *Balta* садрже одређено решење које би се огледало у томе да осигураник да сагласност на споразум о надлежности суда.[52]

49 П. Шулејић, 193.

50 M. Wandt, 250.

51 J. Gal, 15.

52 *Société financière et industrielle du Peloux v Axa Belgium*, као и *AAS „Balta“ v UAB „Grifs AG“*.

Међутим, то је ипак компликованије него што је Суд правде Европске уније замислио. Када је реч о осигурању великих ризика, то значи да би сагласност више десетина осигураника морала да буде прибављена и пре закључења уговора. Такође, сва будућа куповина, спајања привредних друштава, оснивања концерна, захтевала би прибављање сагласности на пророгациони споразум, како концепт покривености свих чланова концерна, групе осигурањем не би био угрожен. Када се ради о осигурању ствари од великих ризика, ситуација је још компликованија с обзиром на то да осигураник често није ни познат у тренутку закључења уговора (*осиīурање за рачун оноī коīа се тиче*), тако да замишљени модел давања одобрења није осуђен на превелики успех. Осим тога, биће угрожени и интереси уговарача осигурања, који је уговор о осигурању за туђ рачун и закључио да би заштитио свој интерес, а не да би осигураник остварио своју алтруистички мотивисану корист.[53]

Неки аутори[54] предлажу опцију прибегавања арбитражи, јер арбитражна клаузула није обухваћена чл. 15 Брисел I уредбе, чиме би се њено дејство могло проширити и на осигуранике.[55] Међутим, постоји озбиљна опасност да ће судска пракса националних судова у контексту јединственог правног поретка, у будућности идеју заштите слабије уговорне стране пренети и на арбитражне споразуме у оквиру поступка који је покренуо осигураник пред домаћим судом. Најпрагматичније решење које се намеће јесте да се самим уговором о осигурању ограничи право осигураника на тужбу. Иако је код осигурања великих ризика такав интерес очигледан, пошто концепт покрића предвиђен уговором може бити заштићен само кроз ограничење располагања, остаје опасност да ће суд који изабере осигураник то другачије оценити. Ако постоји могућност да се примени неко друго материјално право – због избора права или услед примене клизионе норме, мора се осигурати да и ово право у потпуности дозвољава искључење права располагања осигураника.

53 На пример, мајка фирма закључује уговор о осигурању који покрива и њене ћерке фирме, јер ће у супротном бити у обавези да сама сноси штету по основу уговора о преносу добити и губитака.

54 Helmut Heiss, „Gerichtsstandsfragen in Versicherungssachen nach europäischem Recht“, *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts* (Hrsg. Fritz Reichert-Facilides, Anton Schnyder), 2000, 105.

55 Јелена Вукадиновић Марковић, „Накнада штете као последица повреде уговора о арбитражи“, *Проузроковање шīеīе, накнада шīеīе и осиīурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Мионица, 2021, 261–263.

IV Закључак

Суд правде Европске уније је установио модел о непроширивању споразума о надлежности суда на осигурана лица, чак и када се ради о осигурању великих ризика. Не може се рећи да је реч о концепту који је нарочито пријатељски настројен према осигурању, а нарочито јер не води рачуна о посебној правној природи осигурања за туђ рачун. Такође, концепт је врло споран из визуре уговарача осигурања. Ускраћивањем уговарачу осигурања могућности да закључи споразум о надлежности суду са дејством и на осигураника покривеног уговором о осигурању, отежава се могућност набављања покрића за концерне и групе привредних друштава, које ће постати и скупље јер ће осигуравач морати да узме у обзир чињеницу да ће се спорови потеницајлно одвијати пред различитим форумима.

Зашто је осигуранику увек и беспоговорно потребна заштита, остаје тајна Суда правде Европске уније. Пророгациона клаузула или споразум нису инструменти којима се осигуранику ограничавају његова права.

Мала је вероватноћа да ће се судска пракса мењати. Начин рада Суда је такав да увек постоје позивања на сопствене одлуке, јер је реч о једном затвореном систему, који чини правилом придржавање раније донетих одлука.[56] Права промена судске праксе сигурно не може наступити осим ако Суд правде Европске уније на то не буде приморан спољним факторима (измена уговора или измена секундарног права). Док год законодавац не обезбеди одговарајуће прилагођавање члана 15 Брисел I уредбе, у пресудама установљена правила о дејству пророгационе клаузуле ће се примењивати увек и без изузетка.

Коришћена литература

Añoveros Terradas Beatriz, „Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union“, *Oxford University Comparative Law Forum*, Nr. 1/2003.

Wandt Manfred, *Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Frankfurt am Main, 2010.

56 То се огледа и у томе што се у одлукама Суда правде цитирају само претходне одлуке, а готово никад размишљања академске заједнице или чак судија националних судова, што је приметио и бивши председник Суда правде, Скурис (*Skouris*). Vassilios Skouris, „Erwartungen der gerichtlichen Praxis an die Wissenschaft des Europarechts“, *Europarechtswissenschaft*, Nr. 2/2018, 149.

Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, *Међународно приватно право*, Београд, 2012. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2012)

Von Mehren Arthur Taylor, „Must Plaintiffs seek out Defendants? The Contemporary Standing of Actor Sequitur Forum Rei", *King's College Law Journal*, Nr. 8/1997.

Вукадиновић Марковић Јелена, „Накнада штете као последица повреде уговора о арбитражи", *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Мионица, 2021. (Vukadinović Marković Jelena, „Naknada štete kao posledica povrede ugovora o arbitraži", *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd – Mionica, 2021)

Gazivoda Jelena, „Judgment of the European Court of Justice of February 27th 2020 concerning Interpretation of Articles 15 (5) and 16 (5) of Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Case C-803/18", *Evropska revija za pravo osiguranja*, br. 3/2020.

Gal Jens, „Parteiautonomie in Versicherungssachen: Eine Streitschrift", *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, Nr. 2–4/2020.

Deshayes Baetrice, „EUGH: Persönlicher Anwendungsbereich einer Gerichtsstandsklausel", *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht*, 2017.

Dörner Heinrich, „One-shotter" gegen „repeat player" – Zum Verständnis der Art. 13 Abs. 2 und 11 Abs. 1 lit. b EuGVVO", *Praxis des Internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, Nr. 2/2018.

Magnus Ulrich, „Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I Regulation", *The Brussels I review proposal uncovered* (ed. Eva Lein), London, 2012.

Макиела Магдалена, Чоловић Владимир, „Дефинисање критеријума за одређивање надлежности у споровима осигурања са елементом иностраности – са освртом на решења у законодавству Пољске", *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић), Београд – Ваљево, 2019. (Makiela Magdalena, Čolović Vladimir, „Definisanje kriterijuma za određivanje nadležnosti u sporovima osiguranja sa elementom inostranosti – sa osvrtom na rešenja u zakonodavstvu Poljske", *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović), Beograd – Valjevo, 2019)

Musseva Boriana, „Opposibility of Choice-Of-Court Agreements against Third Parties under the Hague Choice-Of-Court Convention and Brussels Ibis Regulation“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 9/2016.

Сокал Војислав, *Осиīурање у користī īређеī*, Београд, 1976. (Sokal Vojislav, *Osiguranje u korist trećeg*, Beograd, 1976)

Skouris Vassilios, „Erwartungen der gerichtlichen Praxis an die Wissenschaft des Europarechts“, *Europarechtswissenschaft*, Nr. 2/2018.

Solimine Michael, „Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure“, *Cornell International Law Journal*, Nr. 25/1992.

Shaki A., „Effect of Prorogation Clauses in International Contracts“, *Israel Law Review*, Nr. 2/1966.

Schaller Ashlee, „Interpretation of Forum Selection Clauses: A Survey of Select English– and German-Speaking Jurisdictions“, *North Carolina Journal of International Law*, Nr. 1/2018.

Taylor David, „The Forum Selection Clause: A Tale of Two Concepts“, *Temple Law Review*, Nr. 1/1993.

Thiede Thomas, Ludwichowska Katarzyna, „Kfz-Haftpflichtversicherung: Der Geschädigte eines Verkehrsunfalls kann vor dem Gericht des Orts seines Wohnsitzes eine Direktklage gegen Versicherer aus einem Mitgliedstaat der EU erheben; EuGVVO Art. 11 Abs. 2, 9 Abs. 1b“, *Versicherungsrecht: Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs– und Schadensrecht*, Nr. 14/2007.

Filipović Nikola, „Judgment of The European Court of Justice In The Case ‘Aas Balta’ V. ‘Uab Grifs Ag’“, *Tokovi osiguranja*, br. 2/2022.

Heiss Helmut, „Gerichtsstandsvereinbarungen zulasten Dritter, insbesondere in Versicherungsverträgen zu ihren Gunsten“, *Praxis des Internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, Nr. 6/2005.

Heiss Helmut, „Gerichtsstandsfragen in Versicherungssachen nach europäischem Recht“, *Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts* (Hrsg. Fritz Reichert-Facilides, Anton Schnyder), Basel, 2000.

Heiss Helmut, „Jurisdiction in matters relating to insurance, Arts. 10–16 Brussels Ibis Regulation“, *European Commentaries on Private International Law on Brussels Ibis Regulation* (Hrsg. Ulrich Magnus, Peter Mankowski), Münich, 2016.

Heiss Helmut, Schnyder Anton, „Versicherungsverträge“, *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (Hrsg. Herbert Kronke, Werner Melis, Anton Schnyder), Köln, 2005.

Henning Louis, „Zur Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Versicherungsprogrammen“, *Versicherungsrecht*, 2020.

Шулејић Предраг, *Право осиīурања*, Београд, 1973. (Šulejić Predrag, *Pravo osiguranja*, Beograd, 1973)

***Mirjana* B. GLINTIĆ, PhD**
Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia

EFFECTS OF FORUM SELECTION CLAUSE IN LARGE RISK INSURANCE CONTRACTS – ECJ decision in case *Balta* –

Summary

For the last couple of years ECJ`s point of view is that forum selection clause is not legally binding for the insured. Main reason for that is the need for protection of the weeker party. This standpoint also found its place in the ECJ's decision in Balta case, which concerned large risk insurance. Therefore the author devotes central part of the paper to the analysis of disputed aspects of this decision. Main shortcoming of the Court's reasoning is the neglect of the fact that it is third-party insurance of large risks. The author points out two practical consequences of this decision. The first is reflected in the additional limitation of the autonomy of the will in contractual insurance law. Another consequence is an increase of premiums. To conclude with, the author shares the thoughts on „circumventing“ of this legally binding decision.

Key words: *Insurance. – Forum Selection Clause. – Insured. – Third-Party Insurance. – Brussels I Regulation.*

Датум пријема рада: 1. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 5. 5. 2023.

УДК: 347.771:004.8
CERIF: S 124, S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23213A

Никола* МИЛОСАВЉЕВИЋ
асистент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

ПОЈЕДИНИ ПАТЕНТНОПРАВНИ АСПЕКТИ ПРИМЕНЕ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Сажетак

Вештачка интелигенција представља нову страницу у развоју технике и технологије на светском нивоу. Домашај који ова промена има протеже се на све аспекте науке, укључујући и правну науку, посебно на право интелектуалне својине као њену дисциплину. Аутор у раду разматра утицај који развој и примена вештачке интелигенције има за патентно право. У раду се не испитују сви аспекти због којих је вештачка интелигенција значајна за патентно право, већ само аспекти значајни за настанак патента. Најпре се испитују појам и примена вештачке интелигенције, а затим се анализира вештачка интелигенција са аспекта патентног права: као проналазак, проналазач и као испитивач. Циљ рада је да се опише постојећи и предвиди потенцијални утицај развоја вештачке интелигенције на патентно право.

Кључне речи: *Вештачка интелигенција. – Патент. – Вештачка интелигенција као проналазак. – Вештачка интелигенција као проналазач. – Вештачка интелигенција као испитивач.*

---

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

I Увод

Развој вештачке интелигенције (енг. *artificial intelligence*, нем. *Künstliche Intelligenz*) има утицаја готово на све области права. Имајући у виду да је право интелектуалне својине усмерено ка правној заштити творевина људског духа, примена вештачке интелигенције представља несумњиво предмет интересовања ове дисциплине. Међутим, примена вештачке интелигенције, за разлику од осталих творевина људског духа, значајна је не само по томе што може представљати ново интелектуално добро, већ потенцијално и његовог творца, па чак и испитивача. У раду који следи испитујемо шта је до сада познато о развоју вештачке интелигенције и које су све могућности у њеној примени. Затим, анализирамо утицај примене вештачке интелигенције на патентно право, са аспекта вештачке интелигенције као проналаска, као проналазача и као испитивача, тј. могућности примене вештачке интелигенције од стране завода. Напомињемо да вештачка интелигенција има утицаја и на друге аспекте патентног права (нпр. повреду патента), али да су у раду, због обима, обрађени само аспекти који се тичу настанка патента.

II Појам и примена вештачке интелигенције

У научним изворима се о вештачкој интелигенцији говори још од четрдесетих година прошлог века.[1] Идеја вештачке интелигенције није нова, али је постало дискутабилно шта се под овим појмом подразумева. Основна идеја јесте стварање машине – компјутера који може да репликује функције људске интелигенције. Међутим, тако посматрано вештачка интелигенција је остварена већ са првим дигитроном, јер су и аритметичке операције функција људске интелигенције. У данашње време под појмом вештачке интелигенције се претежно подразумевају системи засновани на машинском учењу (енгл. *machine learing*) и дубоком учењу (енгл. *deep learning*), али и други системи.

Са новим развојем компјутерске технологије почињу да се разликују „класични“ софтвери засновани на правилу које задаје програмер (енгл. *rule based*) и оне који су засновани на машинском и дубоком учењу.[2] Код првих, софтвер се унапред програмира од стране програмера који му задаје правило – алгоритам које програм после тога извршава.

1 Thomas Hoeren, Maurice Niehof, „KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen“, *Rechtswissenschaft*, Nr. 1/2018, доступно на адреси: *https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/1868-8098-2018-1-47*, 23. 3. 2023, 48.

2 Makoto Hong, Choon Kuen Hui Cheng, „Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice“, *Singapore Academy of Law Journal*, Nr. 2/2019, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/*

Системи засновани на машинском учењу подразумевају постојање два алгоритма – „класификатора“ и „ученика“. Први алгоритам представља класични програм код кога програмер задаје операцију класификације одређене групе података, док други на основу класификације која се врши првим алгоритмом изводи закључак о томе по ком критеријуму класификацију треба вршити и затим је самостално примењује на нове групе података.[3] Поред ових „супервизованих“, постоје и тзв. „несупервизовани“ софтвери машинског учења, код којих алгоритам „ученик“ на бази постојеће структуре података изводи закључак о критеријуму класификације и надаље врши класификацију података.[4] Дубоко учење је појам који није претерано уједначен у теорији, али се под њим начелно подразумевају системи код којих се формирају вештачке „синапсе“ између различитих алгоритама, слично људском мозгу, на основу којих је могуће повезати више различитих функција софтвера што представља основу за развој роботике.[5]

Суштина примене ових софтвера јесте да се велике групе података (енг. *big data*) могу обрадити у јако кратком временском периоду.[6] Штавише, ови програми податке обрађују далеко брже него што то чини људски мозак. Иако ово делује запањујуће, и чак застрашујуће, треба се сетити да ниједан човек не може да трчи онолико брзо колико иду аутомобили. Стога ово није први пут да људске творевине надилазе способности човека. Увођењем машинског учења се развија посебна дисциплина анализе великих група података (енг. *big data analytics*), под којом се подразумева да клијенти достављају аналитичарима велике групе података на основу којих ови софтвери дају информацију која је клијентима неопходна. Тако нпр. адвокати у САД користе услуге система *e-dicovery* који им у гомили документације проналази документ који је релевантан као доказ на суду. [7] Не треба посебно рећи да ово ствара

Page?handle=hein.journals/saclj31&collection=journals&id=512&startid=&endid=543, 23. 9. 2022, 879.

3 Lindsey Barrett, „Deconstructing Data Mining: Protecting Privacy and Civil Liberties in Automated Decision-Making“, *Georgetown Law Technology Review*, Nr. 1/2016, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/gtltr1&collection=journals&id=153&startid=&endid=159*, 23. 9. 2022, 155–156.

4 Aziz Z. Huq, „A Right to a Human Decision“, *Virginia Law Review*, Nr. 3/2020, доступно на адреси: *https://www.jstor.org/stable/10.2307/27074704*, 23. 9. 2022, 631.

5 Celine Castets-Renard, „Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Nr. 1/2019, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdipm30&collection=journals&id=97&startid=&endid=144*, 23. 9. 2022, 98.

6 L. Barrett, 153–154.

7 Ajay Agrawal, Joshua S. Gans, Avi Goldfarb, „Artificial Intelligence: The Ambiguous Labor Market Impact of Automating Prediction“, *The Journal of Economic Perspectives*, Nr.

знатне уштеде времена и кадрова који би морали бити ангажовани на прегледању документације.

Анализе великих група података поред ове могу имати и друге функције. Тако системи машинског учења анализом великих група података могу правити предикције односно предвиђања за будућност. Даље, на сличним основама, софтвер може анализом података о постојећим догађајима да направи симулацију, односно сценарио за догађај за који се треба припремити. Тако је могуће на бази ових софтвера радити припрему екипа за ванредне ситуације. Машинско учење, видели смо, може бити коришћено и за детекцију одређених података из велике групе података. Коначно, системи машинског учења се већ дуже време примењују у профилисању лица и група лица, што банке и осигуравајућа друштва примењују у свом раду. Осим асистирања очекивано је да у будућности ови системи у потпуности самостално доносе одлуке.[8]

Интересантно је да је у Предлогу нове Уредбе Европске уније о утврђивању хармонизованих правила о вештачкој интелигенцији и изменама и допунама појединих законодавних аката[9] вештачка интелигенција управо дефинисана са аспекта њене примене. Овим актом је прописано да под системима вештачке интелигенције треба разумети софтвер који је развијен применом једног или више техника и метода побројаних у Анексу I и који може, за задати скуп циљева које одреди човек, дати резултате који се састоје у садржају, предвиђањима, препорукама или одлукама које утичу на окружење са којима долази у додир.[10] Анексом I се предвиђа да су овде укључени методи машинског учења, како супервизованог, тако и несупервизованог, и појачаног учења, које примењује различит скуп метода, укључујући ту и дубоко учење. Затим, ту су и логички и методи засновани на знању, укључујући и приказе знања, индуктивно програмирање, базе знања, индуктивне и дедуктивне машине, машине за симболичко резоновање и експертске системе, статистичке методе, Бајеову процену и методе за претрагу и оптимизацију. Циљ акта је да се њиме обухвати што је могуће већи број

2/2019, доступно на адреси: *https://www.jstor.org/stable/10.2307/26621238*, 23. 9. 2022, 35.

8 Kerry Weste, Clarke Tamsin, „Human Rights Drowning in the Data Pool: Identity-Matching and Automated Decision-Making in Australia“, *Human Rights Defender*, Nr. 3/2018, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hurighdef27&collection=journals&id=101&startid=&endid=104*, 23. 9. 2022, 25.

9 Предлог уредбе о утврђивању хармонизованих правила о вештачкој интелигенцији и изменама и допунама појединих законодавних аката (European Commision, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*; даље у тексту и фуснотама: AIA).

10 AIA, чл. 3 тач. 1.

система, те као што видимо машинско учење представља само један (иако први) од система који се подводе под вештачку интелигенцију. Овај документ још увек није постао званично право Европске уније, али служи као добра смерница у погледу тога шта је вештачка интелигенција.

Као што видимо примена метода машинског учења са становишта овог документа није *differentia specifica* вештачке интелигенције, јер се под њу подводе и други системи. Оно што је кључно јесте заправо начин примене ових система међу којима се у документу управо наводе издавање садржаја, предвиђања, препорука или одлука. Сада остаје да се види на који начин наведени системи могу бити примењени у патентном праву. Другим речима, сада треба испитати да ли примена ових система изазива последице за патентно право и какве последице изазива.

III Аспекти примене вештачке интелигенције у патентном праву

1. Вештачка интелигенција као проналазак

Овај аспект примене вештачке интелигенције изазива можда и најмање дилема. Суштински системи вештачке интелигенције представљају људску творевину, те макар у начелу могу представљати проналазак. Ипак, треба бити опрезан. Прво, видели смо да је у AIA вештачка интелигенција дефинисана као софтвер. Суштински сви наведени системи, мање више, представљају рачунарске програме. Рачунарски програми се по правилу штите ауторским правом. Ипак, постоје могућности да се рачунарски програми заштите и патентним правом у оним случајевима када имају технички карактер. Ово ће бити случај са оперативним системима и системима који производе додатни технички ефекат, тј. којима се управља неким производним или другим процесом.[11] Даље, иза примене вештачке интелигенције могу стајати разни математички и информатички принципи и методе. Видели смо такође да у AIA вештачка интелигенција подразумева примену одређених техника и метода. Ни принципи ни методи по правилу не представљају проналазак у смислу патентног права.[12] Сем тога, извесне недоумице ће представљати и чињеница да су софтвери вештачке интелигенције нетранспарентни и неконзистентни. Функционисање ових система није у довољној мери јасно, па се може десити да проналазак не буде

11 Синиша Варга, *Право индустријске својине*, Крагујевац, 2014, 57.

12 Sandeep Kumar, „How Ready Are Patent Laws for Artificial Intelligence?“, *Law Essentials Journal*, Nr. 2/2021, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lwesj2&collection=journals&id=271&startid=&endid=278*, 15. 3. 2023, 25–26.

потпуно и јасно описан. Затим, није извесно какав ће резултат (енгл. *output*) машина изнедрити у сваком конкретном случају. Коначно, дискутабилно је колико је могуће да просечни стручњак изведе проналазак уколико не располаже софтвером, који није општедоступан. Ове премисе представљају услове за признање патента што би могло да искључи патентну заштиту за софтвере вештачке интелигенције. Ипак истраживања показују да, услед потребе привреде, патентни заводи без обзира на наведено признају патенте у области вештачке интелигенције и израђују посебна правила прилагођена за испитивање ових проналазака.[13]

Сходно наведеном, иако овај аспект изазива мање проблема него наредна два, не треба га занемарити. Ипак, он не изазива веће правнологичке проблеме. Проблематика заштите софтвера патентом је, без обзира на њихову врсту и методе које примењују, начелно слична и у теорији углавном испитана. Из тог разлога се наведеним аспектом нећемо даље бавити, али га је било неопходно поменути.

2. Вештачка интелигенција као проналазач

Овај аспект примене вештачке интелигенције изазива далеко веће дилеме, него што је то случај са претходним. Ипак, утисак је да теорија нешто више пажње поклања примени вештачке интелигенције у стварању ауторских дела.[14] Ово није случајност будући да је проблем актуелнији. Наиме, системи вештачке интелигенције који стварају ауторска дела су не само развијени, већ и доступни широким масама. С обзиром на релативно ниске захтеве естетичности и оригиналности у погледу заштите ауторског дела, можемо оправдано рећи да су ови системи већ овладали стварањем ауторских дела, а да право још увек нема јединствен одговор на насталу ситуацију. О системима вештачке

13 Joseph Straus, „Will Artificial Intelligence Change Some Patent Law Paradigms?“, *Zbornik Znanstvenih Razprav*, 2021, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/zbnazprv81&collection=journals&id=12&startid=&endid=63*, 15. 3. 2023, 19–27.

14 Tim W. Dornis, „Artificial Intelligence and Innovation: The End of Patent Law as We Know it“, *Yale Journal of Law and Technology*, Nr. 1/2020, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/yjolt23&collection=journals&id=97&startid=&endid=159*, 15. 3. 2023, 113; Erica Fraser, „Computers as Inventors – Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law“, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*, Nr. 3/2016, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/scripted13&collection=journals&id=305&startid=&endid=333*, 15. 3. 2023, 307; и Tabrez Y. Ebrahim, „Artificial Intelligence Inventions & Patent Disclosure“, *Penn State Law Review*, Nr. 1/2020, доступно на адреси: *https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/dlr125&collection=journals&id=155&startid=&endid=230*, 15. 3. 2023, 147–148.

интелигенције који стварају проналаске, бар за сада, нема пуно помена. Ипак, ово не значи да овај проблем не бива све актуелнији. Наиме, већ неко време постоји софтвер *AllPriorArt* заснован на машинском учењу, који на основу велике групе података која се састоји од свих текстова патентних захтева за које је амерички Завод за патенте и жигове (*US Patent and trademark office*) признао заштиту, генерише нове текстове патентних захтева и истовремено их ставља на интернет. Увидом у резултате који су доступни на интернету, лако је закључити да наведени текстови никако не представљају нове проналаске, већ углавном бесмислице.[15]

Наведено не значи да овакво генерисање патентних захтева не може послужити као генератор идеја које ће накнадно развијати људска интелигенција. Већина текстова патентних захтева које је овај систем објавио до сада представља бесмислицу, али то не значи да у једном тренутку неће доћи до текста који може представљати текст патентног захтева будућег проналаска. Осим тога, проналазак суштински представља упутство – информацију која се генерише на бази постојећих знања у одређеној области технике. Како системи машинског учења управо „извлаче закључак“ на бази података који су им учињени доступним, питање је времена када ће ови системи бити способни да самостално дођу до проналаска. Штавише постојао је један покушај регистрације патента за проналазак који је наводно створила машина. Наиме, пред патентним заводима САД, Велике Британије и Европским патентним заводом[16] Стивен Талер (*Stephen Thaler*) покушао је регистрацију патента за проналазак који је открила машина чији је назив „DABUS“. Талер је наводно „DABUS“-у доставио податке о стању технике на основу чега је овај програм изнедрио проналазак посуде за храну специфичних карактеристика. Као проналазача Талер је навео програм „DABUS“ истичући да би било нетачно уколико би себе означио као проналазача, јер је закључак којим је створен проналазак извео програм. Програм је успео да „спозна“ новост проналаска много пре него човек. Поменути заводи су међутим пријаву одбацили из формалних разлога односно због тога што је оцењено да „DABUS“ не може бити име физичког лица, које једино може бити проналазач, што је био закључак свих поменутих завода. Заводи притом нису искључили могућност да машина буде проналазач, већ само да према важећим прописима као проналазач у пријави мора бити наведено искључиво физичко лице.[17] Талер је

15 E. Fraser, 308.

16 Осим ових, Талер је поднео пријаве и пред заводима других земаља. Вид. *https://www.ipstars.com/NewsAndAnalysis/The-latest-news-on-the-DABUS-patent-case/Index/7366*, 15. 3. 2023.

17 T. W. Dornis, 117; J. Straus, 33–37; Anu Manoj, „Widening the Perspectives of Patent Law in Artificial Intelligence“, *Supremo Amicus*, Nr. 14/2019, доступно на адреси: *https://*

нешто више разумевања за свој став нашао пред органима Аустралије и Јужноафричке републике. Савезни суд Аустралије је усвојио жалбу на одлуку аустралијског завода којом је одбијено признање патента машини, налазећи да у патентном закону ништа не искључује могућност да вештачка интелигенција буде проналазач, а то би могло да омогући подстрек развоју вештачке интелигенције. Ипак, Виши савезни суд је са сличним аргументима као заводи САД, Велике Британије и Европски патентни завод, а посебна ревизија није била дозвољена. Једини завод који је позитивно одлучио о Талеровој пријави је Завод Јужноафричке републике.[18]

На овај начин су заводи избегли да одговоре на једно од најважнијих питања за будућност патентног права, а то је да ли се машине могу јавити као проналазачи. Већ сада амерички Завод за патенте и жигове процењује да се до трећине свих нових проналазака долази уз употребу вештачке интелигенције.[19] У теорији су ставови различити у погледу тога да ли су ови проналасци створени уз асистенцију вештачке интелигенције или је вештачка интелигенција створила те проналаске.[20] Према једнима, радње задавања команди и допремања података машини се не могу сматрати радњама проналазачког генија, те како је машина та која врши закључивање, управо је она проналазач.[21] Други, пак, сматрају да је вештачка интелигенција само још један од алата (попут лењира) којим се проналазач служи у стварању тих проналазака.[22] Ово стога што још увек нису доступни системи који би цео проналазачки процес обављали самостално, већ је неопходно да човек обезбеди одређену количину *input*-а. Има и мишљења да је питање да ли су системи који ће самостално обављати проналазачку делатност уопште могући, будући да ће им вероватно увек недостајати проналазачка иницијатива, која мора потицати од човека.[23] Дилема није само теоријског карактера, јер ће од њеног решавања зависити одређивање титулара патента. Уколико је машина та која је проналазач, онда је оправданије патент признати њеном творцу или власнику машине, а уколико је машина само

heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/supami14&collection=journals&id=35&startid=&endid=41, 15. 3. 2023, 29–30.

18 За детаљну анализу случаја „ДАБУС“ вид. Соња Лучић, „Вештачка интелигенција и патентно право“, *Садашњост и будућност услужног права* (ур. Драган Вујисић), Крагујевац, 2022, 485–490; Александра Михаиловић, „Вештачка интелигенција и патентно право“, *Бранич*, бр. 2/2022, 80–82.

19 T. Y. Ebrahim, 191.

20 E. Fraser, 328.

21 T. W. Dornis, 123; A. Manoj, 28–29.

22 T. Y. Ebrahim, 191.

23 J. Straus, 17

помоћно средство онда је проналазач онај ко машину користи или ко обезбеђује податке.

Оно што је сигурно јесте да се проналазачки процес знатно убрзава захваљујући коришћењу вештачке интелигенције већ и на овом нивоу развоја.[24] Посебно је повољно што се трошкови и ризици истраживања и развоја значајно смањују.[25] Са даљим развојем, уз поседовање вештачке интелигенције проналазачки рад може бити значајно олакшан, а самим тим и убрзан читав привредни развој.[26] Истовремено, ово може довести и до одређених ризика у смислу да техничко-технолошки развој буде монополисан од стране субјеката који контролишу вештачку интелигенцију. И поред чињенице да је трка у техничко-технолошком развоју већ постала ексклузивна, с обзиром на велика средства која је потребно уложити, поседовање вештачке интелигенције која је способна да брзином већом од људске интелигенције развије проналазак могло би да привредни развој потпуно ограничи и веже за мали број конкурената.[27] Такође, за примену вештачке интелигенције је потребно обезбедити велику количину података. Чак и када би проналазачка вештачка интелигенција постала доступна свима, бенефите од ње би могли да остваре само компаније које монополишу велике количине података. За ово последње можемо рећи да већ почиње да се дешава, јер су компаније *Google*, *Facebook* и *Amazon*, које располажу великом количином података, већ водеће у области вештачке интелигенције.[28] У теорији се наводе и помало апокалиптична страховања. Сматра се да би могло да дође до поремећаја и на ширем друштвеном плану, јер би вештачка интелигенција могла да доведе до апатије и занемаривања природне интелигенције.[29] Коначно, и на плану патентног права постојање вештачке интелигенције као проналазача може изазвати бројне промене.

Ово прво примећујемо када је реч о условима за стицање патента. Да би се проналазак уопште могао заштитити потребно је да буде описан потпуно и јасно, тако да га просечни стручњак из области технике може самостално извести не ангажујући сопствену генијалност. Такође, потребно је да сва средства за остваривање проналаска буду доступна свима, између осталих и просечном стручњаку. У теорији постоји схватање

24 E. Fraser, 318.

25 T. W. Dornis, 150. Аутор наводи да би ово даље могло да оправда скраћење периода важења патента, будући да су трошкови истраживања и развоја које је потребно интернализовати значајно мањи.

26 E. Fraser, 306.

27 *Ibid.*, 327.

28 T. W. Dornis, 130.

29 E. Fraser, 327.

да због нетранспарентности вештачке интелигенције, као и чињенице да вештачка интелигенција није доступна свима и чињенице да се не може претпоставити резултат који ће она изнедрити, наведени услови нису испуњени.[30] Сматрамо, међутим, да су ова питања значајнија за претходни аспект, али не и за аспект вештачке интелигенције као проналазача. Наиме, наведени услови се односе на сам проналазак, а не на начин на који се до проналаска дошло, тј. начина на који је изведен закључак о проналаску.[31] Другим речима, значајно је да је сам проналазак јасно описан, било од машине било од човека, као и да се проналаском увек остварује исто техничко решење. Осим тога потребно је да су средства за остваривање техничког решења доступна, а не средства којима се до проналаска дошло. На крају, ни начин на који природна интелигенција долази до проналаска није транспарентан, али за патентно право није ни значајан, већ је битно да ли је проналазак до кога се дошло довољно јасно описан и изводљив.

Затим, да би био признат патент, проналазак мора бити нов, инвентиван и привредно примењив. Проналазак ће бити нов уколико се до дана подношења патентне пријаве не налази у стању технике, односно уколико никада и ни на једном месту није био учињен доступним јавности. Већ на овом нивоу развоја вештачка интелигенција изазива проблеме. Софтвери попут *AllPriorArt* потенцијално би могли у потпуности да блокирају рад патентних завода. Иако се већина текстова које овај софтвер објављује не може сматрати проналаском, ово не утиче на чињеницу да је испитивач дужан да провери и на интернету да ли је сличан проналазак већ постао доступан јавности. Ово може додатно успорити патентни поступак и оптеретити већ оптерећене патентне заводе. С друге стране, ако испитивач не би извршио проверу оваквог сајта, признати патент би касније могао бити оспорен и оглашен ништавим, што би значајно утицало на правну сигурности и снагу патентног система.[32] Затим, услов инвентивности је испуњен уколико пријављени проналазак за просечног стручњака одређене области не произлази на очигледан начин из стања технике. Вештачка интелигенција и код овог услова изазива бројне дилеме. Прво, дискутабилно је колико неки проналазак неће произлазити очигледно из стања технике када се узме у обзир да је просечном стручњаку била доступна вештачка интелигенција.[33] Уколико се призна да применом вештачке интелигенције просечни стручњак може остварити знатно веће резултате у свом раду, ово би

30 Вид. T. Y. Ebrahim, 181 и даље.

31 T. W. Dornis, 139.

32 E. Fraser, 309–312.

33 *Ibid.*, 319.

могло знатно да повиси критеријум инвентивности који се тражи, истовремено избацујући из трке за техничко-технолошки развој све конкуренте који не располажу вештачком интелигенцијом.[34] Осим тога, уколико вештачка интелигенција заиста постане главни проналазач и генератор развоја, поставља се питање да ли је оправдано да стандард оцене и даље буде просечни стручњак или га треба прилагодити вештачкој интелигенцији.[35] У теорији се већ разматрају могућности увођења или саме вештачке интелигенције као замене за стандард просечног стручњака, у смислу просечне или најуобичајеније вештачке интелигенције у одређеној области, или просечног стручњака коме асистира вештачка интелигенција.[36] Примена вештачке интелигенције као стандарда оцене је проблематична, првенствено због несигурности њеног учинка.[37] Има и схватања да, с обзиром на почетни ниво развоја вештачке интелигенције, стандард просечног стручњака још увек није потребно мењати, будући да вештачка интелигенција само асистира раду проналазача.[38] Услов привредне применљивости би можда трпео и најмање корекције. Ипак, он би могао да добије на значају, јер још увек није извесно да ли би вештачка интелигенција могла да ствара проналаске који имају одређену привредну сврху.

Најважније промене се очекују на плану одређивања проналазача и носиоца права. Проналазак није у тој мери везан за личност свог творца, колико ауторско дело. Другим речима, техничко технолошки развој је објективан. До одређеног проналаска ће се доћи без обзира на то ко је проналазач. Са тог аспекта вештачка интелигенција као проналазач изазива много мање проблема него вештачка интелигенција као аутор. Такође, са становишта поступка за заштиту патента, у нашем праву није експлицитно предвиђено да проналазак мора бити творевина човека, мада се то претпоставља. Проналазач чак може остати анониман, те питање одређивања проналазача није од суштинског значаја. Ипак, значајно је одредити проналазача, јер је то лице које оригинерно стиче право на подношење пријаве.

На први поглед не делује проблематично да као проналазач у регистру буде наведена машина. Ово навођење би могло да обезбеди довољно информација заинтересованом лицу. Проблем је међутим суштинске природе. Вештачка интелигенција, представља уређај који обавља одређене операције. Као таква она не представља субјект, већ

34 T. W. Dornis, 114; А. Михаиловић, 84.

35 S. Kumar, 25; T. Y. Ebrahim, 193.

36 J. Straus, 33, 45.

37 T. W. Dornis, 125 и даље.

38 J. Straus, 56.

објект права. То значи да се вештачка интелигенција не карактерише правном способношћу и да, слично животињама, не може бити носилац права и обавеза. Такође, признање личноправног овлашћења вештачкој интелигенцији да буде наведена у пријави, списима и регистру не делује оправдано, будући да се она не карактерише достојанством и емотивним комплексом који треба задовољити. Из наведених разлога поставља се питање коме заправо треба признати оригинерно право на подношење пријаве, мада не нужно и само својство проналазача, које као што смо видели може остати и упражњено. У теорији се разматра могућност да проналазак створен од стране вештачке интелигенције одмах пређе у јавни домен, али се закључује да то није економски оправдано.[39] Уместо тога, понуђена су два решења.[40] Прва могућност је да право на подношење пријаве буде признато творцу вештачке интелигенције. Ово би значило да се право на подношење пријаве признаје лицу које је развило систем вештачке интелигенције. Друга могућност јесте да се право на подношење пријаве призна кориснику, односно лицу које је прибавило или изнајмило вештачку интелигенцију који ствара проналаске. Према једном ставу, под корисником треба разумети лице које је обезбедило податке вештачкој интелигенцији.[41] Обе опције имају одређене реперкусије. С једне стране, делује оправдано аутору вештачке интелигенције признати право на интелектуалним креацијама које је створила његова креација. На крају, управо због његове генијалности је стварање тих проналазака постало могуће. Међутим, дискутабилно је колико он заправо има интереса да поседује патенте из одређених области привреде у којима не послује. Могуће је да он неће моћи да разуме суштину и правилно да оцени значај проналаска будући да се не бави одређеном области технике. Ипак, дискутабилно је да ли је корисник вештачке интелигенције лице које ангажује своју генијалност у стварању новог проналаска. Отуда је спорно да ли је оно проналазач. С друге стране, корисник вештачке интелигенције управо прибавља са циљем да га користи за стварање нових проналазака за које је заинтересован. Може се претпоставити да он послује у сектору привреде из којег је проналазак и да ће знати да препозна значај створеног проналаска. Уз то, основни је принцип стварног права да титулару права својине припадају сви плодови које одређена ствар има, као и да творцу

39 T. W. Dornis, 124.

40 За сличну расправу у погледу ауторског права вид. Ана Ашковић, „Развој вештачке интелигенције и ауторско право“, *Интелектуална својина у дигитално доба* (ур. Душан Поповић), Београд, 2020, 51 и даље; Андрија Ђоновић, „Вештачка интелигенција и право интелектуалне својине – машина као аутор?“, *Право и привреда*, бр. 4/2018, 206 и даље.

41 T. W. Dornis, 155.

ствари припадају ствари које он сачини. На крају, будући да вештачка интелигенција закључак изводи из података који су јој учињени доступним, логично је да титулар права на резултатима (енг. *output*) буде лице које је обезбедило податке за те резултате (енг. *input*), што је свакако корисник. Треба признати да се у овом случају патент ставља у зависност од права својине, те са аспекта баланса правног система ни ово није идеално решење. Економском „Коазијском" анализом је утврђено да је оправданије и по тржиште повољније признати право на подношење пријаве кориснику вештачке интелигенције.[42] Већи део теорије такође заступа ово становиште као исправније.[43] Поред наведених разлога и претпоставке да ће он знати да правилно цени и експлоатише проналазак, корисник вештачке интелигенције представља боље решење због чињенице да би аутору вештачке интелигенције били признати патенти на потенцијално великом броју проналазака. Иако би он начелно могао да их експлоатише лиценцирањем, поседовање велике количине патената у рукама једног привредног субјекта би могло да у потпуности блокира развој у појединим секторима привреде. С друге стране, аутор вештачке интелигенције је у могућности да блокира целокупан развој тиме што ће све проналаске до којих вештачка интелигенција дође унапред објавити. Осим тога, будући да на овом нивоу развоја вештачка интелигенција још увек углавном асистира у стварању проналазака, за сада је оправданије права признати кориснику вештачке интелигенције.[44] Какво год да коначно решење буде, сигурно је да ће лиценцни уговори у овим случајевима бити веома сложени.

3. Вештачка интелигенција као испитивач

О овом аспекту примене вештачке интелигенције у теорији има најмање помена. Ипак, он ни у ком случају не сме бити занемарен. Наиме, видели смо које су могућности примене вештачке интелигенције и да може бити искоришћена као претраживач великих група података. Више је него јасно да би у овом капацитету она могла бити значајно средство за претраживање стања технике. Ово би скратило трајање патентног поступка и смањило трошкове и потребу за кадровима.[45] Међутим, ово није једина могућност. Вештачка интелигенција може доносити одлуке на бази података о ранијим одлукама у сличним ситуацијама. То значи да би на бази података из досадашњих одлука донетих у патентном

42 *Ibid.*

43 E. Fraser, 331; J. Straus, 48; S. Kumar, 26.

44 J. Straus, 51–52.

45 T. W. Dornis, 151.

аводу било могуће да вештачка интелигенција донесе одлуку о томе да ли одређени проналазак треба патентирати или не. Одређену сумњу у том погледу изазива питање провере изводљивости проналаска, али се у теорији наводи да су већ развијени системи вештачке интелигенције који могу вршити експериментисање.[46] Није немогуће да ће се софтвери „испитивачи" засновани на вештачкој интелигенцији развити много пре софтвера „проналазача".

Интересантно је да, иако је овај аспект примене вештачке интелигенције у теорији најмање обрађен, само за њега постоји позитивноправно регулисање, али не у оквирима патентног права. Наиме, Законом о заштити података о личности[47] се у члану 38 ст. 1, коме одговара чл. 22 ст. 1 Опште уредбе о заштити података о личности Европске уније,[48] прописује да лице на које се подаци односе има право да се на њега не примењује одлука донета искључиво на основу аутоматизоване обраде, укључујући и профилисање, ако се том одлуком производе правне последице по то лице или та одлука значајно утиче на његов положај. Како патентна пријава несумњиво садржи бар податке о подносиоцу пријаве, који представљају податке о личности, ова одредба би морала бити примењена у случају када је подносилац пријаве физичко лице, будући да се у нашем праву штите само лични подаци физичких лица. Услов је међутим да је одлука у потпуности или претежном делу донета од стране вештачке интелигенције. Преостали услов да се производе правне последице по то лице начелно је испуњен, будући да се признањем патента одређеном лицу и стварају правне последице, али се и значајно утиче на положај тог лица. Ипак, основни недостатак наведене одредбе, поред чињеница да се од ове забране може одустати пристанком или уговором или може бити искључена посебним законом,[49] јесте да се њоме не установљава право појединца да одлучи о томе хоће ли у патентном, или било ком другом поступку бити примењена вештачка интелигенција, већ само да она не може бити примењена на личне податке подносиоца пријаве. Отуда није у питању генерална забрана, нити право, већ само забрана у области заштите података о личности.

Одлучивање од стране вештачке интелигенције у раду државних органа представља блиску будућност. У раду америчке полиције већ је

46 E. Fraser, 318.

47 Закон о заштити података о личности – ЗЗПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

48 Општа уредба о заштити података о личности Европске уније из 2018. године (*Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC*; даље у фуснотама: GDPR).

49 ЗЗПЛ, чл. 38 ст. 2; GDPR, чл. 22 ст. 2.

примењен *PredPol*, софтвер који помаже у предвиђању настанка криминалитета. Такође, америчке судије у кривичном поступку примењују *COMPAS* систем који предвиђа колико је вероватно да ће окривљени поново извршити кривично дело, што помаже у одмеравању казне. Системе вештачке интелигенције у пореском поступку примењују и аустралијске власти, а канадске у поступку одлучивања о пријему у држављанство.[50] Међутим, у раду наведених органа су препознати значајни проблеми. Тако је експериментално утврђено да су *PredPol* и *COMPAS* расистички настројени у одлучивању, те долази до значајног нивоа дискриминације.[51] Осим тога, рад ових система није транспарентан. Другим речима, систем може да донесе одлуку, али још увек не може да је образложи. Ово аутоматски онемогућава и остваривање одређених процесних права, посебно права на жалбу, будући да без правно-логичког оправдања одлуке, одлуку није могуће ни побијати жалбом. Отуда постоје бројне препреке одлучивању од стране вештачке интелигенције у државним органима.

Унапређивањем рада система вештачке интелигенције се очекује да наведени проблеми буду превазиђени. Већ се ради на развоју софтвера којима ће бити објашњено поступање и одлучивање вештачке интелигенције. Сматрамо ипак да је оправдано пружити право појединцу да донесе одлуку о томе хоће ли у његовој правној ствари одлучивати вештачка или природна интелигенција. Поверење у технологију се разликује од појединца до појединца, те оваква убеђења морају у одређеној мери бити уважена. Сем тога, грешке су увек могуће како од стране природне тако и од стране вештачке интелигенције. Отуда је у AIA као опште начело предвиђено да се над применом вештачке интелигенцију увек мора обезбедити људски надзор.[52] Ипак, овим документом се не регулишу појединачна питања примене вештачке интелигенције у патентном или било ком другом поступку. Вештачка интелигенција изазива широк спектар последица, те је потребно појединачне аспекте њене примене регулисати посебним прописима.[53] Чини се да прописивање људске супервизије своје посебно оправдање има у патентном поступку. Наиме, видели смо да се у овом поступку и на страни подносиоца пријава и на страни испитивача може наћи вештачка интелигенција. Стога није немогуће да ће се у будућности јавити пријава која ће бити поднета од стране вештачке интелигенције

50 M. Hong, C. K. Hui Cheng, 880–883.

51 L. Barrett, 157; K. Weste, T. Clarke, 27; M. Hong, C. K. Hui Cheng, 883.

52 AIA, чл. 14.

53 Стефан Андоновић, „Нормативни аспекти вештачке интелигенције у раду органа управе у Републици Србији“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац, 2020, 145.

и испитивана од стране вештачке интелигенције. У овој ситуацији сматрамо да је есенцијално обезбедити људску супервизију. Ово због тога што још увек исувише мало знамо о начину функционисања вештачке интелигенције. Могло би се десити да системи између себе развију посебну логику или поремете стандарде одлучивања, што би могло да омете или у потпуности блокира функционисање патентног система. Ипак, овај сценарио, бар за сада, припада домену научне фантастике, али је неопходно водити расправу на ову тему и припремати решења.

IV Закључак

Примена вештачке интелигенције остварује значајан утицај на патентно право. Са аспекта вештачке интелигенције као проналаска, иако наведени системи у основи представљају рачунарске програме и методе, у пракси се све више дозвољава заштита проналазака у овој области. С друге стране, примена машинског учења олакшава и убрзава проналазачке процесе, будући да се ти системи користе као помоћ у стварању нових проналазака. Иако је спорно да ли се на овом нивоу развоја ови системи могу јавити као проналазачи, са њиховим развојем ће та дилема отпасти, премда је дискутабилно да ли ће икада бити могућ систем који неће бити иницран од стране човека. Овакав развој неминовно мора утицати на услове за признање патента, посебно на услов инвентивног карактера, код кога ће вероватно доћи до измена у погледу стандарда просечног стручњака. У погледу титулара патента за проналаске створене на овај начин, како вештачка интелигенција не располаже правном способности, титулар може бити или лице које је створило вештачку интелигенцију која је створила проналазак, или пак лице које је користило систем, обезбедило потребне податке за проналазак и слично. Наведено питање се мора решити у будућности, али теорија већ сада нагиње ка кориснику вештачке интелигенције из првенствено економских разлога. Коначно, капацитети вештачке интелигенције могу бити значајна помоћ у раду патентних завода, а није немогуће ни да у будућности ови системи буду задужени за доношење одлука у патентним поступцима. Ако до тога дође, важно је обезбедити могућност подносиоцу пријаве да, уколико то жели, искључи примену ових система у одлучивању у патентном поступку. Уопште веома је важно обезбедити људску супервизију над радом ових система, како би се спречило да евентуалне грешке у раду ових система опструишу техничко-технолошки развој.

Коришћена литература

Agrawal Ajay, Gans Joshua S., Goldfarb Avi, „Artificial Intelligence: The Ambiguous Labor Market Impact of Automating Prediction“, *The Journal of Economic Perspectives*, Nr. 2/2019.

Андоновић Стефан, „Нормативни аспекти вештачке интелигенције у раду органа управе у Републици Србији“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац, 2020. (Andonović Stefan, „Normativni aspekti veštačke inteligencije u radu organa uprave u Republici Srbiji“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije* (ur. Snežana Soković), Kragujevac, 2020)

Ашковић Ана, „Развој вештачке интелигенције и ауторско право“, *Интелектуална својина у дигитално доба* (ур. Душан Поповић), Београд, 2020. (Ašković Ana, „Razvoj veštačke inteligencije i autorsko pravo“, *Intelektualna svojina u digitalno doba* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2020)

Barrett Lindsey, „Deconstructing Data Mining: Protecting Privacy and Civil Liberties in Automated Decision-Making“, *Georgetown Law Technology Review*, Nr. 1/2016.

Варга Синиша, *Право индустријске својине*, Крагујевац, 2014. (Varga Siniša, *Pravo industrijske svojine*, Kragujevac, 2014)

Weste Kerry, Tamsin Clarke, „Human Rights Drowning in the Data Pool: Identity-Matching and Automated Decision-Making in Australia“, *Human Rights Defender*, Nr. 3/2019.

Dornis Tim W., „Artificial Intelligence and Innovation: The End of Patent Law as We Know it“, *Yale Journal of Law and Technology*, Nr. 1/2020.

Ђоновић Андрија, „Вештачка интелигенција и право интелектуалне својине – машина као аутор?“, *Право и привреда*, бр. 4/2018 (Đonović Andrija, „Veštačka inteligencija i pravo intelektualne svojine – mašina kao autor?“, *Pravo i privreda*, br. 4/2018)

Ebrahim Tabrez Y., „Artificial Intelligence Inventions & Patent Disclosure“, *Penn State Law Review*, Nr. 1/2020.

Kumar Sandeep, „How Ready Are Patent Laws for Artificial Intelligence?“, *Law Essentials Journal*, Nr. 2/2021.

Лучић Соња, „Вештачка интелигенција и патентно право“, *Садашњост и будућност услужног права* (ур. Драган Вујисић), Крагујевац, 2022. (Lučić Sonja, „Veštačka inteligencija i patentno pravo“, *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava* (ur. Dragan Vujisić), Kragujevac, 2022)

Manoj Anu, „Widening the Perspectives of Patent Law in Artificial Intelligence“, *Supremo Amicus*, Nr. 14/2019.

Михаиловић Александра, „Вештачка интелигенција и патентно право“, *Бранич*, бр. 2/2022. (Mihailović Aleksandra, „Veštačka inteligencija i patentno pravo“, *Branič*, br. 2/2022)

Straus Joseph, „Will Artificial Intelligence Change Some Patent Law Paradigms?“, *Zbornik Znanstvenih Razprav*, 2021.

Fraser Erica, „Computers as Inventors – Legal and Policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law“, *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*, Nr. 3/2016.

Hoeren Thomas, Niehof Maurice, „KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen“, *Rechtswissenschaft*, Nr. 1/2018.

Hong Makoto Cheng, Choon Kuen Hui, „Towards a Digital Government: Reflections on Automated Decision-Making and the Principles of Administrative Justice“, *Singapore Academy of Law Journal*, Nr. 2/2019.

Huq Aziz Z., „A Right to a Human Decision“, *Virginia Law Review*, Nr. 3/2020.

Castets-Renard Celine, „Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making“, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Nr. 1/2019.

***Nikola* MILOSAVLJEVIĆ, LL.M**
Teaching Associate at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

CERTAIN ASPECTS OF APPLICATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PATENT LAW

Summary

Artificial intelligence represents a new page in worldwide technological development. This development influences all scientific fields, including law, especially intellectual property law, as a branch of the legal science. In the following paper, the author examines the influence that artificial intelligence has on patent law. Not every aspect of this influence is examined, but only those considering the emergence of the patent. Firstly, the definition and application of artificial intelligence is examined, and then the patent law aspects of artificial intelligence application: artificial intelligence as an invention, artificial intelligence as an inventor, and artificial intelligence as an examiner. The aim of the paper is to describe and predict the future potential influence that artificial intelligence has on emergence, prerequisites, and subjects of patent.

Key words: *Artificial Intelligence. – Patent. – Artificial Intelligence as an Invention. – Artificial Intelligence as an Inventor. – Artificial Intelligence as an Examiner.*

Датум пријема рада: 30. 3. 2023.
Датум прихватања рада: 5. 5. 2023.

УДК: 347.427(497.11)
CERIF: S 144
ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23214A

Александра* СЕКУЛИЋ
сарадник у настави Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

ОСНОВНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА УВОЂЕЊЕ СТЕЧАЈА ПРЕДУЗЕТНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак

У Републици Србији је у припреми нацрт Закона о стечају предузетника. Овим законом у наш законодавни систем би се увео индивидуални стечај у који спада стечај предузетника. Како индивидуални стечај треба разликовати од редовног стечаја правних лица, циљ овог рада јесте анализа основних претпоставки и елемената које треба регулисати како би овај институт био примењив у пракси. У тој сврху анализираћемо правна правила Директиве о превентивном реструктурирању на којој би се Закон о стечају предузетника заснивао, као и упоредноправна решења њене примене. Основна сврха овог рада биће разматрање на који начин треба регулисати основне елементе за увођење овог института у наше законодавство, а то су: подручје примене, врста поступка, отпуст дуга, изузимање од извршења, ограничења у поступку стечаја предузетника.

Кључне речи: *Стечај предузетника. – Индивидуални стечај. – Директива о превентивном реструктурирању. – Основни елементи за увођење стечаја предузетника.*

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

I Увод

Индивидуални стечај јесте институт стечајног права који подразумева спровођење поступка над имовином физичког лица са циљем пружања могућности новог финансијског почетка том лицу.[1] Врсте индивидуалног стечаја су стечај предузетника и стечај потрошача. За предмет овог рада определили смо се за стечај предузетника из два разлога. Прво, за разлику од стечаја потрошача који се у српском праву не спроводи још од периода након Другог светског рата, нити постоје назнаке и дискусије о његовом евентуалном регулисању, стечај предузетника био је регулисан у домаћем праву у периоду од 2004. до 2009. године. Такође, постоје наговештаји да ће стечај предузетника бити поново део српског позитивног права. Наиме, у припреми је Закон о стечају предузетника, а одговарајућа радна група формирана је у оквиру Министарства привреде.[2] Други разлог заснива се на чињеници да је и у праву Европске Уније питање стечаја предузетника веома актуелно, и то почев од иницијативе *Think Small First*, преко Закона о малим предузећима (*Small Business Act*), па све до доношења најзначајнијег акта у овој области, а то је Директива о оквирима за превентивно реструктурирање, отпусту дуга и забранама, као и о мерама за повећање ефикасности поступака који се односе на превентивно реструктурирање, инсолвентност и отпуст дуга.[3]

У савременој економији стечај предузетника има важне правно-политичке циљеве који доприносе општем привредном развоју и развоју предузетништва.[4] Описани циљеви остварују се кроз омогућавање предузетнику новог финансијског почетка и друге шансе.[5] Очекивани подстицај општем привредном развоју и развоју предузетништва

1 Вид. Душица Палачковић „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015; Ана Опачић „Индивидуални стечај“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 1/2012; Вук Радовић, *Основи стечајног права*, 2. издање, Београд, 2020.

2 Адвокатска канцеларија Жунић, Стечај предузетника – пут ка личном банкротству, 2021, доступно на адреси: *https://zuniclaw.com/stecaj-preduzetnika/*, 30. 3. 2023; Јулијана Винцан, „Стечај као друга шанса у пословању предузетника“, 2022, доступно на адреси: *https://biznis.rs/vesti/srbija/stecaj-kao-druga-sansa-u-poslovanju-preduzetnika/*, 30. 3. 2023.

3 Директива о оквирима о превентивном реструктурирању, отпусту дуга и забранама, те о мерама за повећање учинковитости поступка који се односе на реструктурирање, несолвентност и отпуст дуга из 2019. године – Директива о превентивном реструктурирању (*Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019*, *OJ* L 172, 26. 6. 2019).

4 Д. Палачковић, 302.

5 Закон о малим предузећима, *Комисија Европских заједница*, бр. SEC 2101 SEC 2102, 4.

заснива се на претпоставци да ће предузетник коме је дата друга шанса и који је научен из својих грешака бити субјект привредног развоја једне земље, а не додатни проблем држави која би опстанак истог лица финансирала из средстава за социјално осигурање.[6]

Имајући у виду правно-политичке циљеве који се остварују увођењем института стечаја предузетника, неспорно је да тај институт доноси бројне позитивне ефекте на развој привреде и предузетништва. Међутим, примену стечаја предузетника прате и извесни недостаци који могу негативно утицати на остваривање основних циљева овог института. Зато је пре анализе кључних елемената института стечаја предузетника, потребно размотрити предности и недостатке тог института, који утичу на доношење правно-политичке одлуке једне државе о његовом увођењу у правни систем. Након анализе предности и недостатака, а полазећи од претпоставке да је увођење стечаја предузетника у домаћи правни систем целисходно, бавићемо се кључним елементима будуће правне регулативе, а то су: подручје примене, врста поступка, отпуст дуга, правила о изузимању од извршења и ограничења у поступку стечаја предузетника. На самом почетку, пре анализе наведених питања, дат је кратак историјски осврт на регулисање стечаја предузетника у српском праву.

II Историјски осврт

Историјски развој српског стечајног законодавства обележен је одредбама Закона о стецишном поступку (1861), Стечајног закона (1929) и Закона о стечајном поступку (2004). Основна карактеристика најстаријег прописа у области стечајног права, Закона о стецишном поступку, јесте чињеница да њиме није јасно дефинисан појам стечајног дужника, док овај закон саме дужнике разликује на „повине“ и „невине“.[7] Закон о стецишном поступку се првенствено бавио питањем грађанског стечаја (стечаја потрошача), док се у мањем делу бавио трговачким стечајем у који је спадао и стечај предузетника. У вези са тим, према овом закону надлежност судова је била одређивана у односу на то да ли је дужник трговац, занатлија или физичко лице.[8] Одредбе овог закона којима је регулисан индивидуални стечај можемо сматрати веома

6 Више о томе Вук Радовић, *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006.

7 Вук Радовић, Бранко Радуловић, „Савремена прошлост и историјска будућност – о стечају предузетника и физичких лица у Србији“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019, 75.

8 *Ibid.*, 75.

напредним. Овај закључак произлази из чињенице да је закон познавао све кључне елементе индивидуалног стечаја, попут ослобођења од одговорности за извршење преосталих обавеза, изузимања од извршења и ограничења дужника по отварању поступка. Ови елементи требало би да представљају основу и будуће регулативе стечаја предузетника у српском праву.

Значајнији напредак у стечајном праву остварен је доношењем Стечајног закона (1929). Предмет регулисања овог закона обухватао је стечај како физичких, тако и правних лица.[9] Иако се у домаћој правној литератури овај закон сматра модерним и покретачем даљег развоја стечајног законодавства, у њему је био садржан и један недостатак који је значајно утицао на ефикасност поступка индивидуалног стечаја. Према овом закону, повериоци су се могли и накнадно намирити из имовине коју дужник стекне након завршетка стечајног поступка, без обзира на примену института ослобођења од преосталих обавеза.[10]

Након Другог светског рата, промена друштвено-економског уређења праћена је и променом правне регулативе, што је довело до значајних промена у области стечајног права. Једна од тих промена било је укидање института личног стечаја (самим тим и стечаја предузетника). Институт стечаја предузетника је поново уведен у наш правни систем тек доношењем Закона о стечајном поступку из 2004. године. Правила везана за стечај предузетника према овом закону имала су многобројне недостатке. Међу њима, издваја се чињеница да су се увођењем стечаја предузетника занемариле егзистенцијалне потребе предузетника, укључујући и потребе њихових породица, а на тај начин што се лична имовина предузетника није раздвајала од његове пословне имовине.[11] Таквим приступом стечај предузетника се није разликовао од стечаја правних лица, због чега није ни био примењив у пракси. Разлика у односу на стечај правних лица било је и увођење личне управе која је подразумевала да управљање стечајном масом не прелази са стечајног дужника на стечајног управника.[12] Лична управа предузетника била је значајно ограничена чињеницом да је предузетник задржавао право да води послове своје предузетничке радње само уз сагласност поверилаца, а чак и кад је та сагласност постојала, она је била додатно лимитирана надзорним овлашћењима стечајног управника.[13]

9 А. Опачић, 40.

10 В. Радовић, Б. Радуловић, 77.

11 Вук Радовић, „Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2004, 128.

12 В. Радовић (2004), 134.

13 Вук Радовић, „Лична управа *de lege ferenda*“, *Зборник прве међународне конференције земаља Југоисточне Европе – Савремене тенденције у међународном стечајном праву – улога стечајног управника*, Београд, 2009, 252–253.

Неадекватност регулисања личне управе, као и кључних елемената стечаја предузетника, имали су за последицу да стечај предузетника није заживео у нашем праву током периода од пет година колико је важио Закон о стечајном поступку.[14]

III Предности и мане стечаја предузетника

Основна предност увођења стечаја предузетника у један правни систем је омогућавање новог финансијског почетка и давање друге шансе предузетнику.[15] Иницијатива друге шансе за предузетнике је примарно настала из другог принципа Закона о малим предузећима, а прихваћена је и у Директиви о превентивном реструктурирању.[16] Увођење стечаја предузетника има значајне економске бенефите. Пре свега, оно утиче на повећање потрошње кроз давање зајмова и отпуст дуга што подстиче предузетнички ризик као неопходни предуслов постизања успеха на тржишту.[17] На тај начин, даје се подстицај и охрабрење предузетницима да наставе своје пословање.[18] Насупрот томе, непостојање овог института или строга законодавна политика у погледу истог пребацују терет несолвентности на државу која мора да издваја средства за социјална давања и давања по основу разних врсти осигурања.[19]

Поред ових предности, стечај предузетника има и неке мане које се, пак, могу предупредити прецизном и опсежном регулативом овог института. Те мане могу бити последица недефинисања јасних критеријума за разграничење поштеног од непоштеног дужника. Тако може доћи до ситуације да друга шанса буде доступна једнако предузетницима који су злоупотребили своју шансу на тржишту, као и онима који би другу шансу искористили знајући да неће продужити своје пословање, већ желе да кроз овај институт добију још времена и ослободе се обавезе измирења неизмирених дугова. Поред тога, правила која би омогућавала лак приступ отпусту дуга, могла би да произведу негативан утицај на понуду кредита, јер банке не би биле вољне да

14 Вид. В. Радовић (2004).

15 Маријана Дукић Мијатовић, Озрен Узелац, „Настанак и правно регулисање института друге шансе за предузетнике у Европској Унији“, *Страни правни живот*, бр. 1/2021, 92.

16 Вук Радовић, „Европска регулатива стечаја физичких лица – поуке за Србију“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2020, 15.

17 Michelle J. White, „Personal Bankruptcy“, *CESifo DICE REPORT Journal for Institutional Comparisons*, Nr. 4/2015, 5.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

кредитирају предузетнике који рачунају да неће морати да уложе све своје напоре за повраћај њихових дугова.[20] На крају, не треба изгубити из вида да, уколико се у новом закону нађу одредбе о личној управи, и оне могу бити извор злоупотреба које су уочене у правној литератури (злонамерна употреба неспорних потраживања, признавање лажних потраживања, скривање или уништавање имовине итд.).[21]

IV Основни елементи регулисања стечаја предузетника

Основни принцип регулисања стечаја предузетника јесте принцип омогућавања новог финансијског почетка дужника. Начело новог финансијског почетка подразумева пружање друге шансе поштеном и несрећном дужнику и то применом института отпуста дуга,[22] изузимања од извршења и личноправних ограничења према дужнику.[23] Из наведеног произлази да се сви основни елементи евентуалне будуће регулативе која се односи на стечај предузетника заснивају на начелу новог финансијског почетка, те би ово начело требало да представља камен темељац будућег закона. Пре анализе основних елемената регулативе стечаја предузетника, бавићемо се питањем подручја примене те регулативе, као и питањем врсте поступка.

1. Врста поступка

Прво питање на које законодавац треба да одговори код стечаја предузетника јесте одређивање врсте поступка, као и органа пред којим би се поступак спроводио. Два основна модела организовања поступка стечаја предузетника уочена у правној литератури и упоредном праву јесу судски и агенцијски модел организовања поступка.

Судски модел организовања поступка стечаја предузетника намеће се као логичан избор за нашег законодавца с обзиром на то да је у нашем праву стечајни поступак одувек био судски поступак. Судски поступак свакако гарантује одређени степен сигурности странама у поступку. Суд као државни орган јесте гарант ефикасности и правичности поступка. Међутим, поред описаних предности овог модела постоје и одређени недостаци. Први недостатак је тај што би овако организован поступак додатно утицао на преоптерећеност судова, а због чињенице

20 F. Javier Arias Varona, Johanna Niemi, Tuomas Hupli, „Discharge and entrepreneurship in the preventive restructuring directive“, *International Insolvency Review*, Nr. 1/2020, 15.

21 В. Радовић (2009), 245.

22 Ослобођење од обавеза је други термин. В. Радовић (2006).

23 В. Радовић (2006), 79–80; М. Дукић, О. Узелац, 95–99.

да највише захтева за повреду права на суђење у разумном року потиче управо из области стечаја.[24] Такође, како немамо институционални оквир за стечај физичких лица, судски систем стечаја предузетника подразумевао би обуку судија и правних стручњака, као и стварање других услова за спровођење овог поступка што би изискивало додатно време и трошкове.[25]

Вансудски модел поступка је други могући начин спровођења поступка стечаја предузетника. Овај начин спровођења поступка се најчешће назива агенцијским моделом и то зато што се агенције одређују као тела пред којима се спроводи поступак.[26] Агенције могу бити задужене за покретање и спровођење поступка или само за посредовање између страна које учествују у поступку.[27] У српском праву овај систем поступка би могла спроводити, према ставу професора Радуловића, Агенција за лиценцирање стечајних управника.[28] Оно што је мана овом систему јесу велики трошкови за испуњење институционалних претпоставки за спровођење овог система, што би нарочито важило за српско право у коме би овакав стечајни поступак био потпуна новина. Други став у нашој теорији јесте да би орган за спровођење поступка у вансудском моделу могло да буде тело оформљено у оквиру Привредне коморе Србије, а по узору на Закон о споразумном финансијском реструктурирању.[29] Недостатак овог модела би била чињеница да поступци везани за финансијско реструктурирање нису били доступни предузетницима, те тела оформљена у оквиру Привредне коморе Србије нису имала искуства у том погледу.[30] Поред ових, једно од могућих решења јесте и увођење професије повереника који би вршили економску процену могућности даљег пословања предузетника, а по узору на грчко законодавство о реструктурирању.[31] Повереништво би била нова професија која би подразумевала полагање стручног испита, попут оног предвиђеног за стечајне управнике. Поред предности које би имала професија повереника, а које се огледају у високом степену специјализације органа, потенцијални проблем у српском праву би могао бити, попут примера хрватског права, да за исту не би постојало

24 Вид. F. Javier Arias Varona, J. Niemi, T. Hupli.

25 Б. Радуловић, 256.

26 Вид. *Ibid*.

27 *Ibid*., 257.

28 *Ibid*., 258.

29 М. Дукић, О. Узелац, 98.

30 *Ibid*., 98.

31 Вид. Alexandros Metallinos, Vassilis Portokalis, Stathis Potamitis, Alexandros Rokas, „The new Greek Insolvency Framework“, *European Insolvency and Restructuring Journal*, Nr. 10/2021.

довољно интересовања, нарочито на почетку спровођења Закона о стечају предузетника када би се тек развијали капацитети за примену система.[32]

На основу изнетих ставова о судском и вансудском моделу, као и њихових предности и недостатака, закључујемо да иако вансудски модел начелно има више предности, у српском праву његова искључива примена не би била целисходна. Већ је речено да је у Србији стечајни поступак традиционално судски поступак, а и српско право припада кругу земаља са конзервативним стечајним законодавством. Зато је потребно изнаћи механизам којим би се постигла извесна комбинација два анализирана модела. Постоје две могуће варијанте којима се предложена комбинација може постићи. Прва варијанта подразумева прописивање судског поступка, уз предвиђање прелазног периода након кога би се стечај предузетника спроводио по агенцијском моделу. Током трајања прелазног периода вршиле би се припреме у циљу изградње капацитета за спровођење агенцијског модела поступка. Другом варијантом предвидела би се трајна комбинација агенцијског и судског модела, што би значило спровођење судског поступка стечаја предузетника уз могућност спровођења медијације за поједина правна питања (као што је то случај са оспореним потраживањима код стечаја правних лица).[33]

2. Подручје примене

У вези са подручјем примене јављају се два основна питања. Прво се односи на услове који би били прописани у погледу субјеката на које би се овај институт примењивао. Друго се тиче одређивања стечајних разлога за отварање поступка стечаја предузетника.

Неспорно је да су предузетници у смислу дефиниције предвиђене ЗПД-ом субјекти овог поступка. Стога се услови које треба прописати односе на подобност предузетника да се служи другом шансом која представља вид погодности коју доноси поступак стечаја предузетника. Приликом оцене те подобности законодавац би требало да има у виду економску димензију стечаја. Другим речима, требало би да пронађе механизам за вршење економске процене могућности наставка пословања предузетника. Директивом о превентивном реструктурирању нису дата правила у погледу услова које један субјект треба да испуни, већ је само прописано да се она примењује на инсолвентне предузетнике.[34] Упоредноправно посматрано, зависно од правног система, најчешћи услов који

32 Б. Радуловић, 259.

33 Вид. Јелена Лепетић, „Медијација и оспорена потраживања у српском стечајном праву – *de lege data* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*, бр. 3/2020, 156–176.

34 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 1 б).

се јавља јесте репутација предузетника. Процена репутације садржана је у одговору на питање да ли је и у ком ранијем временском периоду предузетник већ прошао кроз одређени поступак, било да је то конкретно стечајни поступак или неки други поступак који обухвата отпуст дуга.[35] У неким земљама, пак, предност у примени овог института имају мали и микро предузетници који запошљавају мали број лица, или који су у свом пословању као средства обезбеђења дали непокретности из личне имовине.[36] Након упоредноправне анализе услова за приступ поступку стечаја предузетника, можемо закључити да будућим законом треба предвидети услов поштења, односно добре репутације, као основни услов за приступ поступку. Прописивање тог услова подразумева да предузетник није био санкционисан за привредне преступе, као и да се над њим стечајни поступак није спроводио у претходном периоду. На тај начин обезбедило би се да се друга шанса пружа само поштеним предузетницима, а не онима који су узастопно више пута користили и евентуално злоупотребили институт друге шансе. Упоредноправна анализа показује и да није једноставно изнаћи механизам којим би се вршила економска процена могућности наставка пословања предузетника. Начин на који би домаћи законодавац евентуално могао да предвиди правна правила којима би се та економска процена вршила могао би да буде повезан са делатношћу посебних, специјализованих повереника, о којима је било говора у претходном делу рада.

По питању разлога за отварање стечајног поступка Директива садржи смернице којима се дају широка дискрециона овлашћења државама које ову Директиву имплементирају. Најзначајније овлашћење које државе чланице имају јесте могућност избора између инсолвентности или инсолвентности и претеће несолвентности (истовремено) као стечајних разлога. Сматрамо да је за српско право прихватљивије да и инсолвентност и претећа инсолвентност буду стечајни разлози, јер је такво решење у складу са начелом друге шансе предузетника. Поред тога, српско право већ познаје претећу неспособност плаћања као разлог за отварање стечаја над правним лицима, те би и из тог разлога ово решење било оправдано.

35 Вид. David Cristoph Ehmke, Jennifer L.L. Gant, Gert-Jan Boon, Line Langkjaer, Emillie Ghio, „The European Union preventive restructuring framework: A hole in one“, *International Insolvency Review*, Nr. 2/2019.

36 Бранко Радуловић, „Институционални оквир и економски аспекти увођења стечаја предузетника у Републици Србији – могућа решења“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2020* (ур. Ивана Крстић, Светислав Костић), Београд, 2020, 251.

3. Отпуст дуга

Отпуст дуга представља институт којим се предузетник ослобађа плаћања преосталих обавеза, било да је делом отплатио дуг или није.[37] Постоје више подела отпуста дуга, али за предмет овог рада најзначајније су поделе на аутоматски отпуст дуга и отпуст са предлогом, као и отпуст са и без доприноса дужника. Аутоматски отпуст дуга подразумева да ослобођење предузетника од преосталих обавеза наступа по сили закона протеком законом предвиђеног рока.[38] Са друге стране, отпуст дуга са предлогом не наступа по сили закона, већ уз подношење предлога за ослобођење од преосталих обавеза заједно са подношењем предлога за отварање стечајног поступка.[39] Код индивидуалног стечаја, било да се ради о предузетнику или потрошачу, приликом отпуштања дуга, односно ослобођења од преосталих обавеза, врло је важно направити дистинкцију код отпуста са и без доприноса. Отпуст дуга без плаћања доприноса подразумева да се у стечајну масу урачунавају само она права која дужник има до окончања поступка, не и она права која накнадно стекне, попут накнадне добити у случају да се дужник финансијски опорави.[40] Међутим, отпуст са плаћањем доприноса подразумева да се отпуст дуга одлаже до истека одређеног временског периода у коме дужник може задржати само део примања неопходан за његов опстанак и опстанак његове породице.[41]

За отпуст дуга код предузетника од највећег значаја су нам правила Директиве о превентивном реструктурирању, и то правила која се односе на приступ отпусту дуга и на рокове. Наведена правна правила инспирисана су америчким правом, односно правним правилима Стечајног закона (*Bankruptcy Code*), садржаним у поглављу 11 америчког Стечајног закона[42] које се односи на правила о реорганизацији. Конкретније, правила о отпусту дугу садржана су у потпоглављу које се односи на Реорганизацију малих друштава као дужника. У погледу приступа отпусту дуга, чланом 20 Директиве предвиђено је да државе чланице треба да омогуће предузетницима приступ поступцима у којима би се могли у потпуности ослободити дугова.[43] Директивом није предвиђено који би то поступци могли бити, али је предвиђено да

37 Вид. В. Радовић (2006).

38 В. Радовић (2020), 21.

39 В. Радовић (2006), 110.

40 *Ibid.*, 112.

41 В. Радовић (2020), 23–24.

42 Legal Information Institute, U.S. Bankruptcy code, доступно на адреси: *https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11*, 25. 3. 2023.

43 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 20.

би то могао бити било који поступак са планом отплате, као и други поступци који би подразумевали одлуку судског или управног органа о покретању поступка.[44] Из наведених одредаба Директиве произилази да би поступак стечаја предузетника, када би био уведен у српско право, неспорно био један од тих поступака. Када су у питању рокови за отпуст дуга, државе чланице су у обавези да успоставе рокове који би се рачунали као периоди за ослобађање и отпуст дуга, а који не би требали бити дужи од три године.[45] Овакав приступ отпусту дуга, није дат подједнако за све дужнике, већ се он ограничава на дужнике који су поступали у доброј вери,[46] односно Директива прописује правило да се приступ отпусту дуга омогућава само поштеним дужницима.[47]

Будућим Законом о стечају предузетника, по узору на Директиву, требало би прописати правила о аутоматском отпусту дуга уз поштовање рока који не би био дужи од три године. Иако Директива не намеће обавезу отпуста са плаћањем накнадних доприноса, већина држава чланица ЕУ прописује овај вид отпуста, те би и у складу са модерним тенденцијама и наш законодавац могао да предвиди овакву врсту отпуста. У том случају, требало би прописати да се приликом одређивања отпуста са доприносом мора узети у обзир индивидуална ситуација предузетника.[48]

4. Изузимање од извршења

Закон о стечајном поступку из 2004. године, којим је стечај предузетника био регулисан у српском праву, није познавао правила о изузимању од извршења. Свесни грешке законодавца приликом ранијег регулисања овог института, сматрамо да је неопходно да се будућим законом ово питање правно уреди. Питање које претходи суштинској анализи изузимања од извршења јесте да ли оно треба регулисати Законом о извршењу и обезбеђењу[49] или би та правна правила требало предвидети посебним законом, у овом случају Законом о стечају предузетника. У теорији је заузет став да, иако су оба решења подједнако примењива, ово питање треба регулисати Законом о стечају предузетника, што сматрамо исправним ставом.[50]

44 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 21.

45 F. Javier Arias Varona, J. Niemi, T. Hupli, 14.

46 *Ibid.*, 13.

47 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 23.

48 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 20 ст. 2.

49 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016, 113/2017, 54/2019 и 9/2020.

50 В. Радовић (2006), 223.

Приликом предлога дефинисања правила о изузимању од извршења у Закону о стечају предузетника, полазимо од систематике и регулаторних принципа ЗИО-а који разликује изузимање непокретности, покретности и потраживања. У том циљу извршићемо поређење општих правила ЗИО са правилима која треба увести код стечаја предузетника. Најпре ћемо анализирати изузимање непокретности, с обзиром на то да би оно за тему рада било од највећег значаја. По питању непокретности, правилима ЗИО од извршења је изузета пољопривредно земљиште величине до 10 ари.[51] Ово правило није од нарочитог значаја за предмет овог рада с обзиром на то да се у српском праву пољопривредници не сматрају предузетницима. Значајније би, пак, било евентуално постојање правила о изузимању непокретности која представља место становања, а због чињенице да породица предузетника не би требало да трпи због његових пословних неуспеха. Иако би било целисходно увести правило о изузимању места становања у Закон о стечају предузетника, тешко је замислити постојање истог у посебном закону када оно не постоји у правилима извршног поступка. Када је реч о покретним стварима и потраживањима које треба изузети, правила садржана у ЗИО-у била би примењива и довољна за стечај предузетника. ЗИО-ом је прописано да се следеће покретне ствари и потраживања изузимају: одећа и обућа, ствари за личну употребу (постељина, посуђе, шпорет, фрижидер), храна и огрев за три месеца, ордење,[52] социјална примања, накнаде за случај незапослености, стипендије и награде, новчана накнада за телесно оштећење, потраживања на основу финансијске помоћи породицама са децом итд.[53] Аналогна правила у погледу изузимања покретности и потраживања би важила и код стечаја предузетника.

5. Ограничења у поступку стечаја предузетника

Ограничењима у поступку стечаја предузетника се сматрају смањење трошкова стечајног поступка и забране (дисквалификације) у погледу обављања пословних активности.

Потреба ограничавања трошкова се јавља из два разлога. Први се односи на негативан утицај на начело новог финансијског почетка, а други се односи на негативан утицај на намирење поверилаца.[54] Наиме, трошкови стечајног поступка оптерећују предузетника чији положај треба бити такав да омогућује наставак пословних активности. Уколико постоје превелики намети трошкова стечајног поступка, предузетник

51 ЗИО, чл. 164.

52 ЗИО, чл. 218.

53 ЗИО, чл. 257.

54 Б. Радуловић, 253.

ће бити демотивисан и у већој мери онемогућен да настави своје пословање. Основни циљ и ове врсте поступка, попут стечаја правних лица, јесте намирење поверилаца. Знајући правило да се трошкови поступка намирују из стечајне масе и да имају приоритет у односу на намирење поверилаца,[55] уочавамо да превелики трошкови поступка нису ни у интересу самих поверилаца чији ће проценат намирења зависити од тога колика вредност стечајне масе остане након измирења трошкова поступка.

Друго ограничење у стечају предузетника односи се на примену института забране обављања одређених пословних активности. Те забране директно онемогућавају предузетника да настави са пословним активностима и изузетно негативно утичу на остварење друге шансе која је основа стечаја предузетника. У упоредном праву, Директива о превентивном реструктурирању прописује решење према коме све забране које су уведене према предузетнику који је испунио услове за отпуст дуга обустављају најкасније са истеком рока за отпуст дуга.[56] Ово правило би неспорно требало да буде и део будуће регулативе стечаја предузетника.

V Закључак

Стечај предузетника јесте институт који остваривањем својих моралних и економских циљева даје значајан стимуланс општем привредном развоју и развоју предузетништва. Морални циљ овог института је отклањање стигме према предузетницима који, из било ког разлога, нису имали успеха у свом пословном подухвату. Основни економски циљ стечаја предузетника је давање друге шансе и омогућавање новог финансијског почетка. Применом овог института се оспособљавају појединци да наставе своје економске активности и научени на грешкама постану економски продуктивни чланови друштва. Описани циљеви јасно указују на потребу увођења овог института у српски правни систем. Поред тога, не сме се занемарити ни чињеница да би увођење било у складу са најновијим тенденцијама у праву Европске уније и државама које имају модерно стечајно законодавство.

Иако су предности института стечаја предузетника бројније у односу на недостатке, могућности злоупотреба, понајвише у погледу приступа отпусту дуга, нису занемарљиве и морају бити предмет пажње законодавца. Циљ законодавца приликом регулисања стечаја предузетника требало би да буде отклањање могућности злоупотреба овог

55 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 54 ст. 1.

56 Директива о превентивном реструктурирању, чл. 22.

института што се, пре свега, постиже правилним регулисањем основних елемената за примену стечаја предузетника. У том смислу, пре свега, сматрамо да би требало предвидети комбиновани модел поступка стечаја предузетника (комбинација судског и агенцијског модела). Тако прописан модел поступка подразумевао би да суд буде гарант спречавања злоупотреба, уз коришћење бенефита и поједностављене процедуре које доноси агенцијски модел. Поред тога, подручје примене поступка стечаја предузетника требало би ограничити само на поштене и савесне дужнике, што се постиже дефинисањем јасних и прецизних услова за приступ поступку. Како би стечај предузетника остварио економске и моралне циљеве неопходно је прописати и правила о изузимању од извршења. Коначно, у погледу ограничења у поступку стечаја предузетника, требало би предвидети правила којима би се смањили трошкови поступка, а и спречио негативан утицај забрана обављања одређених пословних активности, и то по узору на Директиву о превентивном реструктурирању.

Коришћена литература

Varona F. Javier Arias, Niemi Johanna, Hupli Tuomas, „Discharge and entrepreneurship in the preventive restructuring directive“, *International Insolvency Review*, Nr. 1/2020.

Винцан Јулијана, „Стечај као друга шанса у пословању предузетника“, 2022, доступно на адреси: *https://biznis.rs/vesti/srbija/stecaj-kao-druga-sansa-u-poslovanju-preduzetnika/,* 30. 3. 2023. (Vincan Julijana, „Stečaj kao druga šansa u poslovanju preduzetnika“, 2022, dostupno na adresi: *https://biznis.rs/vesti/srbija/stecaj-kao-druga-sansa-u-poslovanju-preduzetnika/,* 30. 3. 2023)

White Michelle J., „Personal Bankruptcy“, *CESifo DICE REPORT Journal for Institutional Comparisons*, Nr. 4/2015.

Дукић Мијатовић Маријана, Узелац Озрен, „Настанак и правно регулисање института друге шансе за предузетнике у Европској Унији“, *Страни правни живот*, бр. 1/2021. (Dukić Mijatović Marijana, Uzelac Ozren, „Nastanak i pravno regulisanje instituta druge šanse za preduzetnike u Evropskoj Uniji“, *Strani pravni život*, br. 1/2021)

Ehmke David Cristoph, Gant Jennifer L.L., Boon Gert-Jan, Langkjaer Line, Ghio Emillie, „The European Union preventive restructuring framework: A hole in one“, *International Insolvency Review*, Nr. 2/2019.

Лепетић Јелена, „Медијација и оспорена потраживања у српском стечајном праву – *de lege data* и *de lege ferenda*“, *Право и привреда*,

бр. 3/2020. (Lepetić Jelena, „Medijacija i osporena potraživanja u srpskom stečajnom pravu – *de lege data* i *de lege ferenda*“, *Pravo i privreda*, br. 3/2020)

Metallinos Alexandros, Portokalis Vassilis, Potamitis Stathis, Rokas Alexandros, „The new Greek Insolvency Framework“, *European Insolvency and Restructuring Journal*, Nr. 10/2021.

Опачић Ана „Индивидуални стечај“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 1/2012. (Opačić Ana „Individualni stečaj“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 1/2012)

Палачковић Душица „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015. (Palačković Dušica „Lični stečaj – ciljevi i neophodni instrumenti u regulisanju“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2015)

Радовић Вук, *Индивидуални стечај – Стечај над имовином физичког лица*, Београд, 2006. (Radović Vuk, *Individualni stečaj – Stečaj nad imovinom fizičkog lica*, Beograd, 2006)

Радовић Вук, „Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2004. (Radović Vuk, „Stečaj nad imovinom preduzetnika prema usvojenom Zakonu o stečajnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 9–12/2004)

Радовић Вук, „Лична управа *de lege ferenda*“, *Зборник прве међународне конференције земаља Југоисточне Европе – Савремене тенденције у међународном стечајном праву – улога стечајног управника*, Београд, 2009. (Radović Vuk, „Lična uprava *de lege ferenda*“, *Zbornik prve međunarodne konferencije zemalja Jugoistočne Evrope – Savremene tendencije u međunarodnom stečajnom pravu – uloga stečajnog upravnika*, Beograd, 2009)

Радовић Вук, Радуловић Бранко, „Савремена прошлост и историјска будућност – о стечају предузетника и физичких лица у Србији“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019. (Radović Vuk, Radulović Branko, „Savremena prošlost i istorijska budućnost – o stečaju preduzetnika i fizičkih lica u Srbiji“, *Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji* (ur. Nebojša Šarkić, Vuk Radović, Gordana Ajnšpiler Popović, Vladimir Čolović), Beograd, 2019)

Радовић Вук, „Европска регулатива стечаја физичких лица – поуке за Србију“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2020. (Radović Vuk, „Evropska regulativa stečaja fizičkih lica – pouke za Srbiju“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske Unije* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2020)

Радовић Вук, *Основи стечајног права*, 2. издање, Београд, 2020. (Radović Vuk, *Osnovi stečajnog prava*, 2. izdanje, Beograd, 2020)

Радуловић Бранко, „Институционални оквир и економски аспекти увођења стечаја предузетника у Републици Србији – могућа решења“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2020* (ур. Ивана Крстић, Светислав Костић), Београд, 2020. (Radulović Branko, „Institucionalni okvir i ekonomski aspekti uvođenja stečaja preduzetnika u Republici Srbiji – moguća rešenja“, *Identitetski preobražaj Srbije – Prilozi projektu 2020* (ur. Ivana Krstić, Svetislav Kostić), Beograd, 2020)

***Aleksandra* SEKULIĆ**
Teaching Associate at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

BASIC ASSUMPTIONS FOR INTRODUCING BANKRUPTCY OF ENTREPRENEURS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In Republic of Serbia in preparation is draft of Law on insolvency of entrepreneur. By this legal act in our legislative system would be introduced individual insolvency, where also belongs insolvency of entrepreneur. Aim of this paper is analysis of basic assumptions and elements which would be regulated for the purpose of applicability of this institute in legal practice. We are doing this analysis because insolvency of entrepreneur should be distinguished from insolvency of legal entities. For that purpose, we will study legal rules of Directive of preventive restructuring framework on which Law on insolvency of entrepreneur would be based. Also, we will study comparative law solutions of application of Directive. Basic purpose of this paper would be consideration of basic element for this institute in our legal system such as area of application, discharge of debt, jurisdiction, exemption of execution, limitations of insolvency of entrepreneur.

Key words: *Insolvency of Entrepreneur. – Individual Insolvency. – Directive of Preventive – Restructuring. – Basic Elements for Insolvency of Entrepreneur.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 347.447.544(497.11)
CERIF: S 130
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23215A

Ксенија* ЏИПКОВИЋ
докторанд, асистент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ЕГЗОНЕРАЦИОНЕ КЛАУЗУЛЕ У СРПСКОМ ПРАВУ**

Сажетак

Ауторка анализира начин на који су клаузуле којима се уговорна одговорност искључује или ограничава (егзонерационе клаузуле) уређене у српском позитивном праву. Уводни део обухвата излагање о појму егзонерационих клаузула и њиховим предностима за правни промет насупрот потенцијалним ризицима од злоупотреба до којих могу довести. Следи одељак о историјском развоју института на нашим просторима, који показује да законодавац није увек благонаклоно посматрао могућност искључења и ограничења уговорне одговорности. Како позитивно право допушта уговарање егзонерационих клаузула уз одређена ограничења, централни део рада је посвећен анализи прописаних ограничења, при чему ауторка настоји да понуди решења теоријских и практичних недоумица о (не)пуноважности егзонерационих клаузула.

---

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

** Рад је заснован на приступном раду на докторским студијама под називом „Ограничења приликом уговарања егзонерационих клаузула у српском праву“, одбрањеном 26. 1. 2023. године на Правном факултету Универзитета у Београду, али је темељно допуњен и прерађен.

Кључне речи: *Егзонерационе клаузуле. – Рестриктивне клаузуле. – Искључење одговорности. – Ограничење одговорности. – Уговорна одговорност.*

I Увод

Егзонерационе клаузуле (клаузуле неодговорности, клаузуле егзонерације, рестриктивне клаузуле или лимитирајуће клаузуле) су одредбе уговора којима се одговорност дужника за повреду обавезе из пуноважног уговора искључује или ограничава. Док Митровић и Визнер наведене термине сматрају синонимима,[1] Перовић и Јанковец клаузуле о (потпуном) искључењу одговорности називају егзонерационим клаузулама или клаузулама неодговорности, док клаузуле којима се одговорност ограничава означавају лимитирајућим или рестриктивним клаузулама.[2] Пошто законодавац не познаје ексклузивне правне последице клаузула којима се одговорност искључује, у раду ћемо изнете термине употребљавати као синониме. На местима где јесте важно да ли се клаузулом одговорност искључује или се она само ограничава користићемо називе клаузуле о искључењу одговорности и клаузуле о ограничењу одговорности.[3]

1 Добросав Митровић, Клаузуле неодговорности у трговачкој продаји са страним елементом, Београд, 1966, 16–17; Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978, 1081.

2 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима (књига прва)*, Београд, 1995, 925; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1983, 366. Притом, разлику између клаузула којима се одговорност искључује или ограничава правимо с обзиром на последице до којих клаузула доводи, пошто језичка формулација сама по себи може да завара (Martin Davis, David Oughton, *Sourcebook on Contract Law*, 2nd edition, London, 2000, 411).

3 Подела егзонерационих клаузула на клаузуле којима се одговорност искључује и клаузуле којима се одговорност ограничава је извршена с обзиром на критеријум правних последица које оне производе. Определили смо се за ову поделу, али напомињемо да је она само једна у низу подела које наша правна теорија познаје. Према критеријуму ситуације на коју се искључење одговорности односи, разликујемо клаузуле које предвиђају да дужник неће одговарати уколико не изврши своју обавезу, оне којима је његова одговорност искључена у случају закашњења и клаузуле у случају чијег уговарања дужник неће одговарати уколико мањиво изврши своју обавезу. Ако као критеријум поделе узмемо дејство клаузула, можемо их поделити на оне којима се дужник ослобађа обавезе накнаде штете, неке друге обавезе која би дужника иначе теретила и клаузуле којима се пребацује терет доказивања с дужника на повериоца (И. Јанковец, 367). Такође, рестриктивне клаузуле можемо поделити према конститутивним елементима за заснивање уговорне одговорности на: клаузуле о искључењу или измени појединих уговорних обавеза и клаузуле о околностима које спречавају извршење уговора и елиминишу

Законодавац поставља правила о уговорној одговорности, али истовремено омогућава уговорним странама да прописане правне последице ублаже или пооштре – одредбе су диспозитивне природе. Да би дужник одговарао по основу уговорне одговорности поверилац мора доказати: 1) поверилачко својство; 2) чињеницу неиспуњења, манљивог или задоцнелог испуњења уговорне обавезе; 3) да је претрпео материјалну штету и 4) узрочно-последичну везу између повреде уговорне обавезе и претрпљене штете.[4] У правним системима континенталног права одредбе о уговорној одговорности теже враћању повериоца у положај еквивалентном ономе у коме би се налазио да је уговор у свему правилно извршен.[5] Пошто поверилац услед неизвршења обавезе губи корист од предмета уговора и трпи друге губитке или пропушта какве добитке, законска правила налажу дужнику да повериоцу испуни обавезу како гласи или надокнади новчани еквивалент уместо испуњења и накнади претрпљену штету.[6] У српском праву тај новчани

уговорну одговорност (Д. Митровић (1966), 20). Клаузуле о околностима које спречавају извршење уговора даље можемо поделити на специјалне и генералне. Код специјалних клаузула, ослобађајуће околности су побројане (нпр. рат, епидемија, временски услови, суша, снег, ембарго, штрајк). Генералним клаузулама се на уопштен начин предвиђа модификовање законског режима одговорности. Истиче се да се ове две врсте клаузула често користе комбиновано, тако што се после набрајања појединачних ослобађајућих околности додају изрази попут „и све друге околности исте врсте“, „и друге сличне околности“ (Александар Ћирић, „Клаузуле егзонерације у светлу принципа права Европске уније и упоредног уговорног права“, *Научна конференција Правни систем Републике Србије – Усаглашавање са правом Европске уније* (ур. Гордана Станковић), Ниш, 2005, 238). Међутим, сматрамо да се овде не ради о комбинацији специјалних и генералних клаузула, будући да под изразима „све друге околности исте врсте“ или „све друге сличне околности“ не подразумевамо било које околности, већ су оне одређене околностима које су претходно набројане. Према томе, ради се искључиво о специјалној клаузули.

4 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013, 58.

5 Пошто накнада има за циљ да успостави имовинско стање у коме би се оштећени налазио да је уговор правилно испуњен, ради се о надокнади тзв. позитивног уговорног интереса. Речено важи у случају неправилног извршења обавезе из пуноважног уговора. Супротно, уколико је штета настала услед утврђења ништавости или поништења уговора, дужник је у обавези да повериоцу накнади негативни интерес – накнаду која ће га довести у онај имовинскоправни положај у коме би се нашао да уговор није ни био закључен. Такође, обавеза накнаде негативног уговорног интереса постоји и у случају одговорности за скривљени прекид преговора – *culpa in contrahendo* (Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, 160). Насупрот оваквој концепцији, правила о уговорној одговорности оријентисана према дужнику имају за циљ његово кажњавање, она испуњавају функцију приватне казне (Zoé Jacquemin, *Payer, réparer, punir: étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, Paris, 2021, 22).

6 Z. Jacquemin, 22.

еквивалент обухвата стварну штету и изгубљену добит коју је дужник могао да предвиди у време закључења уговора као потенцијалне последице повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле или морале бити познате.[7]

Како саме обавезе имају свој извор у вољи уговорника, уговорници својом вољом могу предвидети и последице повреде обавеза на другачији начин него што то чини законодавац.[8] У складу са начелом слободе уговарања, уговорне стране се могу сагласити да повећају, смање или потпуно искључе одговорност дужника за случај неиспуњења. Иако је могућност уговарања одредбе којом се одговорност дужника пооштрава у српском праву неспорна, таква расподела ризика се у пракси ретко среће.[9] Уговорно искључење или ограничење одговорности је чешће у пракси, а правна наука на различите начине поставља и тумачи услове под којима су такви споразуми дозвољени. Због тога се у раду бавимо само уговорним искључењем и ограничењем одговорности, а пре свега условима под којима су такве модификације дозвољене, док уговорно проширење одговорности остаје ван предмета рада.[10]

Комаров истиче да је идеја о смањењу уговорне одговорности одувек толико очигледна да су дискусије о томе зашто уговорници прибегавају рестриктивним клаузулама бесмислене.[11] Пре свега, уговорницима егзонерационе клаузуле омогућавају да расподеле ризик неизвршења уговора како им одговара, а тако уносе сигурност и предвидивост у уговорни однос. Такође, егзонерационе клаузуле погодују развоју трговине. Продавац у цену урачунава све ризике које га терете. Што је његова одговорност мања, нижа је цена коју плаћа купац и обрнуто.[12] На тај начин роба и услуге постају јефтинији и доступни и онима који иначе не би могли платити цену која покрива све ризике посла.[13] Клаузуле егзонерације су карактеристичне за уговоре код којих се основна престација састоји у пружању услуге (попут свих врста превоза, уговор о закупу, гаражирању, депозиту, послова у хотелијерству, пружање услуга туристичких агенција), будући да је испуњење таквих

7 М. Караникић Мирић (2013), 46–47.

8 Alain Bénabent, *Droit des obligations,* 16e édition, Paris, 2017, 335.

9 Д. Митровић (1996), 11.

10 Приликом истраживања клаузула којима се уговорна одговорност модификује у судској пракси наших судова нисмо наишли ни на једну одлуку у којој се ради о проширењу уговорне одговорности дужника.

11 Alexander Komarov, „The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments“, *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* (eds. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington), Oxford, 2008, 247.

12 B. Vizner, 1082.

13 С. Перовић (1995), 602.

престација неминовно повезано са већим ризиком неиспуњења.[14] Док се новац готово увек може уплатити у уговореном року, посебно данас у време електронских трансакција, чак и најодговорнијем пружаоцу услуге се може догодити да не успе да изврши обавезу на време.[15]

С друге стране, апсолутна слобода уговорних страна да искључе или ограниче одговорност за неизвршење уговорне обавезе омогућава да се овај институт олако злоупотреби. Егзонерационе клаузуле слабе обавезујуће дејство уговора. Уговорник чија је одговорност споразумно искључена или умањена неће поступати једнако пажљиво приликом извршења своје обавезе као што би то чинио да клаузула није уговорена.[16] Притом, важно је нагласити да су рестриктивне клаузуле често део општих услова уговора. Опште услове диктира економски моћнија уговорна страна, док им друга страна приступа без могућности да о условима преговара.[17] Економски јача страна је свесна своје позиције, као и чињенице да је њеном сауговорнику закључење уговора неопходно, те користи позицију да на њега превали ризик неиспуњења.[18] Из предочених опасности јасно је да овакве клаузуле представљају претњу начелу савесности и поштења. Наш законодавац је увидео могућност потенцијалне злоупотребе егзонерационих клаузула већ половином деветнаестог века, те је настојао да злоупотребу спречи прописивањем правила за посебне уговоре. Закон о облигационим односима[19] (у даљем тексту: ЗОО) садржи општа правила императивног карактера која прописују у којим случајевима су клаузуле којима се уговорна одговорност искључује или ограничава ништаве.

---

14 Д. Митровић (1966), 13.

15 С. Перовић (1995), 602.

16 С. Перовић (1995), 602.

17 У пракси су чести примери егзонерационих клаузула у уговорима који се закључују између мобилних оператера и корисника. Примера ради, тужени, корисник одређене услуге мобилног оператера, обавезао се да тужиоцу у случају да одлучи да откаже услуге пре истека минималног периода исплати износ свих преосталих месечних претплата до истека минималног периода трајања уговора (24 месеца) у року од осам дана од отказа. Суд је утврдио да наведена уговорна одредба представља накнаду из чл. 265 ст. 3 ЗОО, с тим што износ накнаде овде није одређен, већ одредив (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 7926/2014 од 11. 2. 2016, доступно на адреси: *http://pravnabaza.paragraf.rs/dokumenti/sudska-praksa/317707*, 31. 3. 2023).

18 Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку*, Београд, 2013, 46.

19 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

II Егзонерационе клаузуле у нашем праву пре доношења ЗОО

Под утицајем аустријског, немачког и швајцарског трговачког законодавства, у српским предратним трговачким законима наилазимо на одредбе које дозвољавају уговарање рестриктивних клаузула, изузев ако дужник поступа са намером или грубом непажњом.[20] Клаузуле нису биле уређене општом одредбом, већ их је законодавац уређивао у оквиру појединачних уговора, најчешће уговора о превозу.[21]

Овде се посебно истиче Трговачки законик из 1860. године који је израђен под директним утицајем француског *Code de commerce* из 1807. године.[22] У чл. 68 Законика прописано је да се у спроводном писму (уговору) мора означити „накнада која се мора дати, ако еспап на уручено време не стигне". Даниловић тврди да је законодавац овде предложио уговарање накнаде за случај неизвршења, односно задоцнелог извршења уговора унапред.[23] Заправо, прописана као обавезан елемент садржине уговора о превозу, ова накнада је представљала његов битан елемент у чијем одсуству уговор није могао бити закључен.

Српски грађански законик[24] из 1844. године (у даљем тексту: СГЗ) није садржао изричите одредбе о рестриктивним клаузулама. Ипак, Даниловић истиче да из чл. 546 можемо закључити да је њихово уговарање дозвољено.[25] Наиме, овај члан прописује да „ако би при уговору особити услови стављени били, они се морају разумно у призрење узети".[26] Сматрамо да је овакво тумачење преширoко и да се овде мисли

20 Дужник који поступа намерно (*dolus*) предузима штетну радњу вољно и жели наступање штете као последицу свог понашања. О грубој или крајњој непажњи (*culpa lata*) говоримо када дужник повреди елементарне дужности пажљивог понашања које би под датим околностима обичан човек сматрао неопходним (А. Јакшић, С. Стојановић, 165–166). Свакако, прави садржај појма грубе непажње даје судска пракса, оцењујући сваку околност као чињеницу одступања од важећих очекивања уобичајених понашања уговорника приликом испуњења уговорне обавезе (Томислав Даниловић, *Ограничење и искључење уговорне одговорности*, Београд, 2012, 216–217).

21 Томислав Даниловић, Клаузуле о искључењу и ограничењу (ублажавању) уговорне одговорности, докторска дисертација, Београд, 1980, 70.

22 Мирко Васиљевић, „Француски трговачки законик (1807) као модел – узор Српског трговачког законика (1860)", *Право и привреда*, бр. 9–12/2007, 29.

23 Т. Даниловић (1980), 70.

24 Грађански законик за Књажевство Србију из 1844. године.

25 Т. Даниловић (1980), 72.

26 СГЗ, чл. 546.

на услов као модификацију правног посла, односно будућу и неизвесну околност од чијег остварења зависе правна дејства посла.[27]

Општи имовински законик за Црну Гору (у даљем тексту: ОИЦГ) прописује да ће штетник за штету учињену злом намером у сваком случају одговарати, чак и онда кад би унапред било погођено да он неће одговарати за такву штету, пошто је таква погодба противна „поштењу и благонарављу".[28] *A contrario*, иако то није изричито прописано, следи да је уговарање рестриктивних клаузула онда када штета није учињена злом намером била дозвољена. За разлику од савремених законодавстава, запажамо да Богишић не изједначава (злу) намеру са грубом непажњом,[29] из чега произлази да је уговарање клаузула којима се дужникова одговорност умањује дозвољено за случај грубе непажње.

Опште узансе за промет робом[30] (у даљем тексту: Узансе) су прописивале да „странка има право на накнаду штете и у случају када је уговором искључена или ограничена одговорност друге странке за штету за коју је ова одговорна".[31] Из цитиране одредбе произлази да Узансе нису дозвољавале било какво ограничење или искључење уговорне одговорности. Митровић истиче да се ова одредба, упркос њеном императивном карактеру, није могла сматрати општим правилом југословенског права. Узансе се нису примењивале на све уговорне односе, већ је њихов домашај био ограничен на уговорне односе југословенских привредних организација.[32] Међутим, судска пракса из времена пре доношења ЗОО приликом решавања питања пуноважности клаузула није била уједначена, већ противречна и недоследна.[33]

27 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, шесто неизмењено издање, Београд, 2016, 184.

28 Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 927.

29 Богишић прави разлику између крајњег немара и обичног немара у чл. 928 ОИЦГ, али не изједначава крајњи немар са злом намером када је у питању уговорна одговорност.

30 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78.

31 Узанса бр. 237 Опште узансе за промет робом.

32 Д. Митровић (1966), 111–112.

33 Тако је Врховни привредни суд 1959. године у образложењу истакао: „…уговором се може само изменити степен одговорности, а не може одговорност искључити. При томе, умањење возареве одговорности не може ићи тако далеко да се противи добрим обичајима; тако нпр. није допуштено искључити одговорност за властити (и својих људи) умишљај и груби нехат. Буде ли ипак уговорено да возар уопште не јамчи за губитак и оштећење, а странке хоће баш уговор о превозу, и штета настане, тада се возар може екскулпирати само ако докаже да се ради о догађају који се не може њему (ни његовим људима) приписати ни у умишљај ни у груби нехат" (Решење Врховног привредног суда Сл. 16/59 од 24. јула 1959, *Регистар*

Судови су у неким случајевима оглашавали клаузуле о ограничењу или искључењу одговорности ништавим, док су их у другим случајевима сматрали пуноважним, све док штета није учињена намерно или грубом непажњом.[34]

Константиновић је у Скици за Законик о облигацијама и уговорима из 1969. (у даљем тексту: Скица) направио разлику између клаузула којима се одговорност у потпуности искључује и оних којима се одговорност само ограничава. На прву групу клаузула није благонаклоно гледао. Наиме, чл. 210 ст. 1 Скице прописује да се одговорност дужника због неизвршења уговора не може уговором искључити, ако за одређени случај није што друго законом одређено. Међутим, Константиновић сматра да је ограничење одговорности на начин којим се одређује највиши износ накнаде пуноважно под одређеним условима. Прво, тако одређени износ накнаде не може бити у очигледној несразмери са претрпљеном штетом. Друго, ограничење одговорности није дозвољено уколико је другачије прописано законом.[35] Треће, поверилац и поред клаузуле којом се ограничава висина накнаде штете има право на пуну накнаду уколико је немогућност испуњења проузрокована намерно или крајњом непажњом дужника.[36] Константиновић наглашава да се изнетим одредбама не дира у право уговорника да одреде да ли нека обавеза настаје из њиховог уговора и колики је обим појединих обавеза.[37] Практично, то значи да уговорници могу непосредно искључити или ублажити одговорност дужника тако што једноставно неће уговорити да дужника терети одређена обавеза или ће сузити њен обим.[38]

судских одлука објављених у књигама I – IX (1956–1970): Збирка судских одлука: књига четврта – свеска друга, 229).

34 Добросав Митровић, „Чл. 262–269“, *Коментар Закона о облигационим односима I*, 2. издање (ур. Благојевић Борислав, Врлета Круљ), Београд, 1983, 929.

35 Пуноважна је одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом, и ако за одређени случај није што друго законом одређено (Скица, чл. 210 ст. 2).

36 В. чл. 210 ст. 3 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

37 В. чл. 210 ст. 4 Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

38 Уколико уговорници елиминишу одређене обавезе карактеристичне за конкретан уговор или смање њихов обим, ради се о неименованом уговору. Неименовани уговори нису посебно законом регулисани, нити названи посебним именом пошто се у правном промету ретко јављају. С обзиром на принцип слободе уговарања, уговорници их могу пуноважно закључити, све док нису противни јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима. На њих се примењују општа правила уговорног права (Слободан Перовић, *Облигационо право: књига прва*, 1990, 192).

III Егзонерационе клаузуле у српском позитивном праву

Премда су одредбе о уговорној одговорности за штету диспозитивне природе, законодавац је аутономији воље уговорних страна овде поставио границе. Како приликом ограничења или искључења дужникове одговорности не би дошло до потенцијалних злоупотреба или неправичног оштећења повериоца, прописана су императивна правила које уговорници морају поштовати приликом модификовања законских правила о уговорној одговорности.[39]

Према општим правилима, уговорне одредбе којима се уређује одговорност за повреду обавезе не смеју бити у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.[40] Осим тога, ЗОО прописује посебне услове за њихову пуноважност. Законодавац у чл. 265 који носи назив „*Ограничење и искључење одговорности*“ приступа клаузулама о искључењу и ограничењу одговорности као одвојеним институтима,[41] прописујући најпре границе уговарања клаузула којима се одговорност искључује (ст. 1 и 2), а затим границе приликом уговарања клаузула којима се одговорност ограничава (ст. 3 и 4).

Најпре, прописано је да се одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу не може унапред уговором искључити.[42] Ако применимо правило тумачења *argumentum a contrario*, следи да је могуће пуноважно искључити одговорност, све док се такво искључење не односи на намеру или грубу (крајњу) непажњу.[43] Речју, прећутно је дозвољено искључење одговорности за случај обичне (лаке) непажње.[44]

39 B. Vizner, 1079–1080.

40 Принудни прописи обухватају све императивне норме донете од стране законодавне власти. Јавни поредак чине фундаментални принципи нашег права – општа начела и принципи која прожимају целокупни правни систем, а не само начела прописана Уставом (нпр. у облигационом праву начело заштите слабије стране у уговору прописано у ЗОО). Под добрим обичајима подразумевамо норме о моралности, о обичајима савесних људи (Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уговарања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016, 49, 53, 57–58).

41 Бранка Јевђић, „Искључење и ограничење уговорне одговорности у српском праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2017, 204.

42 ЗОО, чл. 265 ст. 1.

43 И. Јанковец, 366–367.

44 Д. Митровић (1983), 930. Обична непажња се може јавити у неколико облика: а) свесна непажња (*culpa levis lihuria*); б) несвесна непажња (*culpa levis negligentia*); в) пажња мања од пажње доброг домаћина, односно привредника (*culpa levis in abstracto*); и г) пажња мања од пажње која се показује за сопствене ствари (*culpa levis in concreto*). Поступајући са свесном непажњом, код дужника постоји свест да услед испуњења може доћи до штете за повериоца, али верује да до штете неће

Пуноважност клаузула којима се уговорна одговорност искључује је неспорна и у нашој судској пракси.[45] Заправо, уговарањем егзонерационе клаузуле се у једначину уводи нова околност која претеже над чињеницом да су испуњени сви услови за заснивање уговорне одговорности и спречава њено заснивање.[46] Осим ограничења које се односи на степен кривице дужника, суд може на захтев заинтересоване уговорне стране поништити и уговорну одредбу о искључењу одговорности за обичну непажњу, ако је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна.[47]

Тим пре што је под одређеним условима дозвољено искључење уговорне одговорности, дозвољено је и њено ограничење. Пуноважна је одредба уговора којом се одређују највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено.[48] Притом, уговорници често овако одређену накнаду погрешно називају „уговорном казном“ или „пеналима“, али судови овакве клаузуле правилно сматрају уговорним ограничењем одговорности (*falsa nominatio non nocet*).[49] У

доћи или да ће је моћи спречити. У случају несвесне непажње, дужник није свестан могућности настанка штете, али је то могао или био дужан бити с обзиром на лична својства и околности случаја. Код *culpa levis in abstracto* се пажња дужника пореди са поступањем доброг домаћина (привредника) у конкретним околностима, а код *culpa levis in concreto* се његов степен пажње приликом испуњења обавезе пореди са пажњом коју иначе показује поступајући у сопственим стварима (Т. Даниловић (2012), 217–218).

45 Врховни суд Црне Горе је нашао да је гаранцијска клаузула којом се искључује одговорност за накнаду штете због стајања машине пуноважна када се одговорност за недостатак заснива на обичној непажњи произвођача (Врховни суд Црне Горе, Рев. 314/89 од 6. 10. 1989, доступно на адреси: *propisi.net*, 31. 3. 2023).

46 Б. Јевђић, 204.

47 ЗОО, чл. 265 ст. 2.

48 ЗОО, чл. 265 ст. 3.

49 Примера ради, претплатник се обавезао да ће мобилном оператеру исплатити „пенале“ у висини уговорне претплате за период од раскида уговора до истека трајања уговорног односа уколико раскине уговор или проузрокује раскид уговора тако што не извршава преузете обавезе. Након што је мобилни оператер једнострано раскинуо уговор услед неизвршења и тужио претплатника ради наплате „пенала“, претплатник је тврдио да је мобилном оператеру забрањено да наплати пенале према чл. 45 ст. 1 тач. 3 Закона о заштити потрошача. Суд је утврдио да се овде не ради о пеналима у смислу изнетог члана, већ о ограничењу накнаде штете из чл. 265 ЗОО (пресуда Привредног суда у Београду П-3098/2019 од 7. 10. 2020. године, архива Привредног суда). За разлику од клаузуле о ограничењу одговорности која настаје сагласношћу уговорних страна, пенале може изрећи суд на захтев повериоца како би принудио дужника да изврши своју неновчану обавезу која је утврђена правноснажном судском одлуком (в. ЗОО, чл. 294).

случају ограничења висине накнаде поверилац има право на потпуну накнаду ако је немогућност испуњења обавезе проузрокована намерно или крајњом непажњом дужника.[50]

IV Ограничења приликом уговарања езгонерационих клаузула

Ограничења приликом уговарања егзонерационих клаузула можемо поделити на општа, која важе за све уговорне одредбе, и посебна ограничења које ЗОО прописује у чл. 265, специфична за одредбе којима се уговорна одговорност искључује или умањује. Од општих ограничења издвојићемо начело савесности и поштења које има важну улогу приликом уговарања клаузула егзонерације. У потоњу групу убрајамо ограничења која се односе на: а) степен кривице; б) неравноправни положај уговорних страна; в) несразмеру између настале штете и одређене накнаде; г) друга законом прописана ограничења.

1. Границе уговарања клаузула одређене начелом савесности и поштења

Српски законодавац налаже уговорницима да поступају савесно и поштено, с једне стране, општом клаузулом и низом посебних одредби, с друге стране. Тако чл. 12 ЗОО прописује да су стране приликом заснивања облигационих односа и остваривања права и обавеза из тих односа дужне да се придржавају начела савесности и поштења.[51] Осим цитираног начела, ЗОО садржи више посебних одредби којима забрањује конкретне облике несавесног и непоштеног поступања.[52]

Слично овом случају, корисник ГСМ мреже обавезао се мобилном оператеру да ће у случају раскида уговора пре рока од годину дана платити „уговорну казну“ у износу преосталих претплата. Суд је уговорну казну назвао „уговореном штетом“ и обавезао туженог корисника (који је раскинуо уговор пре истека рока од годину дана) да плати преостала дуговања оператеру по основу чл. 265 ст. 3 (в. пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 6107/08 од 29. 1. 2009, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1–2/2014, 79–80). Уговорна казна и уговорно ограничење накнаде штете су два различита института. Уговорна казна је лично средство обезбеђења које се састоји у одређеној новчаној или другој материјалној користи коју се дужник обавезује да преда у случају да обавезу не испуни или је испуни са закашњењем (Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, 11. издање, 2017, 371). Може се уговорити само код неновчаних обавеза.

50 ЗОО, чл. 265 ст. 4.

51 ЗОО, чл. 12.

52 Т. Даниловић (2012), 239. Примера ради, одредбе којима законодавац санкционише зеленашки уговор (ЗОО, чл. 141), неке одредбе општих услова уговора (ЗОО, чл.

Овде говоримо управо о општој одредби, односно самом начелу савесности и поштења.

Начело савесности и поштења, као један од основних принципа уговорног права, суд узима у обзир и када одлучује о пуноважности егзонерационе клаузуле. Уговорне стране које одлуче да својом вољом модификују законска правила о одговорности за случај неиспуњења, манљивог или неблаговременог испуњења, то морају учинити поступајући у складу са изнетим начелом.

Како суд примењује принцип савесности и поштења на спорну клаузулу егзонерације? Садржина начела зависи од конкретних околности уговорног односа и понашања уговорних страна, односно оно се по потреби конкретизује као релевантан критеријум понашања.[53] Сматрамо да се значај начела савесности и поштења у контексту егзонерационих клаузула огледа у понашању уговорника коме клаузула користи. Перовић истиче да је једна од обавеза обухваћена овим начелом „обавеза објашњења, нарочито обавеза пријаве, односно саопштења".[54] Из тога следи да је тај уговорник дужан да сауговорника упозна са клаузулом и предочи му правне последице у случају повреде уговора.

Међутим, сама чињеница да уговорник чија је одговорност клаузулом искључена или умањена није упознао другу страну са њеном садржином не значи нужно да је уговор закључен противно начелу савесности и поштења. Овде најпре узимамо у обзир да уговорне стране имају супротстављене интересе, свака тежи да за себе стипулише што повољније уговорне одредбе. Због тога би било утопијски очекивати да све откривају једна другој. Ипак, не може постојати ни потпуна небрига о интересима друге стране. Проблем постоји ако међу уговорницима постоји значајна диспропорција у информацијама које они имају и њиховој доступности, односно средствима која им стоје на располагању да до информација дођу.[55] До значајне асиметрије информација несумњиво долази онда када једна уговорна страна уређује садржину уговора, а друга таквом уговору приступа, без могућности да преговара о његовим одредбама. Тако, посебни правни значај начела савесности и поштења долази до изражаја при одлучивању о пуноважности егзонерационих клаузула у уговорима по приступу. Примера ради, Врховни привредни суд је одбио да клаузули у оваквом уговору пружи правну

143), превара као мана воље (ЗОО, чл. 65) представљају конкретизацију начела савесности и поштења.

53 Т. Даниловић (2012), 240.

54 С. Перовић (1995), 18.

55 Снежана Дабић Никићевић, *Дужност обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд, 2018, 99–100.

заштиту, наводећи да су такве клаузуле „у супротности са одредбама о поштењу и савесности које важе у промету“, без обзира на то да ли су уговорене за случај неиспуњења или задоцњења са испуњењем уговорене обавезе.[56] Притом, Даниловић додаје да строгост судова приликом разматрања егзонерационих клаузула у уговорима по приступу није специфичност нашег права, већ је прихваћено у националним законима европског подручја, чак и пре хармонизације прописа.[57]

2. Границе уговарања клаузула одређене степеном кривице

Видели смо да су судови и пре доношења ЗОО ускраћивали правну заштиту искључењу и ограничењу уговорне одговорности за штету која је проузрокована намерно или грубом непажњом. Уколико би се дужнику који је поступао са тежим степеном кривице дозволило да се позове на егзонерациону клаузулу, испуњење обавезе зависило би искључиво од његове воље и нахођења.[58] Из угла повериоца, ступање у уговорни однос би било бесмислено.[59] У одсуству оваквог ограничења, правна сигурност би била озбиљно пољуљана и доведена у питање.[60] Осим тога, дужник се не може позвати ни на законске одредбе о ограничењу одговорности на предвидиву штету ако обавезу није испунио како је уговорено поступајући намерно или са грубом непажњом.[61] Тим пре не би било разумљиво да му се омогући позивање на уговорне одредбе.

У нашем праву није дозвољено претходно уговорити искључење дужникове одговорности за штету због неиспуњења уговорне обавезе које би било извршено намерно или крајњом непажњом. Евентуално уговорена оваква одредба сматрала би се ништавом.[62] Штавише,

56 Решење Врховног привредног суда, сл. 803/68 од 10. 9. 1968. (Т. Даниловић (2012), 243, фн. 437). Наглашавамо да одлука суда потиче из 1968. године, у време када су на уговоре примењиване Узансе које су забрањивале уговарање егзонерационих клаузула (в. горе).

57 Т. Даниловић (2012), 243.

58 Б. Јевђић, 207.

59 И. Јанковец, 374; Т. Даниловић (2012), 214.

60 С. Перовић (1995), 604.

61 И. Јанковец, 374. Правило је да поверилац који је претрпео штету услед неиспуњења уговорне обавезе има право да од дужника захтева накнаду предвидиве имовинске штете. Она обухвата стварну штету и изгубљену добит коју је дужник могао да предвиди у време закључења уговора као потенцијалне последице повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле или морале бити познате. Међутим, ако је дужник приликом неиспуњења обавезе поступао преварно, са намером или грубом непажњом, поверилац има право да захтева целокупну имовинску штету, а не само предвидиву, према ЗОО, чл. 266 ст. 2 (М. Караникић Мирић (2013), 46–47).

62 B. Vizner, 1080.

егзонерациона клаузула за случај намере или грубе непажње је ништава чак и када се ради о једнострано обавезујућем уговору. Сходно томе, дозвољено је искључити или ограничити одговорност искључиво за случај обичне непажње.

Такође, уколико уговорна одговорност дужника није искључена него само ограничена, поверилац ће имати право на потпуну накнаду ако је немогућност испуњења обавезе проузрокована намерно или крајњом непажњом дужника.[63] Примећујемо да законодавац овде говори само о немогућности испуњења, што подразумева ситуацију када за дужника није изводљиво да испуни обавезу у целости (неиспуњење уговорне обавезе). Међутим, да ли ова законска формулација обухвата испуњење са недостатком (неправилно, манљиво испуњење) и испуњење са задоцњењем (неблаговремено испуњење)? Јанковец на постављено питање одговора позитивно, наводећи да нема разлога да цитирану одредбу не примењујемо на било који вид повреде уговорне обавезе када је дужник поступао намерно или са грубом непажњом.[64] Митровић донекле стоји на истом становишту, сматрајући да би било противно начелу савесности и поштења омогућити дужнику који крши уговорену обавезу поступајући са тежим степеном кривице, да се позове на рестриктивну клаузулу. Према њему, неспорно је да се цитирана одредба примењује у случају неправилног испуњења. Међутим, код неблаговременог испуњења, Митровић разликује намерно задоцњење и задоцњење из крајње непажње, те сматра да се одредба има применити само ако постоји намера. Супротно, у случају задоцњења из крајње непажње, дужник остаје заштићен клаузулом, те се његова одговорност ограничава. Као образложење, Митровић наводи да би законодавац, да је желео, изричито предвидео да поверилац има право на потпуну накнаду у случају закашњења у испуњењу обавезе проузроковане намерно или крајњом непажњом. Такође, он истиче да се овде ради само о ограничењу одговорности (не о искључењу), стога ће поверилац свакако добити унапред одређену накнаду која мора бити у сразмери са претрпљеном штетом. Ако сразмера не постоји, онда се примењује трећи став чл. 265 ЗОО.[65],[66] Чини се да има више ваљаних разлога за тумачење које Јанковец прихвата. Намера и крајња непажња се у нашем праву изједначавају (*culpa lata dolo aequiparatur*). Иако ово начело важи у одштетном праву, сматрамо да се у складу са чл. 269 ЗОО може применити

63 ЗОО, чл. 265 ст. 4.

64 И. Јанковец, 374.

65 Пуноважна је одредба уговора којом се одређују највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено (ЗОО, чл. 265 ст. 3).

66 Д. Митровић (1983), 933.

и на уговорну одговорност.[67] Ради се о општем начелу облигационог права, које излази из оквира деликтне одговорности.[68] Наиме, наш законодавац у намери не препознаје толико снажан морални елемент, који би њу јасно раздвојио од грубе непажње.[69]

Разликујемо две ситуације. Прво, могуће је да уговорници изричито уговоре да се дужник ослобађа одговорности или се његова одговорност умањује у случају намере или грубе непажње. Оваква егзонерациона клаузула се сматра ништавом – суд примењује одредбу о делимичној ништавости.[70] Вељковић тврди да би се таква клаузула сматрала непостојећом.[71] Иако ни у једном случају клаузула не производи правно дејство (правне последице су исте било да клаузулу третирамо као непостојећу или ништаву), става смо да се Вељковићево гледиште може оспорити, пошто је клаузула супротна првенствено принудним прописима, према томе апсолутно ништава. Друго, уговорници могу стипулисати егзонерациону клаузулу у којој се степен кривице дужника изричито не помиње (нпр. „Дужник неће одговарати уколико испуни обавезу са десет дана закашњења.“ или „У случају неиспуњења уговорне

67 Уколико одредбама овог одсека није друкчије прописано, на накнаду ове штете сходно се примењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете (ЗОО, чл. 269).

68 Начело познато и под називима „*lata culpa plane dolo comparabitur*“ и „*dissoluta enim negligentia propre dolum est*“ потиче из римског права, а концептуализовано је у посткласичном периоду (Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 209).

69 Марија Караникић Мирић, „Ограничења одговорности за штету у српском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2012, 259, фн. 38. Од начела *culpa lata dolo aequiparatur* наше право познаје одређене изузетке, такође у области деликтне одговорности. То су директна одговорност запосленог за штету коју је на раду или у вези с радом намерно проузроковао трећем лицу (ЗОО, чл. 170 ст. 2) и немогућност да пребијањем престане потраживање настало намерним проузроковањем штете (ЗОО, чл. 341 ст. 3) (М. Караникић Мирић (2012), 259–260).

70 Д. Митровић (1983), 933. В. ЗОО, чл. 105.

71 Драгослав Вељковић, *Коментар Закона о облигационим односима (II књига): Општи део Закона о облигационим односима*, Београд, 2020, 130. Док је законодавац прихватио поделу непуноважних уговора на (апсолутно) ништаве и рушљиве, правна теорија познаје и категорију непостојећих уговора. Непостојећи уговор јесте уговор коме недостаје неки од суштинских елемента, односно при чијем закључењу нису били испуњени сви битни услови за настанак. Овде се не ради само о томе да уговор не производи правна дејства, већ да није настао ни као правни акт, као правна чињеница, пошто је процес стварања уговора остао недовршен (Катарина Доловић Бојић, „Непостојећи уговори“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011, 264–265). Нема чак ни спољног привида да уговор постоји (Ј. Радишић, 1865). Овакви уговори, попут апсолутно ништавих, не могу произвести никакво правно дејство, те с практичног аспекта разликовање непостојећих и апсолутно ништавих уговора није релевантно.

обавезе, дужник има обавезу да исплати накнаду штете у износу од највише 20.000 динара.“). Тада клаузула није сама по себи ништава – она ни текстом ни намером страна не предвиђа искључење одговорности за намеру или грубу непажњу. Међутим, уколико је дужник приликом (не) испуњења своје обавезе поступио са намером или грубом непажњом, нема места примени уговорене егзонерационе клаузуле.[72] Притом, терет доказивања да је дужник поступио са намером или крајњом непажњом лежи на повериоцу.[73]

Правило о терету доказивања намере или грубе непажње Јевђић је навело на резон да се егзонерационом клаузулом одговорност уистину не искључује, већ се само отежава процесноправна позиција повериоца. Према њеном схватању, дејство клаузуле је такво да терет доказивања расподељује другачије него што је прописано законом – од повериоца се, осим општих услова за заснивање уговорне одговорности, додатно захтева да докаже постојање крајње непажње или намере. Ко ће, у крајњој линији, бити у обавези да надокнади штету, према цитираној ауторки, ствар је доказивања у парничном поступку. Њен закључак је да искључење уговорне одговорности у нашем праву не постоји, већ се само може говорити о њеном ограничењу које се постиже отежањем услова за заснивање.[74] Изнета тврдња се може оспоравати. Наиме, споразумно искључење уговорне одговорности у српском праву је могуће, али уз одређена ограничења. Једно од тих ограничења је управо степен кривице дужника, односно правило да се уговорна одговорност не може искључити (нити ограничити) за намеру или грубу непажњу. Готово свако опште правило како облигационог, тако и целокупног грађанског права, познаје одређене изузетке, што нам не даје за право да оспоравамо сам принцип. Напротив, *exceptio afirmat regulam*. Осим тога, чл. 265 ст. 1 ЗОО који прописује наведени изузетак представља императивно правило материјалног права, њиме се уређује (не)пуноважност уговорне одредбе којом уговорници модификују законски режим одговорности у случају неиспуњења уговорне обавезе. С друге стране, питање

72 И. Јанковец, 371; Б. Јевђић, 206.

73 И. Јанковец, 371. Притом се подразумева да поверилац свакако мора доказати да су испуњени општи услови за заснивање одговорности. Тако је Привредни апелациони суд истакао да одредба уговора којом се одређује обим накнаде у случају задоцњења представља само сагласност уговорника о обиму накнаде у случају да дође до штете, али је на тужиоцу (повериоцу) био терет доказивања да је штету стварно претрпео, тако што је због доцње у предаји стана закључио уговор о закупу. Пошто такав доказ није достављен, тужилац није имао право да од туженог потражује накнаду штете у обиму какав је уговорен (пресуда Привредног апелационог суда, Пж 4456/2014(2) од 12. 3. 2015, доступно на адреси: *http://pravnabaza.paragraf.rs/dokumenti/sudska-praksa/296339*, 31. 3. 2023).

74 Б. Јевђић, 204–207.

доказивања у парничном поступку је процесноправног карактера. Правила о терету доказивања примењује суд приликом решавања спора како би утврдио чињенице (овде степен кривице дужника) релевантне за примену материјалноправне норме (у конкретном случају чл. 265 ст. 1 ЗОО). Стога је погрешно поистовећивати ове две врсте норми, односно сводити дејство материјалноправне норме на процесноправно дејство.

Занимљиво је питање да ли суд може применити клаузулу која је формулисана тако да ослобађа дужника одговорности за све облике кривице (и за намеру или крајњу непажњу), а у конкретном случају дужник обавезу није испунио поступајући са обичном непажњом. Да ли се клаузула може применити парцијално, односно да ли се може сматрати да ће важити само у оном делу који се односи на обичну непажњу? Одговор зависи од тога да ли прихватамо формални или материјални критеријум одређивања клаузуле. Према формалном критеријуму, клаузула се схвата као део структуре уговора јасно омеђен као такав, најчешће формулисан као једна реченица. Уколико уговорна одредба гласи „искључује се одговорност дужника за случај обичне непажње, намере или грубе непажње", суд ће применом овог критеријума огласити ништавом одредбу у целости (тзв. „правило оловке"). Супротно, примењујући материјални критеријум, суд узима у обзир садржину одредбе, питања која су њоме уређена и разматра да је садржина одредбе дељива. Ако за пример узмемо исту уговорну одредбу, суд би огласио ништавим само део одредбе који се односи на грубу непажњу и намеру, док би део одредбе о обичној непажњи остао на снази. Наиме, суд мора имати у виду да су уговорници одредбу могли исказати у две (или чак три) одредбе, тако да једна одредба уговора гласи „искључује се одговорност за случај обичне непажње", а друга „искључује се одговорност за случај грубе непажње и намере" – садржина клаузуле је дељива, а различити делови заслужују другачији правни третман.[75] Имајући у виду наведено, предност би требало дати материјалном критеријуму. Према томе, на постављено питање одговарамо позитивно – клаузула ће важити у делу који се односи на обичну непажњу.

3. Границе уговарања клаузула које се односе на неравноправни положај уговорних страна

Законодавац прописује да суд на захтев заинтересоване уговорне стране може поништити и уговорну одредбу о искључењу одговорности

75 Слобода Миодоровић, Делимична ништавост уговора, докторска дисертација, Нови Сад, 2022, доступно на адреси: *https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/21298/Disertacija_13406.pdf?sequence=1&isAllowed=y*, 29. 3. 2022, 276–279.

за обичну непажњу, ако је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна.[76] Овде је важно уочити да: 1) суд не пази по службеној дужности на чињеницу да је клаузула произашла из монополског положаја дужника, односно неравноправног односа уговорника, већ се уговорна страна мора позвати на њу;[77] 2) суд *може* поништити такву клаузулу, дакле судија узима у обзир све околности и одлучује да ли ће клаузулу применити или поништити, он је није дужан поништити уколико нађе да монополски, односно неравноправан положај постоји. Скица ово ограничење не познаје.

Једно од основних начела ЗОО јесте забрана стварања и искоришћавања монополског положаја.[78] Монополски положај постоји онда када је на страни понуде само један привредни субјект (произвођач или продавац), производ који он нуди нема одговарајући супститут, а постоје баријере уласку које онемогућавају слободан улазак другим привредним субјектима у ту грану.[79] Како у привреди монополске субјекте није могуће избећи, ЗОО посебно забрањује да се такав положај злоупотребљава.[80]

Перовић наводи да је у сфери уговорних односа санкција за злоупотребу монополског положаја ништавост.[81] Међутим, овде је потребно указати на разлику између две врсте повезаности уговора и монополског положаја. Најпре, учесници на тржишту могу ступати у уговорне односе са циљем да успоставе монопол (мада са више монополиста) како би заједно могли да остварују монополски профит, одреде монополску цену и елиминишу конкуренцију. То су рестриктивни хоризонтални споразуми који се другачије називају картели.[82] Они су забрањени Законом о заштити конкуренције (у даљем тексту: ЗЗК),[83] а прописана

76 ЗОО, чл. 265 ст. 2.

77 Супротно тврде Перовић и Јанковец, који сматрају да с обзиром на циљ одредбе суд о њој води рачуна по службеној дужности, чак и када поверилац није истакао приговор у том смислу (С. Перовић (1995), 605; И. Јанковец, 371). Даниловић истиче како је нормално и очекивано да на постојање неравноправног положаја указује незадовољна страна, а да затим суд истражује чињеничну подлогу таквих тврдњи (Т. Даниловић (1980), 181).

78 У заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту (чл. 14 ЗОО).

79 Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, 27.

80 С. Перовић (1995), 37.

81 *Ibid.*, 38.

82 Б. Беговић, В. Павић (2012), 44–45.

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

санкција за такве споразуме је ништавост.[84] Њих остављамо по страни. Други случај нам је, с обзиром на предмет рада, знатно важнији. Ради се о ситуацији када је уговорник монополиста искључио или ограничио своју одговорност користећи монополски положај. Дакле, овде сауговорник монополисте није привредни субјект по економској моћи њему раван са којим он улази у картел, већ економски слабија страна која пристаје на егзонерациону клаузулу без могућности преговарања, пошто услед постојања монопола не може да бира сауговорника. ЗОО каже да суд може *на захтев заинтересоване стране* овакав споразум поништити. Како на ништавост суд пази по службеној дужности, овде не може бити речи о санкцији ништавости. Ништава одредба по сили закона не производи правно дејство, изјава уговорника није потребна да би дејство изостало, а суд утврђује ништавост одлуком декларативног карактера.[85] С друге стране, не ради се ни о рушљивости. Не може једна уговорна одредба бити рушљива (делимичну рушљивост не познаје ни ЗОО ни наша правна теорија), већ једино правни посао у целини, а разлози рушљивости одређени су енумеративно. Става смо да је законодавац цитирану одредбу неспретно формулисао. Наиме, адекватнија формулација би гласила да ће суд, на захтев повериоца, обавезати дужника да исплати потпуну накнаду ако је споразум произашао из монополског положаја на страни дужника (попут чл. 265 ст. 4). Дакле, одредба није сама по себи непуноважна, него суд може одбити да је примени у конкретном случају.

Остаје да разјаснимо шта је законодавац подразумевао под изразом да је споразум резултат „уопште неравноправних односа уговорних страна". Према тумачењу које износи Перовић, ради се о ситуацијама у којима је искључење одговорности извршено општим условима уговора по приступу које је формулисао дужник, а суд оцени да би у конкретним околностима клаузула о искључењу одговорности била неправична или претерано строга према повериоцу.[86] Дакле, цитирану одредбу би требало тумачити системски у односу на чл. 143 ст. 2 ЗОО.[87] Супротно, Вељковић наводи да овде потпадају ситуације када је поверилац искористио

84 ЗЗК, чл. 10. О критици овог члана в. Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 73–74.

85 Владимир Водинелић, Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права, Београд, 2020, 470.

86 С. Перовић (1995), 605. Истог је става и Јанковец (И. Јанковец, 371).

87 Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој (ЗОО, чл. 143 ст. 2).

дужниково стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или зависност, те је уговорио за себе такву погодност да уговором искључује своју одговорност за случај неизвршења или делимичног извршења уговорне обавезе.[88] Пошто се у цитираним случајевима ради о зеленашком уговору, ова одредба се, дакле, према његовом мишљењу, тумачи системски у односу на чл. 141 ЗОО.[89] Перовићево и Вељковићево тумачење се међусобно не искључују, можемо узети да у свим наведеним случајевима има простора за примену чл. 265 ст. 2. Из наведених ставова закључујемо да је наша правна теорија сагласна око тога да судија не може применити ову одредбу самостално, ма колико да су уговорници у неравноправном економском, фактичком, преговарачком или каквом другом положају. Напротив, додатно је потребно да одредба лишава уговорника права да стави приговоре, губи права из уговора или рокове, или су иначе неправичне, претерано строге према њој или да се ради о зеленашком уговору. Ако овако посматрамо ствари, одредба о поништењу споразума који је произашао из уопште неравноправног односа уговорних страна чини се сувишном. Управо супротно, сматрамо да се чл. 265 ст. 2 може применити када постоји неравноправни положај између страна, уговорник са повољнијим положајем је искористио ту предност да уговори клаузулу којом искључује своју уговорну одговорност, а не ради се о ситуацијама из чл. 141 и 143 ст. 2 ЗОО. У том смислу, Митровић истиче да је на судској пракси да утврди које су то ситуације, али да суд свакако мора поступати опрезније када се уговор закључује између физичких лица или физичког лица с једне, а правног лица с друге стране.[90] Речено о правним последицама егзонерацоне клаузуле која је произашла из монополског положаја дужника важи и када је клаузула резултат уопште неравноправних односа уговорних страна.

Суд приликом оцене да ли је споразум настао као резултат монополског положаја дужника или уопште неравноправног положаја уговорних страна заправо разматра елементе у којима се такав положај одразио на слободу уговарања повериоца.[91] Уколико је његова слобода уговарања, конкретно слобода избора да се одређена егзонерациона клаузула унесе у уговор, била знатно умањена, санкција ништавости је

88 Д. Вељковић, 130.

89 Ништав је уговор којим неко, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио, или се обавезао дати или учинити (ЗОО, чл. 141 ст. 1).

90 Д. Митровић (1983), 391.

91 Т. Даниловић (1980), 181.

оправдана. Притом, терет доказивања да постоји монополски, односно неравноправни положај, лежи на повериоцу.

4. Границе уговарања клаузула с обзиром на несразмеру између настале штете и одређене накнаде

Да би се клаузула о ограничењу одговорности могла применити, није довољно да се дужнику може приписати само обична непажња и да клаузула није произашла из монополског, нити генерално неравноправног положаја уговорних страна. Потребно је још да је уговорен највиши износ накнаде сразмеран насталој штети. Ако то није случај, него постоји очигледна несразмера између штете коју је поверилац претрпео због тога што му обавеза није (правилно или на време) испуњена и накнаде коју је дужник у обавези да плати према егзонерационој клаузули, клаузула је ништава.[92]

Ограничење је законодавац преузео из Скице (в. горе), а сврха је да се дужнику онемогући да за повреду обавезе одговара симболичним износом накнаде за штету коју је због те повреде претрпео поверилац. Уговори по приступу су нарочито погодно тло за злоупотребе кроз уговарање таквих клаузула, пошто страна која саставља уговорне одредбе има интерес да за себе уговори што повољнију одредбу.[93]

Правило подразумева постојање *очиīледне* несразмере. Дакле, за санкцију ништавости није довољно да уговорена највиша накнада буде нижа од претрпљене штете, већ је потребно да између ове две накнаде постоји знатна разлика. За постојање очигледне несразмере не постоје прецизни општи критеријуми, нити се од судске праксе може очекивати да исте утврди, већ се о томе одлучује од случаја до случаја.[94]

Терет доказивања постојања очигледне несразмере сноси поверилац.[95] Уколико он то успе да докаже, суд неће применити уговорену клаузулу којом се дужникова одговорност ограничава. Тада поверилац има право на накнаду штете веће од уговорене. Овде се отвара питање да ли ће поверилац који је доказао да се ради о очигледној несразмери имати право на накнаду претрпљене штете према општим правилима о уговорној одговорности. Перовић одговара негативно. Он сматра да у том случају суд ипак примењује спорну клаузулу, али не како она гласи, већ на начин да обезбеди сразмеру између уговорене накнаде и

92 Пуноважна је одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено (ЗОО, чл. 265 ст. 3).

93 С. Перовић (1995), 606; И. Јанковец, 375.

94 Д. Митровић (1983), 933.

95 *Ibid.*

проузроковане штете. Дакле, он сматра да је суд овлашћен да правично измени клаузулу. Како наводи, санкција ништавости није прихватљива јер је закон изричито не прописује, нити за то постоје разлози. Штавише, Перовић овде прави аналогију са несразмерно високом уговорном казном.[96] Супротно, Митровић на питање одговара позитивно. Према његовом мишљењу, клаузула којом се унапред одређује највиши износ накнаде је овде без правног дејства[97] – није правно ваљана, па се примењују одредбе ЗОО о делимичној ништавости,[98] а поверилац има право на накнаду према законским правилима о уговорној одговорности.

Тумачење коме се приклања Перовић афирмише аутономију воље. Он узима у обзир чињеницу да су уговорници желели да ограниче накнаду и на тај начин искључе примену општих законских правила. Осим тога, такав предлог фаворизује уговор, тј. уговорну одредбу применом решења које омогућава да клаузула (иако преправљена) произведе дејство на које је усмерена. Посматрано из практичног угла, међутим, изнето решење отвара бројне недоумице. Нужно је поставити питање како ће суд проценити које су уговорници ограничење хтели, а које је истовремено сразмерно претрпљеној штети. Досуђена накнада би истовремено морала задовољити субјективни критеријум – интересе уговорника и објективни критеријум – сразмеру између досуђене накнаде и претрпљене штете. Ни начин на који је чл. 265 ст. 3 формулисан не иде у прилог оваквом тумачењу. Законодавац каже да је пуноважна одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом. *A contrario*, ако је одређени износ у очигледној несразмери са штетом, следи да клаузула није пуноважна, односно да не производи никакво правно дејство. Да је законодавац имао на уму решење које Перовић сугерише, он би одредбу формулисао попут чл. 274 ЗОО.[99] Најзад, ни код института промењених

96 Ако суд на захтев дужника, нађе да је уговорна казна несразмерно висока с обзиром на вредност и значај предмета обавезе, он ту одредбу неће огласити ништавом, већ ће само смањити износ уговорне казне. Ипак, и овако умањени износ казне је виши од оног који би дужник био обавезан да плати да уговорна казна није стипулисана. Код клаузуле о ограничењу одговорности ситуација је обрнута. Ако је претрпљена штета знатно већа од највише уговорене накнаде, суд би на захтев повериоца највишу уговорену накнаду требало да повећа. Али, и овде накнада штете коју дужник плаћа мора бити нижа од накнаде коју би он платио да егзонерациона клаузула није уговорена (С. Перовић (1995), 607).

97 Д. Митровић (1983), 932–933.

98 Ништавост неке одредбе уговора не повлачи ништавост и самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен (ЗОО, чл. 105 ст. 1).

99 Суд ће на захтев дужника смањити износ уговорне казне ако нађе да је она несразмерно висока с обзиром на вредност и значај предмета обавезе (ЗОО, чл. 274).

околности без сагласности обе уговорне стране није могуће ревидирати уговор, већ је суд овлашћен једино да уговор раскине.[100] Због тога сматрамо да више аргумената иде у прилог другом тумачењу. Стога, рестриктивна клаузула која одређује највиши износ накнаде очигледно несразмеран претрпљеној штети је ништава, те суд у овом случају примењује општа правила о уговорној одговорности.

5. Друга ограничења

Поред изнетих ограничења општег карактера, ЗОО познаје и одређена ограничења приликом искључења или ограничења уговорне одговорности за посебне уговоре.

Код уговора о превозу ствари и уговора о превозу путника законодавац прописује ништавост одредби уговора о превозу, општих услова превоза, тарифа или ког другог општег акта, којима се ова одговорност смањује.[101] Ипак, пуноважна је одредба којом се унапред одређује највиши износ накнаде, под условом да није у очигледној несразмери са штетом, под условом да штета није причињена намерно или грубом непажњом.[102]

Посебна правила о одговорности гостионичара је познавало још римско право,[103] а српско позитивно право прописује да објаве истак-

100 Истиче се да у српском праву суд не може ревидирати уговор без сагласности обе уговорне стране. Наиме, чланом 133 ст. 4 ЗОО прописано је да страна којој је испуњење обавезе отежано може захтевати раскид уговора, али до раскида неће доћи ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене. Дакле, иако су оба уговорника овлашћена да предложе ревизију, да би суд изменио уговорне одредбе неопходна је њихова сагласност. Без сагласности уговорних страна о ревизији суд једино може да раскине уговор. Овакво решење подстиче уговорнике да се споразумеју о изменама ради опстанка уговора, али се може критиковати као недовољно флексибилно и погодно за злоупотребе (Милош Вукотић, „Раскид или ревизија? Правне последице промењених околности“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2021* (ур. Вук Радовић), Београд, 2021, 522–523). Због тога што ревизија није допуштена без сагласности друге стране, српско право припада затвореним правним системима. Супротно, отворени правни системи (попут немачког и однедавно француског) дозвољавају измену садржине уговора ако то захтева уговорник погођен промењеним околностима (в. Марија Караникић Мирић, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 3/2020, 307–315).

101 ЗОО, чл. 671 ст. 2 и чл. 684.

102 ЗОО, чл. 671 ст. 3 и 4.

103 У римском праву се сматрало да бродари, гостионичари и власници штала одговарају за сваку крађу, оштећење или пропаст депонованих ствари, осим штете која је настала вишом силом. Дакле, кривица није била услов за заснивање њихове одговорности – *custodia liability*. Овако постављена одговорност се објашњава

нуте у просторијама угоститеља којима се искључује, ограничава или условљава њихова одговорност за ствари које су гости донели немају никаквог правног дејства.[104] Ова одредба се односи и на јавне гараже, болнице, теретане и слично.[105]

ЗОО такође познаје изузетак за шпедицију, те прописује да се одговорност шпедитера за избор превозиоца као и за избор других лица са којима је у извршењу налога закључио уговор (изузетно и за рад) не може уговором искључити или ограничити.[106]

Најзад, изузетак постоји код уговора о организовању путовања. Ништаве су одредбе уговора о организовању путовања којима се искључује или смањује одговорност организатора путовања.[107] Међутим, пуноважна је писмена одредба уговора којом се унапред одређује највиши износ накнаде, под условом да није у очигледној несразмери са штетом, све док организатор штету није проузроковао намерно или крајњом непажњом.[108]

V Закључак

Све до доношења ЗОО, питање пуноважности егзонерационих клаузула у српском праву било је спорно, а судска пракса недоследна и неуједначена. Решење које прописује позитивно право омогућава уговорницима да пуноважно искључе или ограниче одговорност за повреду уговорне обавезе, али под одређеним условима. Свестан да апсолутна слобода уговарања у погледу модификовања законских правила о одговорности за повреду уговорне обавезе може олако бити злоупотребљена, српски законодавац прописује бројна ограничења императивног карактера. Разликујемо опште ограничење, које се манифестује у начелу савесности и поштења, и посебна ограничења која су прописана у чл. 265 ЗОО.

чињеницом да лица која су се бавила таквим занимањима нису уживала велики углед, а постојала је сумња да су се договарали са лоповима и омогућавали да украду поверене ствари путника, односно гостију. Такође, путници, гости и власници коња нису имали другог избора него да повере ствари на чување лицима која су задужена за брод, гостионицу или шталу. Они су зависили од поштења пружаоца ових услуга и њихове добре вере. Због тога је злоупотреба поверења морала бити строго кажњавана (R. Zimmermann, 514–516).

104 ЗОО, чл. 727.

105 Д. Митровић (1983), 932.

106 ЗОО, чл. 834 ст. 4.

107 ЗОО, чл. 870 ст. 1.

108 ЗОО, чл. 870 ст. 3 и 4.

Судови се могу позвати на начело савесности и поштења када ускраћују правно дејство клаузули којом се уговорна одговорност искључује или ограничава посебно ако: 1) уговорна страна којој клаузула не иде у прилог није знала за постојање, садржину и правне последице клаузуле, нити се од ње то могло разумно очекивати с обзиром на околности; 2) преговарачка моћ уговорних страна је била очигледно несразмерна; 3) ради се о уговору по приступу, где једна страна није била у позицији да преговара о садржини уговора. Наглашавамо да су наведени критеријуми само индиције које би суд морао узети у обзир приликом оцене да је начело савесности и поштења у конкретном случају прекршено, а не услови који увек кумулативно морају бити испуњени.

Посебна ограничења законодавац прописује с обзиром на садржину саме егзонерационе клаузуле, али суд мора узети у обзир и понашање самог дужника. Најпре, клаузула је ништава уколико је уговорена за случај намере или грубе непажње. Напомињемо да у конкретном случају неће произвести правно дејство ни клаузула која је уговорена за случај обичне непажње, ако је дужник приликом (не)извршења обавезе поступао са намером или крајњом непажњом. Затим, суд може одбити да примени клаузулу која је уговорена за случај обичне непажње, ако је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна. Притом, чињеницу да је положај произашао из неравноправног положаја суд цени с обзиром на околности случаја, с тим што је оправдано применити ову одредбу првенствено онда када се ради о уговору закљученом између физичког лица, с једне стране, и привредног субјекта с друге стране. На крају, уколико су уговорници клаузулом ограничили дужникову одговорност за случај неиспуњења на одређени износ, па поверилац претрпи штету која је у очигледној несразмери са тако уговореним износом накнаде, рестриктивна клаузула неће произвести правно дејство. У наведеним случајевима, упркос постојању егзонерационе клаузуле, примењују се општа законска правила о уговорној одговорности.

Коришћена литература

Беговић Борис, Павић Владимир, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009. (Begović Boris, Pavić Vladimir, „Jasna i neposredna opasnost: prikaz novog Zakona o zaštiti konkurencije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2009)

Беговић Борис, Павић Владимир, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012. (Begović Boris, Pavić Vladimir, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd, 2012)

Bénabent Alain, *Droit des obligations*, 16e édition, Paris, 2017.

Благојевић Борислав, *Уговори по пристанку*, Београд, 2013. (Borislav Blagojević, *Ugovori po pristanku*, Beograd, 2013)

Васиљевић Мирко, „Француски трговачки законик (1807) као модел – узор Српског трговачког законика (1860)“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2007. (Vasiljević Mirko, „Francuski trgovački zakonik (1807) kao model – uzor Srpskog trgovačkog zakonika (1860)“, *Pravo i privreda*, br. 9–12/2007)

Вељковић Драгослав, *Коментар Закона о облигационим односима (II књига): Општи део Закона о облигационим односима*, Београд, 2020. (Veljković Dragoslav, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (II knjiga): Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 2020)

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

Водинелић Владимир, *Грађанско право*: *Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд, 2020. (Vodinelić Vladimir, *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2020)

Вукотић Милош, „Раскид или ревизија? Правне последице промењених околности“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* – 2021 (ур. Вук Радовић), Београд, 2021. (Vukotić Miloš, „Raskid ili revizija? Pravne posledice promenjenih okolnosti“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije – 2021* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2021)

Дабић Никићевић Снежана, *Дужност обавештавања при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд, 2018. (Dabić Nikićević Snežana, *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Beograd, 2018)

Даниловић Томислав, *Клаузуле о искључењу и ограничењу (ублажавању) уговорне одговорности*, докторска дисертација, Београд, 1980. (Danilović Tomislav, *Klauzule o isključenju i ograničenju (ublažavanju) ugovorne odgovornosti*, doktorska disertacija, Beograd, 1980)

Даниловић Томислав, *Ограничење и искључење уговорне одговорности*, Београд, 2012. (Danilović Tomislav, *Ograničenje i isključenje ugovorne odgovornosti*, Beograd, 2012)

Davis Martin, Oughton David, *Sourcebook on Contract Law*, 2nd edition, London, 2000.

Доловић Бојић Катарина, „Непостојећи уговори“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011. (Dolović Bojić Katarina, „Nepostojeći ugovori“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011)

Ђурђевић Марко, Павић Драган, „Неколико мисли о ограничењима слободе уговарања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2016. (Đurđević Marko, Pavić Dragan, „Nekoliko misli o ograničenjima slobode ugovaranja sadržine ugovora u našem savremenom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2016)

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

Jacquemin Zoé, *Payer, réparer, punir: étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais,* Paris, 2021.

Јакшић Александар, Стојановић Срђан, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995. (Jakšić Aleksandar, Stojanović Srđan, *Elementi za jedno ugovorno pravo*, Beograd, 1995)

Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993. (Jankovec Ivica, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, 1993)

Јевђић Бранка, „Искључење и ограничење уговорне одговорности у српском праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2017. (Jevđić Branka, „Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Srpska politička misao*, br. 4/2017)

Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Београд, 2013. (Karanikić Mirić Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, Beograd, 2013)

Караникић Мирић Марија, „Ограничења одговорности за штету у српском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2012. (Karanikić Mirić Marija, „Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2012)

Караникић Мирић, Марија, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 3/2020. (Karanikić Mirić Marija, „Promenjene okolnosti i raspodela rizika u ugovornom pravu“, *Srpska politička misao*, br. 3/2020)

Komarov Alexander, „The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments“, *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* (ed. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington), Oxford, 2008.

Миодоровић Слобода, *Делимична ништавост уговора*, докторска дисертација, Нови Сад, 2022, доступно на адреси: *https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/21298/Disertacija_13406.pdf?sequence=1&isAllowed=y*, 29. 3. 2022. (Miodragović Sloboda, *Delimična ništavost*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2022, dostupno na adresi: *https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/21298/Disertacija_13406.pdf?sequence=1&isAllowed=y*, 29. 3. 2022)

Митровић Добросав, *Клаузуле неодговорности у трговачкој продаји са страним елементом*, Београд, 1966. (Mitrović Dobrosav, *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj prodaji sa stranim elementom*, Beograd, 1966)

Митровић Добросав, „Чл. 262–269", *Коментар Закона о облигационим односима I* (ур. Благојевић Борислав, Врлета Круљ), друго издање, Београд, 1983. (Mitrović Dobrosav, „Čl. 262–269", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. Blagojević Borislav, Vrleta Krulj), drugo izdanje Beograd, 1983)

Перовић Слободан, *Облигационо право: књига прва*, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo: knjiga prva*, Beograd, 1990)

Перовић Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима (књига прва)*, Београд, 1995. (Perović Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (knjiga prva)*, Beograd, 1995)

Радишић Јаков, *Облигационо право: општи део*, 11. издање, Ниш, 2017. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo: opšti deo*, 11. izdanje, Niš, 2017)

Станковић Обрен, Водинелић Владимир, *Увод у грађанско право*, шесто неизмењено издање, Београд, 2016. (Stanković Obren, Vodinelić, Vladimir, *Uvod u građansko pravo*, šesto neizmenjeno izdanje, Beograd, 2016)

Ћирић Александар, „Клаузуле егзонерације у светлу принципа права Европске уније и упоредног уговорног права", *Зборник радова Научна конференција „Правни систем Републике Србије – Усаглашавање са правом Европске уније"* (ур. Гордана Станковић), Ниш, 2005. (Ćirić Aleksandar, „Klauzule egzoneracije u svetlu principa prava Evropske unije i uporednog ugovornog prava", *Zbornik radova Naučna konferencija „Pravni sistem Republike Srbije – Usaglašavanje sa pravom Evropske unije"* (ur. Gordana Stanković), Niš, 2005)

***Ksenija* DŽIPKOVIĆ, LL.M.**
Teaching Associate at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

EXONERATION CLAUSES IN SERBIAN LAW

Summary

The author analyses approach of Serbian applicable law in terms of the clauses used for excluding or limiting contractual liability (exoneration clauses). The introductory part of the paper defines exoneration clauses and presents their advantages as well as the risks they might cause. The following part presents their historical development, which shows that the legislator did not always look favourably on the possibility to exclude or limit the contractual liability. Since the applicable law allows the possibility of contracting exoneration clauses, but with certain limitations, the main part of the paper is dedicated to the analysis of the prescribed limitations. The author tries to offer solutions to theoretical and practical problems regarding the (in)validity of exoneration clauses.

Key words: *Exoneration Clauses. – Exemption Clauses. – Exclusion of Liability. – Limitation of Liability. – Contractual Liability.*

Датум пријема рада: 27. 2. 2023.
Датум исправке рада: 31. 3. 2023.
Датум прихватања рада: 3. 4. 2023.

УДК: 331.103:004.738.5
CERIF: S 146
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23216A

Андријана* РИСТИЋ
докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

РАДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПЛАТФОРМСКИХ РАДНИКА – АНАЛИЗА СТАЊА И ПЕРСПЕКТИВЕ УРЕЂЕЊА

Сажетак

Са развојем дигиталних радних платформи, дошло је до успостављања нових форми рада чију правну природу, услед специфичности односа који их чине, није једноставно утврдити. Овакво стање довело је до правне несигурности у погледу радноправног положаја платформских радника, што је отворило могућности за злоупотребе, посебно у виду ускраћивања основних радних и социјалних права овој категорији лица. У чланку ћемо настојати да утврдимо какав је радноправни положај платформских радника у Републици Србији, те да ли је потребно приступити изменама постојеће законске регулативе како би ово питање било на адекватан начин регулисано. У том циљу биће анализирана и критички преиспитана важећа законска и подзаконска решења у нашој држави, док ће применом упоредноправног метода бити осветљена нека од решења присутних у страним правним системима, као и концепције афирмисане у научној литератури. У завршном делу чланка биће понуђен општи смер промена везаних за уређивање радноправног положаја платформских радника.

* Електронска адреса аутора: *andrijanaristic94@gmail.com*.

Кључне речи: *Платформски рад. – Платформски радници. – Фриленсери. – Лажно самозапошљавање.*

I Уводна разматрања

Развој технологије, до кога је убрзано дошло крајем претходног и почетком овог века, унео је значајне промене у наш свакодневни живот и отворио могућности за настанак нових начина обављања најразноврснијих активности. Технолошке промене одразиле су се и на поимање правних односа који се поводом ових активности успостављају. Наведено посебно важи за област радног права, у коме се у последњим годинама преиспитује и само језгро ове правне гране – појам радног односа. Иако је, према мишљењу ауторке, сасвим јасно да радни однос, као такав, ни у ком случају није изгубио своје место међу основним институтима радног права, евидентно је да је потребно регулисати његов однос са новим формама рада које настају под утицајем информационо-комуникационих технологија (ИКТ). Ово пре свега због потребе да се положај лица која обављају рад у новим формама рада, уреди у циљу обезбеђивања заштите онима од њих којима је, због економске зависности и стварног рада под влашћу послодавца, ова заштита неопходна.

Поред појединих савремених начина организације рада, који несумњиво представљају рад у оквиру радног односа, развој ИКТ довео је до настанка нових форми рада које су, барем на први поглед, остале изван појма радног односа. Класична бинарна подела рада на подређени и независни рад, као линија разграничења између лица у радном односу и самозапослених радника, постала је замагљена појавом ових форми рада, које се, за разлику од дотадашњих, не могу једноставно (посебно не без остатка) подвести под једну од ових категорија.[1]

На овакво стање у свету рада нарочито је утицао развој дигиталних радних платформи, чији је начин пословања у последњим годинама довео до успостављања до сада непознатих форми рада. Односи који се успостављају посредством дигиталних радних платформи карактеришу се тиме да им платформе, као и њихови клијенти, одричу карактер радног односа, са чиме су и платформски радници често обавезни да се унапред сагласе. Међутим, у већини случајева овлашћења дигиталне платформе не могу бити подведена под чисто посредничку улогу, иако оне саме инсистирају на томе да њихов положај буде квалификован на овај начин,[2] што отвара питање односа платформе и платформског радника

1 Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021, 65.

2 International Labour Organization, *Decent Work in the Platform Economy*, Geneva, 2022, 25.

и, следствено, радноправног положаја ових лица. Са друге стране, рад уз помоћ дигиталних платформи, као такав, ретко је експлицитно регулисан у законским текстовима савремених држава,[3] што намеће потребу његовог сврставања под неки од постојећих правних института, а што није увек једноставан задатак. Чињеница да се, у великом броју случајева, платформа и њен клијент налазе у различитим државама у односу на платформског радника, додатно компликује већ довољно сложену правну ситуацију.

Питање на које ће ауторка у овом раду покушати да одговори јесте да ли су постојећа законска решења у српском праву довољна за адекватно уређивање радноправног положаја лица која обављају платформски рад, те да ли је потребно прибећи изменама и допунама меродавних правних прописа, како би ови облици радног ангажовања били задовољавајуће уређени у нашој држави.

У том циљу, уз помоћ нормативног метода, ауторка ће анализирати постојећа законска решења и радноправни положај платформских радника у оквиру домаћег права, док ће се уз помоћ упоредноправног метода осврнути на страну судску праксу и новија законска решења по овом питању, како би у завршном делу чланка предложила активности које сматра да је потребно предузети у Републици Србији, у циљу адекватног регулисања радноправног положаја ових лица.

II Дигиталне платформе и платформски радници

Дигиталне радне платформе могу се дефинисати као „дигиталне мреже које координирају трансакције рада на алгоритамски начин.“[4] Иако је појам дигиталне платформе шири од појма дигиталне радне платформе, за потребе овог текста, појам „дигитална платформа“ користићемо за означавање дигиталних радних платформи. Ове платформе олакшавају повезивање понуде рада и потражње за радом уз помоћ аутоматизованих механизама на којима су засноване.[5] Све већа заступљеност дигиталних платформи последица је предности које нуде субјектима који уз њихову помоћ учествују на тржишту рада.[6]

3 Дарко Божичић, „Радноправни статус платформских радника из угла судске праксе“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2022, 124.

4 Annarosa Pesole, Maria Cesira Urzì Brancati, Enrique Fernandez Macias, Federico Biagi, Ignacio Gonzalez Vazquez, *Platform Workers in Europe*, Luxembourg, 2018, 7.

5 Eurofound, *New Forms of Employment*, Luxembourg, 2015, 7.

6 Више вид. Richard Heeks, *Decent Work and the Digital Gig Economy: A Developing Country Perspective on Employment Impacts and Standards in Online Outsourcing, Crowdwork, etc.*, Manchester, 2017, 5.

Међу ауторима постоји више класификација дигиталних платформи, које су засноване на различитим критеријумима разликовања. За потребе овог рада, ослонићемо се на класификацију изнету у публикацији Међународне организације рада из 2021. године.[7] По овом извору, прву категорију дигиталних платформи чине оне путем којих се радни задаци могу обављати без обзира на то где се налазе наручилац посла и радник (енгл. *online web-based platforms*). Путем њих, клијенти „наручују" рад, који се може састојати у извршавању задатака, попут превођења текстова на други језик, дигиталног дизајна, али и краткорочних задатака, попут транскрипције видео записа или означавања фотографија. Путем ових платформи, задаци се нуде неодређеном броју људи (енгл. *crowdwork*),[8] а обављају се *online*. Другу категорију, према овој подели, чине дигиталне платформе путем којих се лице ангажује за обављање задатака на тачно одређеном подручју или месту (енгл. *location-based platforms*),[9] попут такси услуга, услуга доставе хране и слично.[10] Овакав рад се, за разлику од претходног модела, обавља *offline*, при чему дигитална платформа организује обављање рада.[11]

Читаву област рада посредством дигиталних платформи, карактерише велика терминолошка неуједначеност, која се огледа у постојању различитих дефиниција истих појмова које се међусобно преплићу, а од којих ни једна није општеприхваћена. У том смислу, сматрамо да је на овом месту корисно учинити пар терминолошких напомена везаних за изразе коришћене у овом раду. Пре свега, у теорији не постоји консензус поводом значења појма „платформски радник".[12] За потребе овог чланка, под наведеним изразом сматраће се свако физичко лице које обавља рад или пружа услугу, са вишим или нижим степеном самосталности, уз помоћ дигиталне платформе.[13] Израз „платформски рад" биће

7 International Labour Organzation, *World Employment and Social Outlook 2021: The Role of Digital Labour Platforms in Transforming the World of Work*, Geneva, 2021, 18.

8 International Labour Organization, *Digital Labour Platforms and the Future of Work: Towards Decent Work in the Online World*, Geneva, 2018, 15.

9 Florian Schmidt, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Bonn, 2017, 18.

10 International Labour Organzation (2021), 18.

11 Mariya Aleksynska, *Digital Work in Eastern Europe: Overview of Trends, Outcomes and Policy Responses, ILO working paper 32*, Geneva, 2021, 7.

12 International Labour Organization, *Reference Document for the Meeting of Experts on Decent Work in the Platform Economy*, Geneva, 2022, 17.

13 Резолуција Европског парламента о праведним условима рада, правима и социјалној заштити платформских радника – нови облици запошљавања повезани са дигиталним развојем, 2021, (*European Parliament Resolution of 16 September 2021 on Fair Working Conditions, Rights and Social Protection for Platform Workers – New Forms of Employment Linked to Digital Development*), тач. А преамбуле.

коришћен у складу са дефиницијом Европског парламента по којој овај појам подразумева „рад који се обавља и услуга која се пружа од стране платформског радника, на захтев и за накнаду, без обзира на његов/њен радноправни статус, врсту дигиталне радне платформе, или ниво захтеваних способности“.[14] Појам „радник“ ће у овом чланку бити коришћен као генерички појам за означавање свих лица која обављају рад или пружају услуге, без обзира на правни основ њиховог ангажовања.

Како је већ речено, дигиталне платформе успостављају нове форме рада[15] чију је правну природу, због специфичних обележја односа који их сачињавају, тешко утврдити на основу постојећих законских решења. Иако ове форме рада имају своје предности, оне платформским радницима, заправо, онемогућавају остваривање радних и социјалних права,[16] будући да је њихов правни положај неуређен, а да постојећа решења нису адекватна да обухвате његове специфичности. Ове нове форме рада карактеришу се триангуларним односом између клијента, дигиталне платформе и платформског радника, услед чега имају „хибридне карактеристике“,[17] тј. поседују елементе више правних односа, због чега их је тешко подвести под постојећа правна решења. Према неким мишљењима, ове форме рада управо се и стварају како би се њиховим представљањем као новим занимањима и процесима рада који се не могу сврстати у постојеће односе, створило погодно тло за „прекаризацију положаја радника и мимоилажење концепта класичног радног односа између радника и послодавца“.[18]

Иако није немогуће да се, уз помоћ посредовања дигиталне платформе, заснује радни однос у традиционалном смислу речи, реалност показује да је ово изузетак, те ћемо у овом чланку посматрати само платформски рад који се обавља у тзв. атипичним облицима рада.[19]

Овако представљени, платформски радници се појављују у две категорије ангажовања, тј. раде или као регистровани предузетници, или као хонорарни радници,[20] на основу неког уговора различитог од

14 *Ibid.*, тач. Ц преамбуле.

15 Предлог Директиве ЕУ о унапређењу услова рада путем платформи из 2021. године (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work*; даље у фуснотама: Предлог Директиве ЕУ из 2021.), меморандум објашњења уз предлог, 2.

16 *Ibid.*

17 Д. Божичић, 122.

18 Марио Рељановић, Јована Мисаиловић, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Страни правни живот*, бр. 3/2021, 408.

19 *Ibid.*, 418.

20 Љ. Ковачевић, 107.

уговора о раду (или чак и без закључивања било ког уговора). Потоња група радника ће, притом, у овом раду бити означена изразом „фриленсери“ (енг. *freelancers*). Овај израз потекао је из енглеског језика, у ком облику се задржао у употреби и у нашој држави, док општеприхваћени превод на наш језик не постоји.

Република Србија се, према многим истраживањима, сматра једном од држава са највећим бројем платформских радника по глави становника,[21] што је свакако један од разлога због којих је потребно приступити испитивању адекватности начина на који је радноправни положај ових лица уређен у нашој држави.

III Радноправни положај платформских радника у Републици Србији

1. „Лажни самозапослени“

Када је у питању обављање платформског рада посредством „*location-based*“ дигиталних платформи, у највећем броју случајева платформе условљавају сарадњу са платформским радником претходним регистровањем предузетничке радње од стране радника, те закључивањем уговора о пословној сарадњи, чиме се у правном промету „појављују два послодавца, а не послодавац и радник“.[22] Под појмом предузетника, у домаћем Закону о привредним друштвима, сматра се „пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији.“[23] Будући да се не сматрају запосленима, ова лица не остварују радноправну заштиту нити уживају минимална права која се гарантују запосленима, попут права на минималну зараду, годишњи одмор, ограничено радно време и друга.

Условљавање сарадње регистрацијом предузетничке радње доводи до тзв. „лажног самозапошљавања“,[24] што заправо представља ситуацију у којој се радници фактички налазе у положају запосленог, али су „формално ангажовани као самозапослена лица“.[25]

21 Наведено према: Бранка Анђелковић, Јелена Шапић, Милица Скочајић, *Гиг економија у Србији: ко су дигитални радници и раднице из Србије и зашто раде на глобалним платформама?*, Београд, 2019, доступно на адреси: *https://publicpolicy.rs/publikacije/b7772ff6bcdb10f723f1b94dfceff2757bdb19b6.pdf*, 7. 2. 2022, 3.

22 М. Рељановић, Ј. Мисаиловић, 418.

23 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 4/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 83.

24 Бојан Урдаревић, „Нека отворена питања у погледу радноправног статуса фриленсера“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2022, 54.

25 Љ. Ковачевић, 70.

Могућности овакве злоупотребе препознате су у упоредном праву, услед чега су уведена решења у циљу њиховог искорењивања, попут тзв. теста самосталности. По узору на упоредноправна решења, овај правни инструмент предвиђен је и у домаћем праву, али је његова примена ограничена на област пореског права.[26] Резултати примене овог инструмента, наиме, не утичу на радноправни положај посматраног лица, како је то случај у страним правним системима.

2. Фриленсери

Када су у питању повремени, неконтинуирани задаци, који се обављају посредством „*online web-based*" платформи, најчешће се поводом њиховог обављања закључује неки од облигационоправних уговора, или се, чак, рад обавља без закључивања било каквог уговора.

Уколико се поводом платформског рада закључује неки од уговора различитих од уговора о раду, од врсте уговора зависиће правна квалификација уговорних страна. У великом броју случајева, ипак, назив закљученог уговора не одговара фактичким односима који се успостављају поводом платформског рада. Међутим, домаћи Закон о раду не даје одговор на питање шта ће се десити са радноправним положајем (платформског) радника уколико се ради о симулованом правном послу,[27] те док ово питање не буде регулисано, остаје на судским органима да на ово питање одговоре у сваком конкретном случају.

Уколико поводом платформског рада није закључен уговор, платформски радници – фриленсери, остају практично „невидљиви" за наш правни систем.[28] Ова лица, без допунских критеријума (који тренутно не постоје у нашем праву), није, наиме, могуће подвести ни под појам запосленог, ни под појам самозапосленог лица.

Закон о раду под појмом „запослени" подразумева лица која се налазе у радном односу, а што подразумева претходно закључење уговора о раду, док успостављене правне фикције постојања радног односа, нису адекватне да обухвате платформски рад имајући у виду његове специфичности.[29] Са друге стране, према цитираној законској дефиницији предузетника, јасно је да фриленсери не испуњавају прописане услове како би били подведени под ову категорију. Из наведеног

26 Више о овоме вид. *Ibid*., 66–67.

27 Љ. Ковачевић, 80.

28 Марија Драгићевић, „Проблеми квалификације и радноправне заштите 'дигиталних радника'", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 90/2021, 157.

29 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 4/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлуке УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, чл. 32 и 37.

се може закључити да домаћи законодавац до сада није посветио пажњу уређењу радноправног положаја фриленсера[30] (као ни уопштено платформских радника).

Иако су, према домаћим законима, фриленсери у обавези да на остварене приходе плаћају припадајуће порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање, комбинација непознавања (недовољно јасно дефинисаних) обавеза и инертност пореских органа, довела је до тога да је овакво поступање представљало изузетак. Из тог разлога је најава активности пореске управе, усмерене ка контроли претходно остварених прихода фриленсера, до које је дошло крајем 2020. године, изазвала праву буру у јавности. До епилога је дошло усвајањем Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, којим су предвиђена посебна правила опорезивања прихода остварених у периоду од 1. јануара 2015. године, закључно са 31. децембром 2022. године, како би се настали проблем превазишао. Поред тога, измењене су и законске одредбе које се односе на будуће опорезивање фриленсера, највише имајући у виду нормиране трошкове који ће се признавати овој категорији лица. О адекватности ових решења се на овом месту нећемо изјашњавати, али је битно указати на то да наведени догађаји нису довели до преиспитивања радноправног положаја фриленсера у нашој држави, нити су довели до нових законодавних решења која би помогла при њиховој правној квалификацији. Од стране државних органа у више наврата је најављивано усвајање новог Закона (о флексибилним облицима рада), који би регулисао ова питања,[31] али до данашњег дана није дошло до конкретних активности по овом питању.

3. Оцена стања

Како се може видети, радноправни положај платформских радника у Републици Србији зависи првенствено од правне квалификације датог односа, а коју диктирају саме дигиталне платформе. У нашем праву нису успостављени додатни критеријуми за другачију правну квалификацију ових односа, без обзира на њихове специфичности, нити је уведена посебна радноправна категорија која би препознала правни положај платформских радника. Укратко, може се рећи да форма односа има предност над његовом суштином. Међутим, намеће се питање да ли је овако формалистичко посматрање радноправног положаја платформских радника оправдано. Наиме, дигиталне платформе радници-

30 Б. Урдаревић, 54.

31 Нова економија, Фриленсери поново апелују да се њихов статус уреди, доступно на адреси: *https://novaekonomija.rs/vesti-iz-zemlje/frilenseri-ponovo-apeluju-da-se-njihov-status-uredi*, 3. 2. 2023.

ма намећу велика ограничења у погледу њихове аутономије на раду. Та ограничења нису у складу са формалном квалификацијом ових лица као самосталних уговарача,[32] будући да платформе према радницима врше надзорна и дисциплинска овлашћења која су карактеристична за послодавце у стандардном радном односу.

Слобода радника да сам бира да ли ће или неће обављати платформски рад, која се промовише као једна од његових највећих предности, често заправо и није присутна. Разлог је тај што платформе садрже алгоритме који „рангирају" раднике према разним критеријумима, попут оних колико често је радник одбијао или прихватао задатке, како је оцењен од стране клијената и сличних.[33] Имајући у виду слабу плаћеност рада и чињеницу да одговарајући задаци не наилазе често, радници заправо немају слободу одбијања ангажмана, или ако је и имају, она је крајње ограничена. Овакво функционисање заправо „прикрива постојање субординације и контроле коју дигиталне платформе имају над лицима која посредством њих обављају рад."[34]

Овај проблем је најизраженији код *location-based* дигиталних платформи, које често успостављају правила о начину обављања рада, понашања, па чак и одевања, којих су платформски радници дужни да се придржавају. Непридржавање ових правила утиче на оцену радника коју генерише алгоритам, што надаље одређује обим додељеног посла, висину накнаде, а за крајњу последицу може имати и искључивање радника са платформе.[35]

Како неки аутори запажају „ови нови 'самостални предузетници' и 'фриленсери' веома су различити од оних из прошлости који су имали моћ преговарања о високим накнадама и могућност контролисања властитих услова рада".[36] Тако, истраживања показују да платформски радници неретко остварују ниска примања, немају сигурност рада, а безбедни услови рада им нису гарантовани.[37] Због ових околности, ова лица су приморана да раде више од прописаног максималног радног времена, без одговарајућег одмора и правичне накнаде, а све ово дозвољено је постојећим прописима у нашој држави.

32 International Labour Organization (2018), 104.

33 International Labour Organzation (2021), 20.

34 Предлог Директиве ЕУ из 2021, текст Образложења уз Предлог, 2.

35 Сања Стојковић Златановић, „Радноправне импликације IV индустријске револуције и дигитализације рада – изазови нормирања и перспективе развоја", *Право и привреда*, бр. 1/2021, 9.

36 М. Драгићевић, 153.

37 Jamie Woodcock, Mark Graham, *The Gig economy: A critical introduction*, Cambridge, 2020, 6.

Важно је ипак указати на то да наша држава није изузетак у овом погледу. Наиме, у већини правних система радноправни положај платформских радника још увек није уређен на адекватан начин, услед чега је овом питању посвећена значајна пажња на међународном плану. У наставку рада ћемо сумарно приказати нека од понуђених решења, за које сматрамо да могу бити примењива у нашој држави.

IV Могући приступи уређењу радноправног положаја платформских радника

Први приступ отвореном проблему правне квалификације платформског рада и питању уређења радноправног положаја платформских радника, јесте ослањање на превасходство стварну у односу на декларативно изражену вољу уговорних страна.[38] Овај приступ подразумева да се, приликом одлучивања о постојању радног односа, посматрају чињенице, а не назив правног односа које су определиле саме стране у том односу. Наведени приступ је потврђен на нивоу Међународне организације рада, као начело чињеничног првенства (енг. *principle of primacy of fact)*. Применом овог начела, радници који се фактички налазе у радном односу, остварују права која им као таквима припадају, упркос другачијем означењу правног односа од стране послодавца. Ово начело потврђено је у законодавствима одређених држава, док у другима судови заснивају своје поступање на његовим правилима.[39]

Други приступ овом проблему јесте проширење дефиниције запосленог,[40] тако да овај појам обухвати и платформске раднике (што према тренутним дефиницијама није могуће, с обзиром на специфичности односа који се успостављају поводом платформског рада). Сличан наведеном, јесте приступ према коме се, поред појма запосленог, уводи и појам „радника", који обухвата ширу категорију лица, којима се гарантује одређени минимум радних и социјалних права, а под који је могуће подвести и платформске раднике. Тако, Суд правде ЕУ је кроз своју праксу утврдио критеријуме за утврђивање статуса радника, а Директива ЕУ о транспарентним и предвидим условима рада у ЕУ из 2019. године, примењује се на сва лица која испуњавају наведене

38 Љубинка Ковачевић, „Персонално подручје примене радног законодавства – (не)поузданост критеријума за квалификацију субјеката радноправне заштите", *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 3/2015, 511.

39 *Ibid*., 511.

40 Martin Risak, *Fair Working Conditions for Platform Workers: Possible Regulatory Approaches at the EU Level*, Berlin, 2018, 10.

критеријуме.[41] Ови критеријуми омогућавају да се права предвиђена Директивом примењују на сва лица која могу бити квалификована као радници према критеријума успостављеним пред Европским судом правде, што њену персоналну примену проширује и на платформске раднике, све докле испуњавају поменуте услове за такву квалификацију.[42]

Наредно могуће решење јесте оно према коме би се унутрашњим прописима издвојила посебна „међукатегорија" радника која би се налазила између запослених и самозапослених лица,[43] а под коју би било могуће подвести платформске раднике. Ово решење већ је присутно у одређеном броју држава. На пример, у немачком праву уведена је категорија такозваних „лица сличних запосленима", док је на нивоу Европске уније ова категорија означена појмом „економски зависних радника".[44] Ради се о оним самозапосленим лицима који „остварују претежна средства за издржавање на основу рада за једног наручиоца посла".[45] Имајући у виду овако специфичан положај ових лица, који указује на рањивост и потребу за одређеним нивоом радноправне заштите, у правним системима одређених држава препозната је ова категорија радника (на пример, у Словенији, Шпанији, Немачкој), на основу чега им се гарантују одређена радна права, чији обим зависи од конкретног законског решења.

На крају, имајући у виду да се поводом платформског рада успостављају односи између три субјекта, изнети су и ставови према којима би ови односи могли бити регулисани на начин сличан агенцијском запошљавању, при чему би дигитална платформа била посматрана као агенција за привремено запошљавање са обавезом да са платформским радником закључи уговор о раду, док би радник био „уступљен" кориснику за време обављања рада или пружања услуга.[46] С обзиром на специфичности дигиталних платформи и односа који се поводом платформског рада успостављају, није потпуно јасно да ли се овакво схватање може одбранити – чињеница да се често ради о врло кратким задацима,

41 Директива ЕУ о транспарентним и предвидим условима рада у ЕУ (*Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union*, *OJ* L 186, 11. 7. 2019), чл. 1 ст. 2 и тач. 8 Преамбуле.

42 Љубинка Ковачевић, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2020, 1347.

43 M. Risak, 10.

44 Љ. Ковачевић (2021), 84.

45 Љ. Ковачевић (2015), 506.

46 Љ. Ковачевић (2021), 113; M. Risak, 10.

недостатак управљачких овлашћења клијента платформе и друге специфичности, доводе у питање основаност оваквих предлога.[47]

V Закључна разматрања

Како је у овом чланку приказано, платформски рад, као нова форма рада која је настала са развојем дигиталних платформи, није на одговарајући начин регулисана у домаћем радном законодавству. Услед тога, радноправни положај платформских радника у нашој земљи је недефинисан и самим тим несигуран. Овакво стање је очекивано, будући да се ради о релативно новој форми рада, која подразумева успостављање комплексних правних односа, услед чега захтева пажљив приступ како на унутрашњем, тако и на међународном плану. Иако је у већини држава, као и од стране међународних организација, овом питању посвећена значајна пажња, до нових законодавних решења, барем оних која би била општеприхваћена, још увек није дошло, те овакво стање у нашој држави није изузетак.

Имајући у виду да је пут до увођења нових законских решења дуг, у овом тренутку је уређење радноправног положаја платформских радника у рукама судија, који о овом питању одлучују у зависности од околности сваког појединачног случаја. Јасно је да је овакво стање неодрживо на дуге стазе, те да оно не може бити виђено као коначно решење проблема. Ово тим пре што је судска пракса разнолика, те како аутори примећују: „разноликост приступа националних судова, као и чињеница да у многим државама судска пракса још не постоји, доприноси правној несигурности, како за платформске раднике, тако и за дигиталне платформе.“[48]

Наведене примедбе нарочито стоје у погледу наше државе, где ослањање на судску праксу не може бити виђено као адекватно решење из више разлога. Пре свега, домаћи законодавац прибегао је уском дефинисању релевантних појмова, попут „запосленог“ и „послодавца“, те се оправдано поставља питање да ли је могуће да судови, екстензивним тумачењем одредби Закона о раду, уопште дођу до фер решења у питањима која се тичу радноправног положаја платформских радника. Поред тога, будући да у нашој држави судска пракса не представља извор права, оправдано се може претпоставити да ће одлуке судова бити неуједначене и уносити додатну правну несигурност, будући да ће зависити не само од конкретних околности, него и од слободног судијског уверења у сваком конкретном случају.

47 M. Risak, 9.

48 Iva Bjelinski Radić, „Kritička promišljanja o prijedlogu direktive o poboljšanju radnih uvjeta platformskih radnika“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6/2022, 1473.

Како је у чланку објашњено, од правне квалификације односа који се успостављају поводом платформског рада, зависи радноправни положај платформских радника. Погрешна квалификација ових односа омогућава експлоатацију платформских радника, којима се ускраћују радна и социјална права, док се послодавци фактички ослобађају законских обавеза које би у супротном имали према радницима и држави.

Имајући у виду све напред наведено, јасно је да је у нашој држави неопходна активност законодавца који би регулисао питање правне природе односа који се успостављају поводом платформског рада, те, следствено томе, и радноправни положај платформских радника. Неки од приступа решавању овог проблема, изнети у правној теорији или примењени у упоредном праву, који су представљени у овом чланку, могу послужити као добра полазна основа за ову активност.

Према мишљењу ауторке, радно право већ у себи садржи инструменте за обављање овог задатка, уз неминовну потребу њиховог „модернизовања“ и прилагођавања новим околностима. Развој технологије и нових форми рада не значи, како неки аутори износе, да се треба одрећи традиционалних института радног права, већ је потребно постојеће институте унапредити тако да обухвате околности које у прошлости нису могле бити предвиђене. Овај приступ присутан је у свакој грани права, будући да је само право динамична појава која се неминовно мења и развија са променом света који нас окружује, а што не умањује његову важност него је, утолико пре, повећава.

Коришћена литература

Aleksynska Mariya, *Digital Work in Eastern Europe: Overview of Trends, Outcomes and Policy Responses, ILO working paper 32*, Geneva, 2021.

Анђелковић Бранка, Шапић Јелена, Скочајић Милица, *Гиг економија у Србији: ко су дигитални радници и раднице из Србије и зашто раде на глобалним платформама?*, Београд, 2019. (Anđelković Branka, Šapić Jelena, Skočajić Milica, *Gig ekonomija u Srbiji: ko su digitalni radnici i radnice iz Srbije i zašto rade na globalnim platformama*?, Beograd, 2019)

Bjelinski Radić Iva, „Kritička promišljanja o prijedlogu direktive o poboljšanju radnih uvjeta platformskih radnika“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 6/2022.

Божичић Дарко, „Радноправни статус платформских радника из угла судске праксе“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2022. (Božičić Darko, „Radnopravni status platformskih radnika iz ugla sudske prakse“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2022)

Драгићевић Марија, „Проблеми квалификације и радноправне заштите ‘дигиталних радника’“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 90/2021. (Dragićević Marija, „Problemi kvalifikacije i radnopravne zaštite ‘digitalnih radnika’“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 90/2021)

Ковачевић Љубинка, *Заснивање радног односа*, Београд, 2021. (Kovačević Ljubinka, *Zasnivanje radnog odnosa*, Beograd, 2021)

Ковачевић Љубинка, „Персонално подручје примене радног законодавства – (не)поузданост критеријума за квалификацију субјеката радноправне заштите“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 3/2015. (Kovačević Ljubinka, „Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne)pouzdanost kriterijuma za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 3/2015)

Ковачевић Љубинка, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2020 (Kovačević Ljubinka, „Predvidivost uslova rada kao pretpostavka delotvornog ostvarivanja radnih prava: osvrt na Direktivu (EU) 2019/1152“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2020)

Лубарда Бранко, Р*адно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2020. (Lubarda Branko, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Beograd, 2020)

Pesole Annarosa, Cesira Urzì Brancati Maria, Fernandez Macias Enrique, Biagi Federico, Gonzalez Vazquez Ignacio, *Platform Workers in Europe*, Luxembourg, 2018.

Рељановић Марио, Мисаиловић Јована, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља“, *Страни правни живот*, бр. 3/2021 (Reljanović Mario, Misailović Jovana, „Radnopravni položaj digitalnih radnika – iskustva evropskih zemalja“, *Strani pravni život*, br. 3/2021)

Risak Martin, *Fair Working Conditions for Platform Workers: Possible Regulatory Approaches at the EU Level*, Berlin, 2018.

Schmidt Florian, *Digital Labour Markets in the Platform Economy: Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work*, Bonn, 2017.

Стојковић Златановић Сања, „Радноправне импликације IV индустријске револуције и дигитализације рада – изазови нормирања и перспективе развоја“, *Право и привреда*, бр. 1/2021. (Stojković Zlatanović Sanja, „Radnopravne implikacije IV industrijske revolucije i digitalizacije rada – izazovi normiranja i perspektive razvoja“, *Pravo i privreda*, br. 1/2021)

Урдаревић Бојан, „Нека отворена питања у погледу радноправног статуса фриленсера“, *Радно и социјално право*, бр. 2/2022. (Urdarević Bojan, „Neka otvorena pitanja u pogledu radnopravnog statusa frilensera“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2022.)

Heeks Richard, *Decent Work and the Digital Gig Economy: A Developing Country Perspective on Employment Impacts and Standards in Online Outsourcing, Crowdwork, etc.*, Manchester, 2017.

Woodcock Jamie, Graham Mark, *The Gig economy: A Critical Introduction*, Cambridge, 2020.

***Andrijana* RISTIĆ, LL.M.**
PhD student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LABOUR LAW STATUS OF PLATFORM WORKERS – ANALYSIS AND LEGAL PERSPECTIVES

Summary

With the development of digital labour platforms, new forms of work were established. Determining their legal nature, due to the specificity of the relationships that they constitute of, is not an easy task. This situation has led to legal uncertainty regarding the labour law position of platform workers, which has opened opportunities for abuse of their rights, especially in the form of denial of basic labour and social rights they should be entitled to. In the article, we will try to determine the labour law position of platform workers in the Republic of Serbia, and whether it is necessary to change the existing legislation in order to adequately regulate this issue. To this end, law, and by-law solutions in force in our country will be analysed and critically reviewed, while some of the solutions present in foreign legal systems, as well as concepts affirmed in literature, will be illuminated by applying the comparative method. In the final part of the article, the general direction of changes related to regulating the labour law position of platform workers will be offered.

Key words: *Platform Work. – Platform Workers. – Freelancers. – Bogus Self-Employment.*

Датум пријема рада: 3. 3. 2023.
Датум прихватања рада: 20. 4. 2023.

УДК: 336.777
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23217A

Милена* МОМЧИЛОВ
истраживач-приправник Института за упоредно право у Београду, докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ПРЕКИД НИЗА ИНДОСАМЕНАТА КАО РАЗЛОГ НИШТАВОСТИ ПРЕНОСА МЕНИЦЕ – ПРИМЕР „СКРИВЕНОГ АВАЛА“

Сажетак

У раду који следи аутор настоји да прикаже анализу непрекинутог низа индосамената у контексту увођења жираната у меничноправне односе. Приликом индосирања менице ради увођења жираната у менични однос чине се одређене омашке које би за последицу требало да имају ништавост индосамената. Разлог ништавости требало би да се огледа у прекиду низа индосамената. Судови, ипак, често признају пуноважност таквим индосаментима.

Уочивши описане омашке, аутор има за циљ да укаже на потребу да такве индосаменте ипак треба сматрати ништавим, те да, у крајњој линији, да свој допринос да се убудуће постојеће омашке не чине, а да судска пракса заузме јединствен став у правцу оглашавања таквих индосамената ништавим.

Стоји се у првом делу рада, након основних напомена о индосаменту, износи анализа непрекинутог низа индосамената као услова

* Електронска адреса аутора: *m.momcilov@iup.rs.* ORCID: 0000–003–0707–9711

пуноважности преноса. У другом делу рада приказују се технике увођења жираната у меницу, указује се на постојеће практичне омашке, а све ради њиховог превазилажења pro futuro.

Кључне речи: *Индосамент. – Непрекинути низ индосамената. – Меница. – Жирант. – Авал.*

I Општи поглед

Једну од важнијих карактеристика менице представља њена подобност да циркулише у правном промету, те да се преноси са једног субјекта на другог.[1] Као хартија од вредности по наредби,[2] у пословној пракси се меница најчешће преноси употребом индосамента.[3] Да би пренос путем индосамента могао бити пуноважан, те да би могао довести до промене законитог имаоца, потребно је да се испуне одређене претпоставке.

У пракси се често дешава да меница више пута промени свог законитог имаоца. Уколико се сваки од тих преноса врши путем индосамента, може се говорити о вишеструком индосирању менице. Тада се на полеђини, или на алонжу менице може уочити читав низ наредби о преносу (индосамената). У том контексту ваља указати на то да се један од услова пуноважности преноса састоји у потреби постојања непрекинутог низа индосамената.

Један од практичних примера правне неваљаности индосирања менице услед прекида у низу индосамената видљив је у банкарској пословној пракси у контексту закључења уговора о кредиту. Наиме, ради обезбеђења потраживања повраћаја кредита, банке неретко

1 Милан Бартош, Зоран Антонијевић, Влада Јовановић, *Менично и чековно право*, Београд, 1953, 83.

2 За разлику од српског меничног законодавства у којем меница представља хартију по наредби (*to order*), у британском праву се меница може јавити и као хартија на доносиоца (*to bearer*). Сходно томе, меница се у британском праву може преносити индосаментом или простом предајом. Вид. Британски закон о меници из 1882. године (*Bills of Exchange Act of UK*), чл. 31 ст. 2 и 3; Leonard S. Sealy, Richard J. A. Hooley, *Commercial Law*, *Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, 2008, 537–544: Ronald Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey, *Business Law*: *Ucc Comprehensive Volume*, Nashville, 1987, 530–531; Исто решење садржано је и у канадском праву. Вид Канадски закон о меници из 1985. године (*Bills of Exchange Act of Canada*), чл. 59 ст. 2 и 3.

3 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право,* Београд, 2020, 584. Roger LeRoy Miller, Frank B. Cross, *Business Law – Alternate Edition: Text and Summarized Cases 1*, Boston, 2013, 441.

захтевају од својих клијената (корисника кредита) да им издају меницу. Међутим, банке се врло често на томе не заустављају, већ траже додатно обезбеђење. Поред класичног обезбеђења меничног потраживања путем авалирања менице,[4] меничноправни субјекти често прибегавају увођењу ванменичних јемаца у меничноправни однос. Разне су технике којима се том приликом служе, а о којима ће у раду бити речи.

Јемци који банкама гарантују реализацију потраживања према клијентима у пословној пракси називају се жирантима.[5] Стога ће се превасходно, приликом описивања поменутих техника, уместо грађанскоправног термина јемац, најчешће употребљавати термин жирант.

У банкарској пословној пракси се може уочити да субјекти, у покушају увођења жираната у меничноправни однос, чине одређене пропусте. Последица учињених пропуста огледа се у прекиду низа индосамената који би по правилу, како је већ поменуто, требало да води непуноважности преноса. Непризнавање пуноважности тако сачињеним индосаментима је, чини се, једини исправни став који би судови по овом питању требало да заузму. Ипак, судска пракса је по поменутом питању неуједначена,[6] те у бројним случајевима признаје пуноважност преноса менице иако је, суштински гледано, дошло до прекида у низу индосамената.

С обзиром на поменуте пропусте пословних субјеката, као и често неприхватљиве ставове судске праксе, рад има за циљ да укаже на

4 Conceptos Juridiscos, Aval, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Deudas, доступно на адреси: *https://www.conceptosjuridicos.com/aval/*, 15. 3. 2023; „Авал се у меничним односима не користи често.“ Ивица Јанковец, *Привредно право*, четврто издање, Београд, 1999, 700.

5 У старијој литератури, појмом „жирант“ означавају се преносиоци менице – индосанти. Са друге стране, индосатари се још називају и жиратарима. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 84. У овом раду ће се, међутим, о жирантима говорити као о ванменичним јемцима банака који се предузимањем одређених радњи уводе у меничноправни однос.

6 У неким ситуацијама судови не признају пуноважност тако извршеним преносима: „Ревизијски суд прихвата изражено правно становиште привредних судова ... да нема непрекинутог низа индосамената, па да тако тужилац није ни стекао статус законитог имаоца менице према одредби члана 15 Закона о меници.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев 23/1998 од 28. 11. 1999; „Формално је легитиман онај тко држи мјеницу у својим рукама и може се исказати непрекинутим низом индосамената (законити иматељ мјенице). То значи да први индосант мора бити ремитент (први вјеровник у мјеници) а индосант у сваком даљњем индосаменту мора бит индосатар у пријашњем индосаменту, и тако редом док се не дође до држатеља мјенице...“. Пресуда жупањског суда у Вараждину, Гж 937/06–2 од 28. 11. 2006. Ипак, бројне су ситуације у којима судови тако извршене преносе сматрају пуноважним, а о чему ће касније бити речи.

потребу непризнавања пуноважности преноса менице у случају да је, приликом увођења жираната у меницу, дошло до прекида у низу индосамената. Стога ће се у првом делу рада, након пар општих напомена о појму индосамента, те условима за његову пуноважност, посебна пажња посветити указивању на потребу непрекинутог низа индосамената. Други део рада биће посвећен питању увођења жираната у меницу. Посебан акценат у раду ставиће се на практичне проблеме прекида у низу индосамената као разлога правне неваљаности укључивања жираната у меничне односе.

II Индосирање менице

1. Појам индосамента и разлози индосирања менице

Меница, као облигационоправна хартија од вредности,[7] инкорпорише новчано потраживање законитог имаоца менице.[8] Законити ималац менице истовремено је власник меничне исправе те менични поверилац, односно ималац новчаног потраживања садржаног у меничној исправи. Као исправа намењена правном промету, меница је преносива хартија од вредности, те је самим тим преносиво и потраживање које је у њој садржано.[9] Као хартија од вредности по наредби, меница се најчешће преноси путем индосамента.[10] Индосамент представља

7 О подели хартија од вредности с обзиром на врсту инкорпорисаног права, вид. Мирјана Радовић, „Традиционо својство тзв. стварноправних хартија од вредности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011, 296–298.

8 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2018, 459.

9 „El pagaré es un título de crédito y como tal puede circular, esto es, puede transmitirse el documento y los derechos que ampara. El pagaré puede transmitirse a través del endoso y mediante la entrega del documento. También puede transmitirse por cesión o por cualquier otro medio legal.“ Justia México, Preguntas y Respuestas Sobre Pagaré, доступно на адреси: *https://mexico.justia.com/derecho-mercantil/pagare/preguntas-y-respuestas-sobre-pagare/#q16*, 15. 3. 2023.

10 Индосамент подразумева својинскоправни пренос менице као хартије од вредности услед којег, дејством начела инкорпорације, долази и до преноса потраживања садржаног у меници. Поред индосамента, менично потраживање може се пренети и цесијом. Међутим, разлику од индосамента, цесија подразумева искључиво пренос меничног потраживања, не и пренос права својине на меничној исправи. Цедирање потраживања констатује се у самој меници тако што се у њу уписује клаузула о цесији, а физичка предаја менице цесионару подразумева само нужну радњу која прати претходно извршену цесију. Вид. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 242; Закон о меници, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/46, *Службени лист СФРЈ*, бр. 16/65, 54/70 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 10 ст. 2; У

наредбу законитог имаоца менице којом он меницу преноси на друго лице.[11] У контексту преноса менице путем индосамента јављају се два субјекта. Са једне стране налази се индосант – законити ималац менице који преноси меницу на друго лице. Са друге стране је, пак, индосатар – стицалац менице и њен нови законити ималац.[12] Преносом менице индосант губи својство законитог имаоца менице, тако да њен нови законити ималац те ималац меничног потраживања постаје индосатар. Иако индосанту престаје својство имаоца и повериоца по меници, он из менице не излази, већ остаје „у игри".[13] Преносом менице, индосант из позиције повериоца прелази на другу страну те постаје дужник по

овој операциији учествују два лица. Са једне стране налази се преносилац менице – цедент, док је са друге стране њен стицалац – цесионар. Пренос потраживања путем цесије прати и пренос права својине на самој меничној исправи – дејство начела инкорпорације. Последица преноса менице цесијом огледа се у томе да стицалац меничноправног потраживања постаје нови законити ималац менице, чиме преносилац то својство губи. Преносилац менице излази из меничног односа, престаје бити њен законити ималац те ималац меничног потраживања, али не постаје ни дужник по меници. Стицалац менице (цесионар), изводи своја менична права из права свог претходника. Последица преноса менице путем цесије састоји се у томе да менични дужници против цесионара могу истицати све приговоре које су могли да истичу и према његовом правном претходнику. Legal Beage, How to Transfer Promissory Notes, доступно на адреси: *https://legalbeagle.com/7407983-transfer-promissory-notes.html*, 10. 3. 2023.

11 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 619.

12 Драгослав Вељковић, „Како се користи меница као хартија од вредности и како се врши плаћање по меници", *Зборник радова Правноī факултета у Нишу*, бр. 77/2017, 142–143.

13 Након што је пренео меницу, индосант постаје менични дужник, те одговара индосатару и свим евентуалним каснијим стицаоцима за акцепт и исплату менице. Закон о меници, чл. 14 ст. 1. Супротно правило садржано је у Закону о облигационим односима, у делу који се односи на пренос права из хартије од вредности по наредби. У погледу правног положаја преносиоца хартије од вредности, Закон о облигационим односима не прави разлику између цесије и индосамента. Тако закон предвиђа да, по извршеном преносу, ни цедент ни *индосант* не одговарају стицаоцу хартије за неиспуњење обавезе која је у њој садржана. Ипак, истим чланом прописано је да се законима који уређују посебне врсте хартија по наредби може предвидети и супротно. Вид. Закон о облигационим односима, чл. 246 ст. 3. Имајући у виду да Закон о меници представља *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима, јасно је да дилеме у погледу меродавног правила нема. Ипак, имајући у виду да индосамент представља својинскоправни пренос менице као хартије од вредности, а не пренос искључиво меничног потраживања, упитно је из ког је разлога Законом о облигационим односима стављен знак једнакости по питању одговорности цедента и индосанта за (не)исплату обавезе. Дилема је, чини се, нарочито оправдана са аспекта правила уговора о продаји о одговорности продавца за правне недостатке. Како индосант преноси на индосатара својину на меници, његов правни положај ближи је правном положају продавца него правном положају преносиоца потраживања (цедента).

меници.[14] Као менични дужник, индосант одговара свом непосредном правном следбенику (индосатару), као и евентуалним каснијим законитим имаоцима менице за акцепт и исплату менице. Основна карактеристика, а самим тим и кључна предност индосамента у односу на цесију огледа се у томе што индосатар не изводи своје право из права индосанта, већ стиче сопствено, оригинарно право у обиму који не зависи од обима права индосанта.[15] Практична последица употребе индосамента огледа су томе што дужници по меници нису у могућности да потраживање индосатара оспоравају приговорима које су могли да истичу против његовог правног претходника – индосанта.[16]

Разлози индосирања менице могу бити различити. Тако, на пример, законити ималац менице може бити мотивисан да то учини онда када жели да ступи у правни однос са другим субјектом. Тада он, уместо да исплати накнаду, на другог субјекта (сауговорника) индосира меницу, чинећи га тиме њеним новим законитим имаоцем.[17] Због начела инкорпорације, преносом менице се са преносиоца на стицаоца преноси и потраживање садржано у меници.[18] Поред тога, честе су и ситуације када законити ималац менице не жели или из неког разлога не може да чека да менично потраживање доспе, те да се на тај начин намири, већ претендује да до новца дође пре наступања доспелости. Тада ће он меницу продати другом лицу – извршиће есконт[19] менице, те купца менице учинити њеним новим законитим имаоцем.[20]

Ипак, у пракси се често догађа да разлог индосирања менице није ни један од претходно поменутих. Другим речима, индосирање менице у пракси често представља меничноправну операцију која се предузима ради остваривања одређених ефеката које меничноправни субјекти желе да постигну, без намере да индосатар заиста постане дефинитивни

14 Шпански закон о меници и чеку из 1985. године (*Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque*), чл. 18.

15 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 89.

16 Закон о меници, чл. 16 ст. 1.

17 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 618.

18 „Инкорпорисаност значи да је неко имовинско право као што је новчано потраживање уграђено у хартију од вредности. Везаност инкорпорисаног права за постојање хартије од вредности значи да је законити ималац хартије од вредности истовремени титулар права на које се оно односи.“ Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2444/2018 од 8. 5. 2019. Више о начелу инкорпорације вид. И. Јанковец, 673.

19 О есконтовању менице у пословној пракси се често говори као о средству које омогућава повећање ликвидности и конкурентности. Вид. Ideal Finance, Faktoring, доступно на адреси: *http://idealfinance.rs/eskont-menica/*, 25. 3. 2023.

20 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 618; Roy Goode, *Commercial Law*, 2nd edition, London, 1995, 533.

ималац менице, те менични поверилац. Ради се о случају увођења јемаца, односно жираната у меницу, а о чему ће у другом делу рада детаљно бити речи.

У сваком случају, без обзира на мотиве индосирања менице, да би индосамент био пуноважан потребно је да се стекну одређени услови. *A contrario*, у случају неиспуњења постављених претпоставки, сваки индосамент, без обзира на разлог због кога је унет у менично писмено, неће моћи да доведе до жељених ефеката. О пуноважности индосамента биће речи у делу који следи.

2. Услови пуноважности индосамента

Како је већ поменуто, да би пренос менице путем индосамента могао довести до промене законитог имаоца, потребно је да се испуне одређени услови. Како је за потребе овог рада нарочито важно да се укаже на потребу непрекинутог низа индосамената као услова пуноважности преноса, у раду се неће износити детаљна анализа свих услова за пуноважност индосамента. Уместо тога, на овом месту ће остали аспекти ваљаности индосамента бити начелно поменути, док ће тежиште анализе бити на непрекинутом низу индосамената као једном од услова правне ваљаности преноса.

Најпре, индосамент мора имати одговарајућу форму.[21] Форма индосамента зависи од тога да ли се у конкретном случају ради о пуном или бланко индосаменту. Пуни индосамент састоји се од изјаве воље индосанта (преносиоца) о преносу менице по наредби другог лица, означавања индосатара, те његовог својеручног потписа. Са друге стране, бланко индосамент састоји се од изјаве о преносу и потпису индосанта, или пак искључиво од потписа индосанта, којем не претходи његова изјава воље. Дакле, бланко индосамент не подразумева назначење индосатара.[22] Без обзира на разлике између пуног и бланко индосамента, сваки од њих испуњава формалне захтеве пуноважности преноса.

Друго, индосамент мора бити садржан у меничном писмену.[23] Свака изјава о преносу менице садржана у некој другој исправи, или пак усмено учињена, неће се сматрати индосаментом. Правило је да се

21 Закон о меници, чл. 12; М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 83.

22 Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 620–621; Важећи закон о меници, пак, када говори о бланко индосаменту, помиње једино индосамент који садржи искључиво потпис индосанта. Вид. Закон о меници, чл. 12 ст. 2. Суштински, оно што разликује бланко од пуног индосаметна јесте одсуство назначења индосатара. Упор. М. Васиљевић, 484–485.

23 Вид. Закон о меници, чл. 12 ст. 1; Шпански Закон о меници и чеку из 1985. године, чл. 16.

наредба о преносу (индосамент) налази на полеђини менице, или пак на њеном продужетку (такозваном алонжу).[24]

Треће, пренос путем индосамента мора бити потпун.[25] То значи да индосант не може пренети део меничног потраживања на индосатара, а део задржати за себе.[26] Овај услов представља последицу начела инкорпорације. Менично писмено инкорпорише новчано потраживање законитог имаоца менице и оно се као такво може остварити само презентацијом самог меничног писмена.[27]

Најзад, да би пренос менице путем индосамента био пуноважан, неопходно је постојање непрекинутог низа индосамената.[28] То значи да сваки индосант мора бити индосатар из претходног индосамента. Како се рад нарочито бави питањем овог услова, његова анализа биће детаљно приказана у посебном одељку.[29]

3. Непрекинути низ индосамената

а) Појам и начелне напомене

Поред услова пуноважности индосирања менице о којима је било речи у претходном одељку, да би индосамент производио правна дејства

24 Уколико се на лицу менице нађе бланко индосамент (усамљени потпис индосанта), таква менична радња неће се сматрати индосирањем, већ авалирањем менице. Наиме, како се авалирање менице по правилу врши на лицу менице, у случају сумње да ли се на лицу менице налази потпис авалисте или потпис индосанта, претпоставља се да је реч о авалу, а не о индосаменту. Правило је да авалиста, приликом преузимања меничне обавезе, изнад свог потписа назначи и хонората (лице за које даје авал). Ипак, уколико то не учини, те на лице менице искључиво стави свој потпис (бланко авал), претпоставиће се да је меницу авалирао за трасанта. Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 95–96.

25 Вид. Закон о меници, чл. 13 ст. 1; Конвенција о јединственом праву за трасиране и сопствене менице из 1930. године (*Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*), чл. 12; Шпански Закон о меници и чеку из 1985. године, чл. 15.

26 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 84.

27 Изузетак од поменутог начела инкорпорације представља случај амортизације менице. У том случају се менично потраживање може остварити без обавезе поседовања те презентације менице.

28 Закон о меници, чл. 15 ст. 1.

29 Као један од квалитета који индосамент треба да поседује, Закон о меници помиње и безусловност индосамента. Вид. Закон о меници, чл. 11 ст. 1. Исто решење садржано је и у Конвенцији УН о међународним трасираним и међународним сопственим меницама. Вид. Младен Драшкић, „Конвенција УН о међународним трасираним и сопственим меницама“, *Право и привреда*, бр. 1–2/95, 9. Ипак, правне последице уношења услова у клаузулу о индосирању не одгледају се у ништавости преноса, већ у ништавости самог услова.

те довео до преноса менице, неопходно је постојање непрекинутог низа индосамената.[30] Непрекинути низ индосамената постоји у ситуацији када је сваки индосант истовремено и индосатар из претходног индосамента.[31] У том смислу, да би први индосамент био пуноважан, потребно је да се у својству првог индосанта нађе ремитент (први законити ималац менице).[32] Уколико се меница даље преноси, неопходно је да се индосатар из првог индосамента нађе у својству преносиоца менице. Тада он, као нови индосант (други у низу), индосира меницу на треће лице – новог индосатара, чинећи га тиме новим законитим имаоцем менице. Без обзира на број преноса менице, те број индосамената у њој, правило је исто: меницу може пренети само њен законити ималац. Другим речима, за пуноважност сваког индосамента потребно је да индосанти (преносиоци) буду законити имаоци менице.

Ово правило представља конкретизацију општег правила по којем нико не може на друго лице пренети више права него што сам има (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).[33] Меница, те меничноправно потраживање не може се пуноважно пренети уколико се у својству преносиоца налази лице које у моменту преноса и само није било менични поверилац, односно законити ималац менице.

б) Прекид низа индосамената и ништавост преноса

Како је већ наглашено, за пуноважност индосирања неопходно је да се својство индосанта посматраног индосамента и својство индосатара непосредно претходног индосамента стекне у једном субјекту. Другим речима, својство индосанта резервисано је искључиво за законитог имаоца менице.[34] *A contrario*, преносилац менице не може бити

30 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 89.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*, 84.

33 Иако у меничном праву, генерално гледано, ово правило не важи, имајући у виду да индосатар не изводи своје право из права индосанта, већ стиче сопствени обим права, у овом случају ипак поменуто начело делује. *Ibid.*, 89. Наиме, пренос менице од стране неовлашћеног лица, чини се, не може да доведе до стицања меничног права од стране индосатара. Ово из разлога што се из самог меничног писмена види да је индосамент сачињен од лица које није законити ималац менице. Отуда се непосредни индосатар, ни сви евентуални накнадни стицаоци менице не би могли позивати на своју савесност, те меничну апстрактност. „...није нужно доказивати ваљаност ових индосамената, ако се њихова непуноважност не може извезсти из самог текста меничне исправе.“ *Ibid.* О апстрактности меничног посла, вид. Светислав Јанковић, „Правни (бе)значај покрића код менице и чека“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2020, 178–180; Владимир Јовановић, „Приговори код исплате менице“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1958.

34 R. Goode, 551.

менични дужник. Преносом менице преноси се потраживање које је у њој садржано, те до пуноважног преноса не може доћи уколико се у својству преносиоца налази дужник по меници. Уколико би клаузулу о индосаменту сачинио те потписао неки од меничних дужника, тако сачињени индосамент не би требало да производи правна дејства. Ова констатација је логична јер неко ко је дужник не може на друго лице пренети потраживање које дугује, те учинити га повериоцем. То може учинити само титулар права, односно поверилац конкретног потраживања.

Уношење индосамента од стране меничног дужника значило би прекид у низу индосамената. За постојање непрекинутог низа индосамената, потребно је да први у низу индосаната буде увек ремитент.[35] Ремитент је први законити ималац менице који то својство није стекао индосаментом већ назначењем на лицу менице, али који то својство губи првим индосаментом у којем фигурира као индосант. Индосатар тог (првог у низу) индосамента је нови законити ималац менице, те евентуални наредни индосамент мора бити од стране њега сачињен. Најзад „актуелни" законити ималац менице је увек индосатар последњег индосамента.

Отуда законити ималац менице своју формалну легитимацију, те својство меничног повериоца и законитог имаоца менице[36] доказује непрекинутим низом индосамената.[37] Уколико би се догодила ситуација да је у неком индосаменту у низу учињен пропуст, те да се као индосант не налази ремитент (у случају првог индосирања), односно индосатар претходног индосамента (у случају сваког накнадног преноса), настао би прекид у низу. Последица би се огледала у непуноважности индосамента у коме је иницијално дошло до грешке, као и свих индосамената који у низу долазе након њега.[38]

До прекида у низу индосамената би, на пример, могло да дође у следећој ситуацији: субјект А изда меницу, те као ремитента назначи

35 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 84.

36 О појму законитог имаоца менице, вид. Мирјана Радовић, „Законити ималац дематеријализованих хартија од вредности", *Право и привреда,* бр. 4–6 /2011, 651–652.

37 Ирена Радић, „Скривени авал (жиро)", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 83/2019, 241. М. Васиљевић, 483; „Онај ко држи меницу сматра се за њеног законитог имаоца ако своје својство докаже непрекинутим низом индосамената...". Закон о меници, чл. 15 ст. 1; „*The possessor of a bill of exchange is deemed to be the lawful holder if he establishes his title to the bill through an uninterrupted series of endorsements*...". Конвенција о јединственом праву за трасиране и сопствене менице из 1930. године, чл. 16 ст. 1; „*El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos*...". Шпански закон о меници и чеку из 1985. године, чл. 19.

38 „Правилним индосирањем менице, индосатар стиче формалну и материјалну легитимацију." М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 89.

субјекта Б. У том случају, субјект А је трасант (регресни менични дужник), док је субјект Б законити ималац менице, те менични поверилац. Једино овлашћени субјект на индосирање менице је у овом случају субјект Б. Уколико би, међутим, уместо њега, меницу покушао да индосира субјект А, тако сачињени индосамент био би ништав, јер индосант у овом случају није менични поверилац, већ регресни менични дужник. Последица ништавости таквог индосамента огледала би се у немогућности да се индосатару којег је трасант назначио призна својство законитог имаоца менице. Сваки евентуални накнадни индосамент у низу био би такође лишен правних дејстава управо из разлога јер је већ приликом првог индосирања дошло до прекида у низу индосаната. Законити ималац менице остао би ремитент (субјект Б), јер само он може да одлучи да ли ће, када и коме индосирати меницу.

До описане ситуације у пракси често долази у случају увођења жираната у меничну обавезу. О начину прављења омашке, те ставовима судске праксе по питању пуноважности индосамената биће детаљно речи касније.

III Обезбеђење меничног потраживања уз посебан осврт на увођење жираната у меницу

1. Меница као (не)довољно средство обезбеђења потраживања

У пословној пракси, менице могу служити остваривању различитих циљева. У правној теорији се обично истиче да меница пре свега вреди као начин плаћања новчаног потраживања. Поред тога, меница се може користити и као средство плаћања, као средство кредитирања.[39] Најзад, менице се у пракси често користе и као средство обезбеђења потраживања.[40]

Менице се као средство обезбеђења потраживања нарочито користе у банкарској пословној пракси, и то ради обезбеђења потраживања насталих из банкарских кредитних послова.[41] Како најчешћи банкарски кредитни посао представља уговор о кредиту, анализа која следи биће приказана кроз призму менице као средства обезбеђења уговора о кредиту.

39 О функцијама менице, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 585–586.

40 Зоран Антонијевић, Милан Љ. Петровић, Божидар Павићевић, *Банкарско право*, Београд, 1982, 353.

41 Банкарски кредитни послови су они послови на основу којих банка финансира своје клијенте. О разликама између кредитних, депозитних и услужних банкарских послова, вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 454–455.

Закључујући уговоре о кредиту, банке својим клијентима стављају на располагање одређени новчани износ, а који су клијенти у обавези да врате у време и на начин прописан уговором о кредиту.[42] Како извршење обавезе корисника кредита често може да изостане, за уговор о кредиту се може рећи да представља изразито ризичан посао.[43] Стога банке, како би унапредиле своју незавидну позицију, те појачале извесност намирења, инсистирају од својих клијената да им као средство обезбеђења издају меницу.[44] Побољшање положаја банке огледа се у томе што, моментом издавања менице, банка стиче још једно потраживање против свог клијента (корисника кредита).[45] Поред потраживања из уговора о кредиту, банка постаје и законити ималац менице, те поверилац по меници.[46] Већа извесност намирења значи да се меничноправно потраживање намирује лакше од ванменичног потраживања повраћаја кредита, имајући у виду да менично право нуди различите могућности олакшане принудне наплате меничног потраживања (судске или вансудске), а чија се предност огледа у непостојању обавезе вођења општег парничног поступка, те последично и у уштеди времена и трошкова.[47]

42 Вид. Закон о облигационим односима, чл. 1065.

43 За уговоре о кредиту код којих потраживање банке није обезбеђено каже се да представљају бланко кредите. О кредитним ризицима банака као давалаца кредита, вид. Јелена Шогоров Вучковић, „Уговори о кредиту без обезбеђења – бланко кредити“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, 163–164.

44 Издавање менице ради обезбеђења потраживања из уговора о кредиту олакшава субјектима одобрење кредита. Д. Вељковић, 135.

45 „За обезбеђење уредног враћања кредита банка може од клијента тражити да приложи меницу коју је потписао корисник кредита и/или кредитно способни жиранти...“. Народна банка Србије, Твој новац, доступно на адреси: *Твој новац (nbs.rs)*, 27. 3. 2023.

46 „Према образложењу првостепене пресуде дана 23. 1. 2008. године правни претходник тужиоца и Предузеће за промет и услуге ‘АА’, д.о.о. кога заступа тужени закључили су уговор о пословном, револвинг оквирном кредиту плус на основу ког се правни претходник тужиоца обавезао да наведеном предузећу на име кредита стави на располагање износ од 20.000 евра у динарској противвредности по куповном курсу правног претходника тужиоца на дан исплате. Кредит је одобрен на рок од 120 месеци од дана испуњења свих услова из уговора од стране наведеног предузећа. Наведено предузеће се обавезало да на износ кредита плаћа каматну стопу у висини од 16,50% на годишњем нивоу и то на неотплаћени део главнице од дана пуштања кредита у течај. Као средство обезбеђења од стране туженог издате су две сопствене бланко менице при чему се тужени сагласио да може попунити бланко меницу која је дата као средство обезбеђења и у њу унети све битне меничне елементе у складу са условима предвиђеним уговором. Тужени је за обавезе корисника кредита гарантовао и као јемац платац по основу уговора о јемству закљученог са правним претходником тужиоца дана 23. 1. 2008. године.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 4320/2017 од 15. 3. 2018.

47 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 654; И. Јанковец, 716.

Иако меница представља сигурно средство обезбеђења, банке се често не заустављају код захтева за издавање менице, већ одлазе корак даље те захтевају од својих клијената да им пруже додатну гаранцију намирења меничног потраживања. Тако банке, са једне стране, од својих клијената могу тражити авалирање менице.[48] Са друге стране, пак, банке се могу определити за одређене меничноправне операције чији ће се исход суштински огледати у увођењу ванменичних јемаца (жираната) у меничноправни однос, те побољшању меничноправног положаја банака као законитих ималаца менице.[49] За потребе рада неопходно је

48 Авал представља менично јемство. Предности авала у односу на ванменично јемство су бројне. Тако, стављањем потписа на менично писмено, авалиста постаје дужник *по меници*. Отуда, све предности које меница даје свом законитом имаоцу, а које се своде на олакшано остваривање меничног потраживања, законити ималац може „искористити" и против авалисте. Уз то, за разлику од ванменичног јемства које подразумева условљеност обавезе јемца обавезом главног дужника, те везаност њихових правних судбина, авал ствара оригинарну, одвојену обавезу авалисте, независну од обавезе његовог хонората. То значи да авалиста, за разлику од ванменичног јемца, неће моћи да се ослободи *своје* меничне обавезе истицањем приговора који произлазе из ванменичног односа његовог хонората и законитог имаоца менице. О односу авала и ванменичног јемства вид.: М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 94; Бојан Л. Пајтић, „Однос уговора о јемству и сродних института привредног права", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015, 154; Конвенција УН о међународној трасираној меници и међународној сопственој меници прави разлику између две врсте авала. Са једне стране је то авал у традиционалном смислу речи, док са друге стране стоји гаранција меничног потраживања особена *common law* правним системима. Конкретно, у Конвенцији се истиче да се правни режим авала разликује у зависности од тога да ли је обавеза преузета речима „гарантујем" или пак речима „авалирам". Такође, правни режим се разликује и у зависности од тога да ли је гарант финансијска институција или то није случај. Последице разликовања огледају се у различитим приговорима које авалиста, односно гарант може истицати имаоцу менице. Вид. United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes: note by the Secretariat, *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1994, vol. XXV, доступно на адреси: *A_CN.9_386-EN.pdf*, 25. 3. 2023, 254; М. Драшкић, 11; М. Васиљевић. 516–517.

49 „Према утврђеном чињеничном стању, 13. 4. 2005. године закључен је уговор о дугорочном кредиту између Националне банке ..., правног претходника тужиоца и ДОО 'ВВ', као дужника и ББ и ГГ, као гаранта, који је одобрен у износу од 123.060,00 евра у динарској противвредности са роком отплате до 31. 5. 2013. године са уговореном каматом по стопи – шестомесечни Еурибор плус 6 % годишње. Тужени је 21. 4. 2005. године, потписао овлашћење банци за попуну менице на основу уговора о дугорочном кредиту од 13. 4. 2005. године, у коме се наводи да је као обезбеђење уредног враћања одобреног кредита дужник обавезан да банци достави две соло бланко менице са овлашћењем за попуну менице. Њиме је овлашћена банка да соло бланко менице може попунити до износа доспелих, а неисплаћених обавеза дужника по уговору о кредиту од 13. 4. 2005. године са свим каматама и трошковима накнадама и провизијама које произлазе из уговора до потпуног намирења доспелих обавеза по одобреном кредиту дужника. Банка је

изнети детаљну анализу другопоменутог начина обезбеђења меничних потраживања. Стога ће у наставку рада бити речи о техници увођења жираната у меницу.

2. Увођење жираната у меницу као додатно обезбеђење меничног потраживања

а) Појмовно разјашњење

Један од начина обезбеђења меничноправног потраживања огледа се у „жирирању" менице. Реч је, заправо, о увођењу ванменичних јемаца (жираната) у меничноправни однос.[50] Увођењем у меницу, жиранти имају позицију меничних дужника. Међутим, уместо да се гаранти извршења меничноправне обавезе налазе у својству меничних јемаца – авалиста,[51] банке се често опредељују за другу технику постизања описане сврхе. Ова техника подразумева предузимање редовних (основних) меничноправних радњи ради укључивања јемаца (жираната) у меницу. Реч је о радњи издавања, индосирања, те евентуално и радњи акцептирања менице.

Предузимањем основних меничноправних радњи ствара се привид да је меница најпре издата, а након тога и циркулисала, односно да је преношена са једног субјекта на другог.[52] Иако, формалноправно гледано, то јесте тачно, ипак, суштина је другачија. Све меничноправне радње предузете ради увођења жираната у меницу имају за циљ да се у крајњој линији у меничноправном односу створи стање које ће банци (законитом имаоцу менице) обезбедити више дужника, те самим тим лакше намирење меничног потраживања.[53]

овлашћена да бланко меницу може попунити 'без трошкова', односно 'без протеста', а тужени се као менични дужник обавезао да меничну своту плати банци, или лицу на које би евентуално пренела бланко меницу са свих или било ког рачуна код банке." Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2444/2018 од 8. 5. 2019.

50 И. Јанковец, 701.

51 „До давања авала обично долази услед тога што лице коме се меница даје или на које се меница преноси нема довољно поверења у способност плаћања издаваоца менице и акцептанта или их уопште не познаје, те захтева да му се исплата менице обезбеди (загарантује) посебним јемством (авалом)." М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 95; О авалирању менице, вид. Д. Вељковић, 143. У земљама *common law* правне традиције, уместо института скривеног авала познат је институт иregularног индосамента. Вид. М. Васиљевић, 493.

52 *Ibid.*, 492.

53 „Потписивањем менице тужени се обавезао према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако то овај не учини...". Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3704/2012 од 3. 4. 2013; И. Радић, 236.

Тако, на пример, док се у редовним околностима меница индосира у истинској намери да индосатар постане нови законити ималац менице, у случају „жирирања“ менице, индосаменти се чине како би се обезбедио потребан број меничних дужника банке. Када меница броји довољно меничних дужника, последњи индосатар ће индосирати меницу на банку, али овога пута са стварном намером да банка – индосатар заиста и постане законити ималац менице. На тај начин повећава се степен извесности намирења меничног потраживања банке.

Дакле, увођење жираната у меницу не представља посебну меничноправну радњу различиту од редовних радњи.[54] По томе се ова техника разликује од авалирања менице које представља особену меничноправну радњу са специфичним правним последицама.

б) Увођење жираната у меницу и скривени авал

У теорији се техника увођења жираната у меницу често назива „скривеним авалом“.[55] Разлог томе огледа се у чињеници да се у овом случају у меницу уводе субјекти који су суштински јемци испуњења меничноправног потраживања, али је суштинска позиција сакривена. Иако суштински јемци, ова лица се у меничноправном односу не појављују у својству авалиста, већ у својству других категорија меничних дужника (трасаната, индосаната, акцептаната).[56] О меничноправној позицији жираната, те техникама „жирирања“ менице биће речи касније.

Иако део теорије технику „жирирања“ менице назива скривеним авалом, ипак се чини да употреби овог термина у контексту увођења жираната у меницу треба приступити опрезно.[57] Наиме, институт скривеног авала познат је појединим упоредноправним системима, с тим што логика на којој почива тако схваћени институт не одговара техници која се у домаћој теорији квалификује као „скривени авал“.[58] У упоредном праву, скривени авал подразумева предузимање меничноправног јемства тако што се изјава меничног јемца (авалисте) не уноси на менични бланкет, већ се налази на документу одвојеном од меничног писмена. Иако се јемчева изјава налази изван менице, она вреди као меничноправно јемство (авал).[59]

54 И. Радић, 236–237.

55 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 96; И. Радић, 234.

56 М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 96.

57 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, фн. 1475.

58 З. Антонијевић, М. Љ. Петровић, Б. Павићевић, 384.

59 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 642. Сврха омогућавања давања меничног јемства ван меничне исправе састоји се у избегавању сумње у платежну способност

Институт скривеног авала непознат је српском позитивном праву.[60] Начело формалности захтева да се свака меничноправна радња предузима тако што ће се клаузула тачно одређене форме унети у менично писмено.[61] Радња предузета мимо меничног бланкета неће се сматрати меничноправно релевантном. Из тог разлога, уколико би одређено лице преузело обавезу јемца за менично потраживање давањем изјаве изван меничног бланкета, таква радња се у српском праву не би могла сматрати скривеним авалом у претходно описаном смислу.[62] Уместо тога, описана радња вредела би као обично, ванменично јемство.[63]

Иако је институт скривеног авала непознат домаћем меничном праву, правна теорија, како је већ наглашено, поменути израз употребљава у контексту увођења жираната у меничне односе. Како употреба овог израза не би довела до тешкоћа разумевања технике увођења жираната у меницу, те како се не би створила забуна и дошло до поистовећивања ове технике са институтом скривеног авала познатим појединим правним системима, чини се исправним да се у контексту „жирирања“ менице његова употреба избегава. Међутим, иако се у раду доследно избегава употреба термина „скривени авал“, овај израз употребљен је у самом наслову рада, а све из разлога концизности.

в) Технике увођења жираната у меницу

У зависности од тога шта у конкретном случају банка жели да постигне, жирант се на разне начине може увести у меничноправни однос. Тако, на пример, уколико се претендује на то да се жирант нађе у својству главног меничног дужника, техника његовог увођења у меницу састојаће се у следећем: меницу ће издати банчин клијент, потом ће је вући на жиранта, а као законитог имаоца менице означити банку. У тој

меничног дужника. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 96.

60 На истој идеји почива и Конвенција о јединственом праву за трасиране и сопствене менице. Вид. Конвенција о јединственом праву за трасиране и сопствене менице из 1930. године, чл. 31 ст. 1.

61 О начелу формалности вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 592–593.

62 „*Tiene que aparecer en el documento cambiario, bien sea un pagaré o cheque, porque no tiene ningún efecto en documento separado*.“ Rodenas Abogados, El aval cambiario y el avalista, доступно на адреси: *https://www.rodenasabogados.com/aval-cambiario/*, 15. 3. 2023.

63 „У конкретном случају у поступку пред првостепеним судом је недвосмислено утврђено да је тужилац дао сагласност туженом да ће бити јемац – платац у уговорном односу између туженог као банке и ДИ као корисника кредита, прилажући своју солвентност из кредитног бироа банке на чијем рачуну има средства, али тужилац није потписао меницу...“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 6936/2015 од 25. 11. 2015.

констелацији, корисник кредита (клијент банке) налази се у улози трасанта, жирант у улози трасата, док банци припада својство ремитента. Уколико жирант (трасат) одлучи да акцептира меницу, он ће постати акцептант, те самим тим и главни менични дужник. Тада ће се банка, када менично потраживање доспе, примарно обратити жиранту, те од њега захтевати исплату износа на који меница гласи. Међутим, уколико од жиранта не добије тражену исплату, банци остаје њен клијент (трасант) који је у овом случају регресни менични дужник.[64]

Са друге стране, уколико банка жели да као главног меничног дужника има свог клијента, али да своје менично потраживање додатно обезбеди увођењем жиранта у меницу, применићe се следећа техника: меницу ће издати жирант, вући ће је на банчиног клијента, а као ремитент, као и у претходном случају, означиће се банка. У тој ситуацији се у својству трасанта налази жирант, док банчином клијенту припада позиција трасата, те, по природи стари, позиција акцептанта.[65] У том случају ће главни менични дужник бити банчин клијент, коме ће она морати примарно да се обрати ради исплате меничне своте. Ипак, за случај да покушај наплате од акцептанта (клијента банке) остане безуспешан, банка ће, уз претходно предузете радње очувања регресног потраживања, моћи да се за наплату обрати и жиранту (регресном меничном дужнику).

Најзад, у пракси су ипак најчешће ситуације у којима банке, да би додатно осигурале своје меничноправно потраживање, од својих клијената захтевају да им обезбеде два жиранта који ће се укључити у меницу, те учинити меничним дужницима. Тада у меничноправном односу учествује банка, банчин клијент, први жирант и други жирант. У том случају најчешће се прибегава операцији која се састоји из неколико фаза. У првој фази, први жирант издаје меницу, као ремитента назначава себе, а потом је вуче на клијента банке. Када банчин клијент акцептира меницу, он постаје главни менични дужник. Ова меница је по својој природи трасирана меница по сопственој наредби.[66]

Другу фазу операције представља укључивање другог жиранта у менични однос. Укључивање другог жиранта огледа се у радњи индосирања менице. Наиме, први жирант (као законити ималац менице – ремитент) сачиниће индосамент у којем ће као индосатара назначити другог жиранта. Након тако извршеног индосирања, првом жиранту престаје својство законитог имаоца менице, те он постаје регресни менични дужник. Уместо првог жиранта, својство законитог имаоца

64 И. Радић, 238–239.

65 *Ibid.*, 237–238.

66 З. Антонијевић, М. Љ. Петровић, Б. Павићевић, 352; И. Јанковец, 669–670.

менице преузима други жирант. Ипак, како је већ поменуто, описано индосирање нема за циљ да другог жиранта учини законитим имаоцем менице, већ да се, у крајњој линији, створи ситуација у којој банка, поред свог клијента, има још два менична дужника (првог и другог жиранта).[67]

Како банка у овом стадијуму још увек није укључена у менични однос, трећа фаза операције огледа се у увођењу банке у меницу. Техника увођења банке састоји се такође у предузимању меничноправне радње индосирања менице. Наиме, други жирант ће, као законити ималац менице, у менични бланкет унети свој индосамент, те као индосатара назначити банку. Последица тако извршеног преноса огледа се у стицању својства законитог имаоца менице од стране банке. У овом случају је индосамент заиста имао за циљ да банку учини законитим имаоцем менице, а сврха свих радњи предузетих у претходним фазама састоји се у обезбеђењу банчиног меничног потраживања. Уместо да као меничног дужника има једно лице (свог клијента), банка је добила још два дужника по меници (првог и другог жиранта).[68] Притом, главни менични дужник банке, као акцептант, биће њен клијент из ванменичног односа (на пример уговора о кредиту), док ће се жиранти, као индосанти, наћи у својству регресних меничних дужника.[69]

Како је већ наведено, у настојању да уведу жиранте у меничноправни однос, банке најчешће инсистирају на последње описаној техници: клијент банке као главни менични дужник, уз увођење два жираната као регресних меничних дужника. У банкарској пословној пракси се, међутим, приликом извођења описаних операција, чине одређене омашке. О омашкама у увођењу жираната у меницу и њиховим правним последицама биће речи у делу који следи.

ī) Практични проблеми приликом жирирања менице

Како је у претходном делу наведено, банке у пракси углавном настоје да у меничноправни однос укључе барем два жиранта, те на тај начин, поред свог клијента (главног меничног дужника), добију још два регресна дужника. Међутим приликом настојања да постигну описани циљ, банке чине одређене омашке.

Наиме, увођење жираната у меницу у пословној пракси често се одвија тако што први жирант изда меницу, вуче је на клијента банке (корисника кредита) који издату меницу акцептира, а након тога се у

67 М. Васиљевић, 492.

68 И. Радић, 239.

69 М. Васиљевић, 492.

меничну исправу уноси индосамент којим први жирант преноси меницу на другог жиранта. Пропуст се, међутим, огледа у томе што први жирант, као први индосант, претходно није означен као ремитент. Уместо тога, као ремитент, те први законити ималац менице, у пракси се често одмах означава банка.

У тако описаној ситуацији, дакле, први жирант је издавалац менице (трасант) и истовремено први индосант менице, а банка је ремитент (законити ималац менице). Први жирант је индосирао меницу на другог жиранта у намери да повећа број регресних меничних дужника банке. Том приликом може се уочити проблем. Наиме, меницу је индосирао трасант, лице које није законити ималац менице. Другим речима, како је банка означена као законити ималац менице, она је једино овлашћена на сачињавање индосамената. У овом случају, дакле, меницу је пренело лице које је менични дужник, те тако учињени пренос не би се требало сматрати пуноважним.[70]

Судови, међутим, често признају пуноважност таквим индосаментима.[71] Разлог тога, чини се, највероватније лежи у томе што судови полазе од циља који су учесници у меничном послу желели да постигну, а то је увођење жираната у меницу. Отуда, ради омогућавања банци да повећање броја њених дужника по меници остане на снази, судови занемарују чињеницу да је индосамент сачинило неовлашћено лице, те пресуђују на начин који значи очување пуноважности изведене операције.

Но, без обзира на евентуално оправдање за описано поступање судова, чини се да би тако сачињене индосаменте ипак требало оглашавати ништавим. Наиме, чак и да се индосаменту сачињеном од стране трасанта евентуално призна пуноважност, други жирант (индосатар) би се, у низу „законитих ималаца", налазио након банке, што би значило да он њој може бити само поверилац, а никако дужник. Да би се индосатар учинио банчиним дужником, потребно би било да он сачини нови индосамент, те да на банку поново пренесе меницу (у овом случају би се радило о својеврсном „повратном индосаменту").[72] Ипак, све и да до

70 Milorad Stražnicky, *Tumač zakona o mjenici od 29. novembra 1928*, Zagreb 1929, 117; Део правне теорије, пак, заузима супротан став према коме су индосаменти пуноважни без обзира на прекид у низу. Вид. Fran Vrbanić, *Mjenbeni zakon. Tumač zakonskomu članku XXVII.: 1876 zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora uz obzir na njemački mjenbeni red i mjenbeno pravo ostalih europskih država*, Zagreb, 1886, 323.

71 „Коначно првостепени суд закључује да тужилац није изгубио легитимацију тиме што се као први индосант на једном броју меница јавља трасант, а не ремитент..." Пресуда Врховног суда Србије, Рев 451/1998 од 8. 11. 1999.

72 Повратни индосамент у правом смислу речи представља индосамент у којем је као индосатар назначен неки од меничних дужника. М. Бартош, З. Антонијевић,

тога дође, чини се да ни у том случају не би било оправдано признати пуноважност како првом, тако ни другом индосаменту. Ово из разлога прекида у низу индосамената.[73] Конкретније, како у овом случају први пренос није извршен од стране ремитента, низ индосамената није ваљано ни започет. Самим тим, индосамент који је уследио након њега (други индосамент у низу) такође не би требало сматрати пуноважним, јер га је учинило лице на које је претходно меница индосирана од стране неовлашћеног лица (трасанта).

IV Уместо закључка

Како се може видети, аутор је у овом раду пажњу посветио нужности постојања непрекинутог низа индосамената за пуноважност преноса менице. Како се најчешћи примери прекида у низу индосамената срећу у пракси увођења жираната у меницу као начину додатног обезбеђења потраживања банке против својих клијената, аутор је настојао да питање непрекинутог низа индосамената анализира у контексту „жирирања менице“.

Након изложене анализе, на овом месту корисно је подвући да индосирање менице од стране лица које није њен законити ималац изазива „домино ефекат“. Осим што би, чини се, ништавим требало сматрати индосамент учињен од стране меничног дужника, непуноважним би такође требало сматрати и сваки наредни индосамент у низу. Ово из разлога што лице на које је меница пренета од стране меничног дужника не може да стекне својство законитог имаоца, чиме и само постаје неовлашћено на даље индосирање менице.

Како пословни субјекти често праве омашке приликом увођења жираната у меничне односе, те како судови клаузулама о индосаменту ипак често признају пуноважност, на овом месту би ваљало указати на следеће. Наиме, са идејом да до описаних практичних проблема убудуће

В. Јовановић, 84. Како у овом случају банка није менични дужник већ ремитент, јасно је да се не ради о повратном индосаменту у описаном смислу. Ипак, аутор је употребио израз „повратни индосамент“ из разлога јер се банка већ налази у меничноправном односу, имајући у виду да је назначена као ремитент. Уз то, да је банка, као ремитент, извршила прво индосирање менице, она би се тиме нашла у својству меничног дужника – индосанта. У том случају би се накнадно поновно индосирање менице на банку несумњиво могло третирати повратним индосаментом. Вид. Закон о меници, чл. 10 ст. 3; Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Београд, 1978, 496.

73 Ријеч правника, Потпис на полеђини мјенице – бланко индосамент (жиро), доступно на адреси: *https://rijecpravnika.org/potpis-na-poledjini-mjenice-blanko-indosament-d185/*, 10. 3. 2023.

не долази, чини се да би судови убудуће тако сачињене индосаменте требало да оглашавају ништавим. На тај начин би се утицало и на пословне субјекте да пажљивије поступају приликом увођења жираната у меницу.

Уз то, поред тога што би судови својим поступањем (оглашавањем индосамената ништавим) требало да утичу на будуће поступање пословних субјеката, чини се оправданим да, осим судова, свој допринос елиминисању постојећих проблема да и правна теорија. Другим речима, указивањем пословним субјектима на грешке, као и на начин исправног поступања, правна теорија би могла утицати на то да убудуће до описаних омашки и проблема не долази. Стога је и аутор, уочивши оправдање и значај правилног увођења жираната у меницу, као и, шире гледано, нужност непрекинутог низа индосамената, настојао да овим радом да свој допринос исправном поступању *pro futuro*.

Коришћена литература

Anderson Ronald, Fox Ivan, Twomey David P., *Business Law*: *Ucc Comprehensive Volume*, Nashville, 1987.

Антонијевић Зоран, *Привредно право*, Београд, 1978 (Antonijević Zoran, *Privredno pravo*, Beograd, 1978)

Антонијевић Зоран, Петровић Милан Љ., Павићевић Божидар, *Банкарско право,* Београд, 1982. (Antonijević Zoran, Petrović Milan Lj., Pavićević Božidar, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982)

Бартош Милан, Антонијевић Зоран, Јовановић Влада, *Менично и чековно право*, Београд, 1953. (Bartoš Milan, Antonijević Zoran, Jovanović Vlada, *Menično i čekovno pravo*, Beograd, 1953)

Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Београд, 2018. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2018)

Вељковић Драгослав, „Како се користи меница као хартија од вредности и како се врши плаћање по меници“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 77/2017. (Veljković Dragoslav, „Kako se koristi menica kao hartija od vrednosti i kako se vrši plaćanje po menici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 77/2017)

Vrbanić Fran, *Mjenbeni zakon. Tumač zakonskomu članku XXVII.: 1876 zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora uz obzir na njemački mjenbeni red i mjenbeno pravo ostalih europskih država*, Zagreb, 1886.

Goode Roy, *Commercial Law*, 2nd Edition, London, 1995.

Драшкић Младен, „Конвенција УН о међународним трасираним и сопственим меницама“, *Право и привреда*, бр. 1–2/95. (Draškić

Mladen, „Konvencija UN o međunarodnim trasiranim i sopstvenim menicama“, *Pravo i privreda*, br. 1–2/95)

Јанковец Ивица, *Привредно право*, четврто издање, Београд, 1999 (Jankovec Ivica, *Privredno pravo*, 4. izdanje, Beograd, 1999)

Јанковић Светислав, „Правни (бе)значај покрића код менице и чека“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2020. (Janković Svetislav, „Pravni (be)značaj pokrića kod menice i čeka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2020)

Јовановић Владимир, „Приговори код исплате менице“, *Анали Правног факултета*, bp. 3/58. (Jovanović Vladimir, „Prigovori kod isplate menice“, *Anali Pravnog fakulteta*, br. 3/58)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право,* Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2020)

Sealy Leonard S., Hooley Richard J. A., *Commercial Law*, *Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford, 2008.

Miller Roger LeRoy, Cross Frank B., *Business Law – Alternate Edition: Text and Summarized Cases 1*, Boston, 2013.

Пајтић Бојан Л., „Однос уговора о јемству и сродних института привредног права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015. (Pajtić Bojan L, „Odnos ugovora o jemstvu i srodnih instituta privrednog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2015)

Радић Ирена, „Скривени авал (жиро)“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 83/2019. (Radić Irena, „Skriveni aval (žiro)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 83/ 2019)

Радовић Мирјана, „Законити ималац дематеријализованих хартија од вредности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011. (Radović Mirjana, „Zakoniti imalac dematerijalizovanih hartija od vrednosti“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2011)

Радовић Мирјана, „Традиционо својство тзв. стварноправних хартија од вредности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011. (Radović Mirjana, „Tradiciono svojstvo tzv. stvarnopravnih hartija od vrednosti“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2011)

Stražnicky Milorad, *Tumač zakona o mjenici od 29. novembra 1928*, Zagreb, 1929.

Шогоров Вучковић Јелена, „Уговори о кредиту без обезбеђења – бланко кредити“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012. (Šogorov Vučković Jelena, „Ugovori o kreditu bez obezbeđenja – blanko krediti“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2012)

***Milena* MOMČILOV, LL.M**
Research Assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade,
PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

INTERRUPTION OF THE SERIES OF ENDORSEMENTS AS A REASON FOR THE NULLITY OF THE TRANSFER OF BILL OF EXCHANGE – AN EXAMPLE OF THE "HIDDEN AVAL"

Summary

In the paper that follows the author attempts to analyze the interruption of series of endorsements with special emphasis on the introduction of guarantors in the bill of exchange. When endorsing a bill of exchange for the purpose of introducing guarantors into the bill, certain errors are made that should result in the nullity of such endorsements. The reason for the nullity, it seems, should be reflected in the interruption od the series of endorsements. Courts, however, often recognize validity to such endorsements.

Having noticed the described faults, the author aims to point out the need that such endorsements should be considered null. Ultimately, the author seeks to contribute that the existing faults are not made in the future.

Therefore, in the first part of the paper, after the basic notes on the endorsement, the author analyzes uninterruption of the series of endorsements as a condition for validity of the transmission. In the second part, the author attempts to analyze the techniques of introducing guarantors into the bill of exchange, to point out the existing practical faults, all for the purpose of overcoming them pro futuro.

Key words: *Endorsement. – Uninterrupted Series of Endorsements. – Bill of Exchange. – Guarantor. – Aval.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.
Датум исправке рада: 26. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.454.3:69 ; 347.451.7
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23218A

Бојан* ГРУЈИЋ
докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, правни саветник за уговарање Енергопројект Холдинг а.д. Београд, Србија

НАДМЕТАЊЕ КАО НАЧИН ЗАКЉУЧЕЊА УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ

Сажетак

Рад је посвећен анализи надметања као начина закључења уговора о грађењу. Након уводних напомена, у првом делу рада аутор објашњава најважније карактеристике надметања и упућује читаоца на најважније изворе права у овој области. У другом делу је реч о поступку надметања, који се, по редовном току ствари, састоји од четири фазе. У првој, припремној фази, наручилац треба да донесе одлуку о начину уговарања посла и организацији израде тендерске документације. У другој фази, наручилац позива заинтересована лица да учествују у надметању и доставља им тендерску документацију, на основу које заинтересована лица доносе одлуку о томе да ли ће подносити понуду или неће. У трећој фази, наручилац се упознаје са својствима заинтересованих лица и од њих прикупља понуде. У четвртој фази, наручилац врши оцену поднесених понуда и доноси одлуку о одабиру најповољнијег понуђача. Најзад, трећи део рада је посвећен предуговорној одговорности у контексту надметања.

* Електронска адреса аутора: *bojan111296@gmail.com*.

Кључне речи: *Надметање. – Тендерска документација. – Предуговорна одговорност. – FIDIC.*

I Уводне напомене

Привредни субјекти, по правилу, закључују уговоре путем директних преговора, чија је главна функција да олакшају формулисање одређене иницијативе за закључење уговора (нпр. понуде). Поред директних преговора, које можемо назвати редовним начином закључења уговора у трговинском (привредном) праву, постоје и *ванредни начини закључења уговора*, који су настали као резултат практичних потреба да се процес закључења уговора убрза (нпр. закључење уговора разменом меморандума или путем *e-mail*-а) или формализује, у циљу избегавања одређених негативних друштвених и тржишних феномена (нпр. закључење уговора надметањем). Предмет анализе овог рада биће закључење уговора надметањем. Практични значај надметања је велики и огледа се у томе што се готово сви послови од јавног интереса (јавне набавке) и значајан број сложених послова у приватном сектору уговара путем надметања. Широка распрострањеност овог начина закључења уговора у привредној пракси није испраћена адекватним истраживачким радом, те се надметања, по правилу, обрађују само успутно, у уџбеницима привредног (трговинског) права. Аутор ће настојати да читаоцу у највећој могућој мери приближи ову тему, и то на примеру уговора о грађењу, који се у пракси често закључује путем надметања.

II Појам и карактеристике надметања правни оквир

1. Појам, учесници и циљ надметања

Надметање (лицитација, *licitation*, тендер, *tendering procedures*) представља начин закључења уговора приликом којег организатор надметања позива одређени или неодређени број лица (путем јавног огласа или нејавним путем) да му поднесу понуде, како би, по њиховом упоређивању, са најповољнијим понуђачем закључио уговор.[1] Из наведене дефиниције можемо закључити да су главни учесници надметања

1 Термин „тендер“ би требало користити са великим опрезом, будући да осим значења које му се у свакодневном говору по правилу даје (*тендер као прикупљање понуда*), тендер заправо у међународној пракси означава понуду, те се и понуђач назива *Tenderer* (*Bidder*). Различите дефиниције надметања вид. код Миодраг Мићовић, *Јавно надметање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1989, 21–22; Ивица Јанковец, *Привредно право*, четврто

орīанизатор (наручилац код уговора о грађењу, *Employer*) и *лица заинтересована за учешће у надметању* (потенцијални понуђачи). Поред главних учесника, у надметању ће, по правилу, учествовати и друга лица (нпр. стручњаци инжењерске струке, *consulting engineer*). *Циљ надметања* је проналажење најповољнијег понуђача, односно понуђача најбољих способности и капацитета, који је спреман да изврши посао за најнижу цену (*best value for money*). У условима асиметрије информација на тржишту, проналажење идеалног односа цене и квалитета често није лак задатак, нарочито ако наручилац не познаје учеснике на тржишту и њихове цене. Овде лежи кључна предност надметања, јер омогућава наручиоцу да разликује понуђаче према њиховим способностима и капацитетима, те да прикупљањем понуда постигне најбољу понуду, коју вероватно не би постигао да је закључио уговор путем директних преговора (непосредном погодбом) са неким понуђачем (*функција смањивања асиметрије информација на тржишту*). Надметање се по правилу користи на сложеним пословима, јер изискује велике трошкове за наручиоца, те је неадекватно за коришћење на ситним и уобичајеним пословима.[2]

2. Правни оквир

Правни оквир у овој области у многоме је опредељен одговором на питање ко организује надметање – наручилац из јавног сектора (јавна набавка) или наручилац из приватног сектора? Са једне стране, јавне набавке су детаљно регулисане, док се, са друге стране, наручиоцима из приватног сектора даје прилична слобода да ли ће и када одређени посао уговорити путем надметања. Прописи о јавним набавкама углавном предвиђају надметање као обавезан начин набавке, односно закључења уговора о јавној набавци, уз могућа одступања у случајевима хитности, тајности или потребе за извођењем „мањих“ радова.[3] Оваква тенденција присутна је и у упоредном праву, али и у нормативној делатности институција Европске уније[4] и међународних

издање, Београд, 1999, 261; Маша Мишковић, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 8–10.

2 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трīовинско īраво*, прво издање, Београд, 2020, 94.

3 Јелена Вилус, *Уīовор о īрађењу*, Београд, 1968, 48.

4 ЕУ посвећује посебну пажњу поступцима јавних набавки кроз рад институција и то: 1) нормативну делатност (коју врше Европски парламент и Савет министара, на предлог Европске комисије) и 2) праксу контроле јавних набавки. Најзначајнији „законодавни акти“ које је ЕУ донела у области јавних набавки су Директиве из 2014. године: 1) Директива о јавним набавкама (*Directive 2014/24/EU of the European*

организација (нпр. *UNCITRAL*).[5] *Ratio* детаљног уређивања поступака јавних набавки аутор види у чињеници да наручиоци из јавног сектора, економски гледано, располажу *туђим* новцем у циљу задовољења ширег, јавног интереса, за разлику од наручилаца из приватног сектора, који располажу сопственим новцем у циљу задовољења сопственог интереса. Дакле, суштина детаљног уређивања поступака јавних набавки лежи у потреби да се заштити јавни интерес, кроз правилно и целисходно трошење новца пореских обвезника.

У Србији надметања паралелно уређују Закон о облигационим односима[6] и Закон о јавним набавкама.[7] ЗОО представља заједнички извор права (*lex generalis*) за сва надметања, независно од тога ко их организује, док ЗЈН представља посебан закон (*lex specialis*), који се примењује само на јавне набавке. Паралелну примену наведена два закона прате следећа правила и напомене. Прво, однос између ова два закона је однос општег и посебног закона, што значи да ће по општем правном правилу *lex specialis derogat legi generali*, норме ЗЈН-а имати предност у примени у односу на норме ЗОО-а, те да ће се ЗОО

Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance, *OJ* L 94, 28. 3. 2014; или *Public Contracts Directive*); 2) Директива о набавкама у комуналним делатностима (*Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC Text with EEA relevance*, *OJ* L 94, 28. 3. 2014; или *Utilities Directive*) и 3) Директива о додели уговора о концесији (*Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts Text with EEA relevance*, *OJ* L 94, 28. 3. 2014; или *Concessions Directive*). Праксу контроле јавних набавки врши Европска комисија, која прикупља информације, открива повреде прописа ЕУ и указује субјектима на њих, покушава их отклонити у сарадњи са њима (мирним путем), а уколико у томе не успе, *може* покренути одговарајући поступак пред Европским судом правде, чије одлуке су обавезујуће за адресате. Детаљније вид. Радован Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске Уније*, четврто измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2011, 69–84; Branko Vukmir, *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*, Zagreb, 2009, 173–176.

5 У циљу уједначавања и модернизације правила у области јавних набавки, UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) је 2011. године донео модел закон (*Model law on Public Procurement*), који представља само оквир за уређивање области јавних набавки (*framework law*), јер захтева накнадно деловање појединачне државе на пољу имплементације његових основних идеја, кроз доношење прописа у области јавних набавки, али и рад институција које ће допринети примени донетих прописа. Текст модел закона је доступан на адреси *https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement.ви*, 10. 3. 2023.

6 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

7 Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник РС*, бр. 91/2019.

применити само на она питања која ЗЈН не уређује (нпр. на предуговорну одговорност). Друго, насупрот нормама ЗОО-а, које су, по правилу, диспозитивне природе (*ius dispositivum*), норме ЗЈН-а су императивног карактера (*ius cogens*) и не могу се мењати уговором. Дакле, док ЗОО предвиђа широку слободу учесника да уреде међусобне односе по својој вољи (*принцип слободе уговарања*), ЗЈН уређује јавне набавке прописивањем јасних процедура за доделу јавних уговора и механизама за спречавање корупције и обезбеђивање конкуренције, чиме се остварује и штити јавни интерес.[8]

Велики значај у уређивању области надметања ради закључења уговора о грађењу имају извори аутономног трговинског права (*lex mercatoria*, тзв. право трговаца). Њих стварају недржавни субјекти (нпр. међународне организације) у поступку који није уређен националним прописима. Највећи допринос уређивању ове области дао је FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), међународна организација специјализована за деловање у области грађевинарства и консалтинг инжењеринга. Између осталог, FIDIC има значајну нормативну функцију, будући да доноси опште услове, модел уговоре и водиче, који су у широкој употреби на међународном нивоу, нарочито на подухватима који се организују у земљама у развоју. У области надметања FIDIC је 2011. године објавио свеобухватан водич (*FIDIC Procurement Procedures Guide*), који уређује сва питања везана за закључење уговора о грађењу путем надметања. Осим FIDIC-а, значајан допринос уређивању ове области дају и мултилатералне развојне банке (*Multilateral Development Banks*) и мултилатералне финансијске институције (*Multilateral Financial Institutions*), које финансирају пројекте у земљама у развоју.[9] Наведене институције објављују водиче и правила

8 Владимир Козар, „Неважност уговора о јавним набавкама и накнада штете“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 478.

9 Највећи допринос кодификацији правила у области надметања дала је Међународна банка за обнову и развој (*International Bank for Reconstruction and Development*), која редовно објављује водиче и правила за спровођење надметања (*Guidelines for Procurement under IBRD Loans and IDA Credits and Grants*, доступно на адреси: *https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance*, 10. 2. 2023). Осим тога, Међународна банка за обнову и развој је издала и неку врсту мустре за израду тендерске документације (*Sample Bidding Documents*). По узору на Међународну банку за обнову и развој, и друге мултилатералне развојне банке (европска, азијска, афричка и интерамеричка) и финансијске институције (нпр. Европска комисија и Европска инвестициона банка) су донеле своје водиче и правила за спровођење надметања која се финансирају из њихових средстава. У литератури се истиче да су мултилатералне финансијске институције у великој мери сличне мултилатералним развојним банкама, али се ипак издвајају као засебна категорија по критеријумима отворености (у смислу чланства) и пројеката које финансирају. Детаљније вид. B. Vukmir, 167–168; Frederic

за спровођење надметања, који су у литератури квалификовани као *кодификована искуства из међународне праксе надметања*.[10]

III Поступак надметања

Поступак надметања можемо поделити у четири фазе: 1) фаза припремних (претходних) радњи; 2) фаза позивања заинтересованих лица на надметање и њиховог упознавања са предметом надметања; 3) фаза упознавања са својствима понуђача и прикупљања понуда и 4) фаза оцене достављених понуда и одабира најповољнијег понуђача.[11]

1. Припремне (претходне) радње

Да би се наручилац одлучио да одређени посао уговори путем надметања, потребно је да се претходно спроведу неке припремне радње, које треба да покажу *да ли је подухват фактички могућ, економски оправдан и правно дозвољен*.[12] У овој фази посебно долази до изражаја значај стручњака инжењерске струке (*consulting engineer*), које наручилац ангажује ради спровођења одређених предуговорних студија, на основу којих треба да донесе *одлуку да ли ће се упуштати у подухват или неће* (тзв. студије о изводљивости подухвата, *feasibility studies*). Наведене студије треба да омогуће наручиоцу увид у потенцијална техничка решења, као и у процену трошкова (*cost evaluation*).[13] Ако студије покажу да је подухват могућ и исплатив, наручилац треба да донесе *одлуку о начину организовања подухвата* – одвојеним уговарањем (*separate contracts*, *design – bid – build method*) или уговарањем са једним извођачем по систему „кључ у руке“ (*design – build method*, *turnkey*

Gillion, FIDIC Pink Book: The MDB Harmonised Edition of the Red Book, доступно на адреси: *https://www.fenwickelliott.com/*, 10. 2. 2023.

10 B. Vukmir, 168.

11 У литератури често срећемо одвајање фаза позивања на надметање и упознавања заинтересованих лица са предметом надметања (примера ради вид. код И. Јанковец, 261; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 98). Овакво одвајање је карактеристично за *усмена надметања*, где се учесници позивају да на одређеном месту и у одређено време присуствују презентацији предмета надметања и потенцијално се надмећу са осталим учесницима (нпр. ради куповине тог предмета). Код *писмених надметања*, какво јесте надметање ради закључења уговора о грађењу, ове две фазе се спајају у једну – истовремено се спроводе радње позивања на надметање и достављања тендерске документације, којом се фактички заинтересована лица упознају са предметом надметања.

12 B. Vukmir, 121.

13 FIDIC Procurement Procedures Guide, 12; B. Vukmir, 184.

contract). Од овога зависи коме ће наручилац поверити израду пројекта – независном пројектанту по моделу одвојеног уговарања или извођачу коме је поверио извршење посла у целини (*Design and Build Contractor*).[14] Након доношења одлуке о начину организовања подухвата, наручилац организује *израду тендерске документације* и позива заинтересована лица на учешће у надметању.

2. Позив за учешће у надметању и упознавање заинтересованих лица са предметом надметања

а) Позив за учешће у надметању

Ако претходне радње покажу да је спровођење надметања оправдано, наручилац позива заинтересована лица да учествују у надметању. Позив заинтересованим лицима да учествују у надметању има два појавна облика – позив на понуду (*invitation to bid*), као обавезан облик и позив на подношење пријава у поступку претквалификације (*invitation to prequalify*), као облик који се јавља само код надметања са претквалификацијом, о чему ће бити речи у наредним пасусима овог рада. Несумњиво важнији појавни облик позива на учешће у надметању је *позив на понуду*, јер он представља *вид иницијативе за закључење уговора*. Последично, касније одбијање да закључи уговор без основаног разлога може проузроковати одређене правне последице за наручиоца, као организатора.[15] Насупрот томе, позивањем заинтересованих лица да поднесу пријаве за претквалификацију, наручилац још увек не показује коначну вољу да закључи уговор (*animus contrahendi*), већ вољу да направи разлику између учесника надметања по њиховим квалитетима и капацитетима, како би у наредној фази надметања позвао подобне кандидате да му поднесу понуду.

У зависности од тога да ли наручилац позива на надметање одређен или неодређен број лица, разликујемо јавно и нејавно надметање. Јавно надметање представља поступак закључења уговора код кога наручилац објављује *оглас*, којим позива сва заинтересована лица да му поднесу понуде.[16] Код овог начина закључења уговора највише долазе до изражаја принципи јавности, конкуренције и транспарентности, због чега представља најчешће коришћен метод надметања, нарочито у

14 Jaeger Axel-Volkmar, Hök Götz-Sebastian, *FIDIC – A Guide for Practicioners*, Berlin – Heidelberg, 2010, 83–84.

15 ЗОО, чл. 35 и 604.

16 Овај поступак надметања се у контексту јавних набавки назива отвореним поступком (*open procedure*). Вид. ЗЈН, чл. 52.

јавним набавкама, јер су наручиоци из јавног сектора у обавези да га користе.[17] Нејавно надметање (*прикупљање понуда*), са друге стране представља метод надметања код кога наручилац позива (не објављује оглас) тачно одређени број лица да учествују у надметању. Овај метод надметања се чешће користи на надметањима која организују наручиоци из приватног сектора, јер је у поступцима јавних набавки само изузетно дозвољен. Поред јавног и нејавног надметања, постоје и прелазни методи надметања, попут надметања са претквалификацијом, које подразумева да наручилац јавно објављује позив за подношење пријава за претквалификацију (*invitation to prequalify*), да би, тек у другој фази, позвао учеснике који су прошли претквалификацију, да поднесу понуде (*invitation to bid*). Према томе, код надметања са претквалификацијом, у првој фази долазе до изражаја принципи јавности, конкуренције и транспарентности, док је друга фаза (*фаза прикупљања понуда*) нејавног карактера.

У зависности од тога да ли наручилац обавештава о надметању сва или само домаћа лица, разликујемо међународно и локално надметање. У условима глобалне привреде, где је изражена тенденција укидања баријера уласку страним улагачима, међународно надметање представља правило. Ограничавање круга потенцијалних понуђача на ниво једне државе (локално надметање) може се вршити из разлога фаворизовања домаћих понуђача, што је (због прописа ЕУ) реткост у Европи или из разлога што инострани понуђачи вероватно неће бити заинтересовани за нуђење (нпр. због мале вредности посла, захтеваног учешћа домаће радне снаге и сл.).[18] Поред међународног и локалног надметања, у пракси се усталила и једна хибридна варијанта – ограничено међународно надметање. Примере ограниченог међународног надметања често срећемо у пракси надметања која се финансирају средствима из фондова ЕУ (што је чест случај у Србији), где долази до ограничавања круга потенцијалних понуђача на тај начин да у надметању могу учествовати само понуђачи из ЕУ и неких земаља у развоју.[19]

17 ЗЈН, чл. 106.

18 B. Vukmir, 170.

19 Пример формулације оваквог ограничења гласи: „*Participation is open to all natural persons who are nationals of and legal persons (participating either individually or in a grouping – consortium – of tenderers) which are effectively established in a Member State of the European Union or in a eligible country or territory as defined under Regulation (EU) no 236/2014 establishing common rules and procedures for the implementation of the Union's instruments for external action (CIR) for the applicable instrument under which the contract is financed (additional information about the contract notice)*." Овакве одредбе су по правилу садржане у делу тендерске документације који се односи на упутства понуђачима (*Instructions to Tenderers*).

б) Тендерска (лицитациона, конкурсна) документација[20]

Поред позива за учешће у надметању, наручилац доставља и тендерску документацију, која треба да пружи податке на основу којих ће заинтересована лица донети одлуку да ли ће подносити понуду или неће (*функција упознавања заинтересованих лица са предметом надметања*).[21] Тендерску документацију, по правилу, чине:

- *Пројектно-техничка документација* (ако је израђена до тог момента);
- *Упитници о квалификацијама понуђача*;
- *Документи правног карактера*, пре свега услови уговора (*Conditions of Contract*). Услови уговора заправо указују понуђачу под којим условима ће извршавати посао, тј. које ризике тиме преузима. На већим грађевинским подухватима је уобичајено коришћење општих услова уговора (*General Conditions*), припремљених од стране неке од уговорних страна или неке стручне организације (нпр. FIDIC).[22] Будући да је опште услове потребно прилагодити конкретном подухвату, уговорне стране углавном користе *технику уговарања посебних услова* (*Particular Conditions*), којима се мењају или допуњују одредбе

20 У контексту јавних набавки користи се термин „конкурсна документација“ (ЗЈН, чл. 93).

21 Поред упознавања заинтересованих лица са предметом надметања кроз тендерску документацију, у пракси се заинтересована лица често упознају са предметом надметања и накнадно – кроз тражење појашњења од наручиоца (*Clarifications*). По правилу, након позивања заинтересованих лица да учествују у надметању, наручиоци остављају рок за давање појашњења, који је, по логици ствари, краћи од рока за подношење понуде.

22 FIDIC-ови општи услови (тзв. FIDIC-ове књиге) представљају међународно прихваћене опште услове који се уговарају на грађевинским подухватима широм света. Ови општи услови уређују најразличитије видове сарадње између: а) наручиоца и извођача – за извођење радова по пројекту који је обезбедио наручилац („Црвена књига“), пројектовање и грађење електричних и механичких постројења и грађевинске радове пројектоване од стране извођача („Жута књига“), спровођење подухвата по принципу „кључ у руке“ („Сребрна књига“) и друге, ређе коришћене видове сарадње, односно б) наручиоца и консалтинг инжењера („Бела књига“). У развијеним земљама се усталила пракса доношења националних општих услова – нарочито у Енглеској (*JCT*, *NEC*, *ICE forms of Contract*), али и у Немачкој (*VOB/B*), Аустрији (*ÖNORM B* 2110), Швајцарској (*SIA*), Француској (*AFNOR*), Шведској (*AB* 04 и *ABT* 06) Аустралији (*ABIC*), САД (*AIA*), Јапану (*ENAA*) итд. Детаљније вид. Julian Bailey, *Construction Law – Volume I, II and III*, New York, 2011, 116–130; Jaeger Axel-V., Hök Götz-S., 71, 90–91; FIDIC, *The FIDIC Suite of Contracts*, доступно на интернет адреси: *https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf*, 10. 2. 2023.

општих услова и који ће имати јачу правну снагу у односу на опште услове;[23]

– *Обрасци средстава обезбеђења* (за озбиљност понуде, повраћај аванса, добро извршење посла и гарантни период), чији текст, по правилу, намећу наручиоци;
– *Мерила за одабир најповољнијеī понуђача*;
– *Упутства понуђачима како да поднесу понуду* (*Instructions to Tenderers*), која садрже и неке битне одредбе правног карактера (нпр. резерву у погледу обавезе закључења уговора, обавезу одржавања понуде на снази у одређеном року итд.);
– Остали документи који служе упознавању заинтересованих лица са предметом надметања у конкретном случају.[24]

Одређеност предмета надметања (самим тим и детаљност тендерске документације) ће, у највећој мери, зависити од метода спровођења грађевинског подухвата за који се определио наручилац. Ако се определио за *метод одвојеноī уговарања*, наручилац, по природи ствари, ангажује извођача у каснијој фази подухвата, те су и његове замисли детаљније разрађене кроз пројектно-техничку документацију, на основу које извођач „само“ треба да изведе радове. Другим речима, садржај тендерске документације пружа извођачу неопходне податке на основу којих ће формирати цену и поднети понуду. Ако се, пак, определио за *метод „кључ у руке“*, наручилац ангажује извођача у раној фази подухвата, када његове замисли још увек нису разрађене кроз пројектно-техничку документацију, већ то извођач тек треба да уради на бази одређених захтева наручиоца (*Employers Requirements*). Другим речима, у моменту издавања тендерске документације предмет уговора још увек није одређен, већ само одредив, јер извођач тек треба да изради пројектно-техничку документацију на основу које ће учинити

23 Приоритет посебних услова („посебних погодби“) у односу на опште услове прописује и ЗОО (чл. 142 ст. 3). *Ratio* увођења правила приоритета у овом случају можемо правдати чињеницом да „посебне погодбе“ (по терминологији ЗОО-а) верније одражавају заједничку вољу уговорних страна, будући да се односе на конкретан случај, за разлику од општих услова који су намењени широј употреби. Вид. И. Јанковец, 264–268.

24 Будући да закључењем уговора наведена тендерска документа (сва или само одређена), постају саставни део уговора, изузетно је важно јасно набројати све документе који чине његов саставни део и одредити *редослед приоритета* између њих у случају међусобне контрадикторности. Примера ради, FIDIC-ови општи услови (чл. 1.5., *Priority of Documents*), указују на то да уговорна документа треба читати као целину докумената који „појашњавају један други“ (*mutually explanatory*) и утврђују редослед уговорних докумената по *принципу приоритета* наручиочевих докумената у односу на понуђачеве (извођачеве). Вид. *The FIDIC Contracts Guide*, FIDIC, 2000, 61–62; B. Vukmir, 240.

извеснијим садржај својих обавеза, тј. прецизирати предмет уговора.[25] Значи, извођач (као понуђач) треба да формира цену и поднесе понуду, иако у том моменту не зна прецизан опис посла који треба да изврши. Ова нелогичност произлази из метода „кључ у руке“ који подразумева поверавање пројектовања и извођења радова једном лицу и у пракси се веома тешко превазилази.

3. Упознавање са својствима понуђача и прикупљање понуда

а) Радње упознавања са својствима понуђача и прикупљања понуда

Након позивања учесника на надметање и њиховог упознавања са предметом надметања кроз тендерску документацију, наручилац приступа радњама упознавања са својствима понуђача и прикупљања понуда. Радње упознавања са својствима понуђача наручилац спроводи тако што, као саставни део тендерске документације, доставља и одређене *упитнике о капацитетима и способностима*, које кандидати треба да попуне. По правилу, то ће бити подаци о правном статусу понуђача, искуству на сличним подухватима, финансијском стању, квалификацијама особља, али и податак о начину наступања на надметању – самостално или у форми привремене групације (*joint venture*, конзорцијум).[26] Радње упознавања са својствима понуђача имају за циљ разликовање понуђача подобних за извршење посла од оних који то нису. Наручиоци у склопу тендерске документације достављају и обрасце техничке и финансијске понуде, које понуђачи треба да попуне и поднесу у складу са делом тендерске документације који се односи на упутства понуђачима како да поднесу понуде (*Instructions to Tenderers*).

Упутства понуђачима, по правилу, садрже одређене специфичности у вези са поступком подношења понуде. Прво, понуда мора *у битним елементима одговарати условима из тендерске документације*, јер ће у супротном бити одбијена, без права на исправку.[27] Овакво правило има упориште у надмоћној преговарачкој позицији наручиоца и има за циљ сужавање простора понуђачима за вршење било каквих измена и

25 Мирослав Пауновић, „Особености уговора о грађењу у земљама у развоју“, *Уговори у међународној трговини II*, Београд, 1987, 200.

26 B. Vukmir, 169.

27 *Ibid*, 171; Светска банка, у документу под називом *Sample Bidding Documents*, прецизније одређује за коју понуду ће се сматрати да у битним елементима одговара условима из тендерске документације (*substantially responsive bid*). Наиме, ако услови понуде битно утичу на опис посла и квалитет његовог извршења или битно смањују права наручиоца, односно повећавају права понуђача, таква понуда мора бити одбачена, без права на исправку (чл. 29, *Determination of Responsiveness*).

допуна услова које је поставио наручилац (*take it or leave it conditions*). Друга специфичност се огледа у року важења понуде (*period of validity of tender*) и могућности њеног опозива. Наиме, наручиоци већ у упутствима за понуђаче одређују рок у коме су понуђачи дужни да одрже понуду на снази, јер ће им у супротном бити одбијена. Одређивањем рока важности понуде наручиоци обавезују понуђаче на нуђење *по принципу чврсте понуде (firm offer)*, што има за циљ повећање степена заштите у процесу закључења уговора. Степен заштите коју ће уживати наручилац, као понуђени у облигационом односу, у великој мери ће зависити и од решења меродавног права, будући да (чврста) понуда нема исти третман у упоредном праву. *Grosso modo* посматрано, у упоредном праву постоје три главна система регулисања рока важности понуде и могућности њеног опозива.[28] *Германски систем* (усвојен у Немачкој, Аустрији, Швајцарској, скандинавским земљама и правима која су се угледала на неко од наведених) усваја *концепт неопозивости понуде*, у смислу да је понудилац дужан да одржи своју понуду на снази у року који је означио. Дакле, ако је меродавно неко од права германског система, понудилац ће бити дужан да одржи понуду на снази у року који је одредио у понуди (на захтев наручиоца) и не може је опозвати после њеног пријема од стране наручиоца (понуђеног).[29] Овај систем несумњиво штити понуђеног од опозива понуде којим би претрпео штету, у смислу трошкова припремних радњи за закључење уговора. Концепт неопозивости понуде усваја и српско право.[30] *Англосаксонски систем* (земље *common law* правне традиције) усваја *концепт*

28 О упоредноправним разликама у погледу рока важења понуде и могућности њеног опозива вид. више код Guenter Treitel, *The Law of Contract*, London, 2003, 41; B. Vukmir, 172–173; Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015, 75; Миодраг Орлић, „*Consideration* и опозив понуде", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1– 3/1991, 237–239; Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право – уговорни односи са елементом иностраности*, Београд, 1970, 65–71; Јелена Перовић Вујачић, „Закључење уговора и правна сигурност – примена међународних стандарда у српском уговорном праву", *Зборник радова 34. сусрета Копаоничке школе природног права* (ур. Јелена Перовић Вујачић), Том 1, Београд, 2021, 40–41.

29 У међународној пракси је уобичајено да се понуђачима остави могућност исправљања и опозива понуде и после њиховог пријема од стране наручиоца, али под условом да писано обавештење о измени или опозиву понуде стигне наручиоцу најкасније последњег дана за подношење понуда. Ово правило садржано је и у документу Светске банке под називом *Sample Bidding Documents* (чл. 24). У хрватској литератури срећемо се са ставом да ће се понуда сматрати формално-правно предатом на дан који је означен као крајњи рок за подношење понуда у тендерској документацији. Вид. B. Vukmir, 172–173.

30 ЗОО, чл. 36 ст. 2; У поступцима јавних набавки наручилац одређује рок важности понуде, који не може бити краћи од 30 дана од датума отварања понуда (ЗЈН, чл. 137).

опозивости понуде, који подразумева да се понуда може опозвати све до момента закључења уговора, без обзира на рок њеног важења.[31] Оваквo решење несумњиво погодује понуђаче и излаже понуђеног (у нашем случају наручиоца) ризику сношења трошкова свих припремних радњи у предуговорном стадијуму. Штавише, принцип *common law*-а је да је рок важности понуде установљен због понудиоца, као вид опомене да неће примити прихват понуде по протеку ток рока. Будући да модерни начини закључења уговора све чешће укључују преписке између одсутних лица, јасно је да практичне потребе налажу да се правна дејства морају признати већ самим изјавама странака у предуговорном стадијуму, а не тек сагласности њихових воља, те да је полазни принцип *common law*-а превише рестриктиван (чак и застарео) и због тога је присутна тенденција његовог ублажавања и у неким земљама *common law* правне традиције.[32] *Романски систем* (нпр. Француска и Италија) усваја средње решење – *концепт опозивости понуде уз заштиту понуђеног*.[33]

Из прегледа упоредно-правних решења можемо закључити да ће наручилац, као понуђени, уживати најјачу правну заштиту у случају да је меродавно неко од права германске правне традиције или права која су се угледала на неко од њих (као што је, примера ради, наше право),

31 Необавезност и опозивост понуде енглески правници правдају теоријом противчинидбе (*Doctrine of Consideration*), по којој је за настанак уговора, поред сагласности воља, потребна и одређена противчинидба. Главни изузетак од овог правила су уговори који се састављају у форми *deed*-а. Будући да понуда представља *обећање без противчинидбе друге стране*, она не обавезује понудиоца. Ово практично значи да у земљама *common law*-а понудилац не може бити обавезан пре понуђеног. Детаљније вид.: G. Treitel, 67–68; Н. Јовановић (2015), 29–31.

32 М. Драшкић, 68; Примера ради, Једнообразни трговачки законик САД (*Uniform Commercial Code*), који прихватају све државе чланице, осим Луизијане (која прихвата концепт француског, а не англосаксонског уговорног права), прописује да је чврста понуда *неопозива*. ЈТЗ САД ставља акценат на *намеру понудиоца да се чврсто обавеже*, те ће понудилац бити обавезан да понуду одржи на снази и у ситуацијама када није одредио рок важења понуде, под условом да наведена намера постоји (чл. 2–205).

33 Иако француско и италијанско право начелно прихватају исти концепт, између њих постоје одређене разлике, које се одражавају на степен заштите понуђеног. Прво, *у случају чврсте понуде*, француско право изричито прописује да ће понудилац чак и тада фактички моћи да опозове понуду и спречи настанак уговора, уз деликтну одговорност за штету према понуђеном, док италијанско право прописује да је чврста понуда у потпуности неопозива. Друга разлика тиче се ситуација у којима се понуђеном признаје *право на накнаду штете*. Наиме, док француско право предвиђа обавезу накнаде штете у случају опозива чврсте понуде и преурањеног опозива понуде у којој није назначен рок важења, италијанско право, са друге стране, предвиђа право понуђеног на накнаду штете у свим ситуацијама у којима је у доброј вери предузео извршење поуздајући се у то да ће понудилац одржати понуду на снази одређено време. Вид. француски Грађански законик (*Code Civile*), чл. 1115–1116; и италијански Грађански законик (*Codice Civile*), чл. 1328–1329.

док ће најслабију заштиту уживати у случају да је меродавно неко од права *common law* правне традиције. Штавише, у случају да је меродавно енглеско право (чисти, изворни *common law*), одредба понуде којом се понуђач обавезује да ће је одржати на снази одређено време суштински нема никакав правни значај и не пружа никакву заштиту наручиоцу, као понуђеном.[34] Када томе додамо да између момената подношења понуде и закључења уговора може проћи доста времена, те да постоји ризик да понуђачи почну масовно да одустају од нуђења (нпр. јер им је додељен посао на другом подухвату), јасно је да, првенствено у *common law* системима, постоји потреба наручиоца за додатним обезбеђењем.[35] Самим тим, наручилац може захтевати од понуђача да на име средства обезбеђења за озбиљност понуде прибаве банкарску гаранцију (*tender guarantee*) или неко друго средство обезбеђења, те да га приложе уз понуду, јер ће им у супротном иста бити одбијена.[36] Захтев за достављањем средства обезбеђења за озбиљност понуде (по правилу, банкарске гаранције на први позив) представља трећу специфичност поступка подношења понуда, коју често предвиђају упутства за понуђаче.[37]

34 G. Treitel, 153–154; Насупрот једностраном обећању понудиоца да ће одржати понуду на снази одређено време, које не производи правна дејства, *уговорно* обавезивање понудиоца на одржавање важности понуде уз одређену противчинидбу понуђеног производи правна дејства и кршење овакве уговорне обавезе рађа уговорну одговорност (тзв. *уговор о опцији*). Вид. John Cartwright, „Negotiation and Renegotiation – An English Perspective", *Reforming the French Law of Obligations* (eds. John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker), Oxford, 2009, 61; М. Орлић, 240.

35 B. Vukmir, 637.

36 У домаћој и међународној пракси на грађевинским подухватима банкарска гаранција се, готово без изузетка, издаје у форми гарантног писма. Садржину гарантног писма, по правилу, одређује наручилац, који у склопу тендерске документације упознаје потенцијалне понуђаче са *унапред припремљеним обрасцем гарантног писма*, који треба прилагодити конкретном послу. Суштина унапред састављених образаца је у томе да из њихове садржине увек произлази да је гаранција издата као безусловна и „на први позив", чиме наручиоци обезбеђују себи сигурнију наплату гаранције, за случај да наступи разлог за наплату гаранције. У међународној пракси су у широкој употреби обрасци гарантних писама које објављују Светска банка и FIDIC, који садрже одредбу о примени Уједначених правила Међународне Трговачке Коморе за гаранције на први позив (*Uniform Rules for Demand Guarantees*) из 2010. године (публикација URDG 758).

37 По Вукмиру, пракса прибављања банкарске гаранције за озбиљност понуде доводи и до елиминисања разлика између упоредно-правних решења у вези са обавезношћу понуде, будући да самом везаношћу за банкарску гаранцију, понуда суштински постаје обавезујућа. Вид. B. Vukmir, 133.

б) Начин спровођења радњи (једностепено и двостепено надметање)

Радње упознавања са својствима понуђача и прикупљања понуда наручилац може спровести симултано (једностепено надметање, *one stage tendering*) или сукцесивно, кроз две фазе (двостепено надметање, надметање са претквалификацијом, *two stage tendering*). Једностепено надметање подразумева да наручилац најпре доставља свим кандидатима тендерску документацију у целини, да би, након протека рока за подношење понуда, заједно разматрао својства и понуде учесника. Овакав метод спровођења надметања, који је уобичајен у пракси се, пре свега на сложеним пословима, може показати као неадекватан, будући да доводи до великих трошкова, како на страни понуђача, у поступку припремања понуде, тако и на страни наручиоца, који, често уз учешће стручних лица, треба да изврши оцену свих понуда и да донесе одлуку о томе који понуђач је најповољнији. Због тога се једностепени поступак у неким ситуацијама, а нарочито код сложених послова, неће показати као ефикасан начин закључења уговора, те се наручиоцима саветује да претходно изврше разликовање потенцијалних понуђача према стручним, техничким, организационим, финансијским и кадровским капацитетима и способностима, кроз *тзв. претквалификациони поступак.*[38]

4. Оцена достављених понуда и одабир најповољнијег понуђача

а) Мерила за одабир најповољнијег понуђача

Наконе протека рока за достављање понуда наручилац приступа оцени достављених понуда. Оцену (упоређивање) понуда наручилац

38 По правном значају и циљу због ког се спроводи, претквалификационом поступку у великој мери наликује формирање *листе понуђача* подобних за извршење одређене врсте посла (*tender list*), од којих ће се касније прикупљати понуде. У земљама у којима је формирање листе понуђача дозвољено (или чак обавезно), кандидати могу бити листирани ако, по поднетој пријави, надлежно тело утврди да испуњавају услове у погледу подобности за извршење одређене врсте посла. Критеријуми за оцену да ли је одређени кандидат подобан за извршење одређене врсте посла су исти или слични као код претквалификационог поступка. Суштинска разлика се огледа у томе што се претквалификациони поступак спроводи у сваком конкретном случају када је наручилац обавезан да тако поступи или процени да тако треба да поступи, док кандидати који, након оцене подобности, једном доспеју на листу понуђача, не бивају оцењивани у сваком конкретном случају, већ само бивају позвани да поднесу понуду. Како не би изгубили увид у евентуалне промене у квалификацијама листираних понуђача на основу којих су доспели на листу, наручиоци им често намећу обавезу периодичног обавештавања о оваквим променама. Вид. J. Bailey, 219; М. Пауновић, 198.

врши применом *мерила за одабир најповољнијег понуђача*, са којим су понуђачи претходно упознати, кроз тендерску документацију. Основно мерило за одабир најповољнијег понуђача је *најнижа понуђена цена* (*lowest price*). Кључне предности коришћења овог мерила су једноставност његове примене (у смислу лаког упоређивања понуда) и обезбеђивање ефективне конкуренције између учесника, чиме се штити интерес наручиоца за проналажењем квалификованог понуђача, који је вољан да изврши посао за најнижу цену. Сложеност и природа посла грађења, пак, подразумевају и друге, *специфичне интересе наручиоца*, који несумњиво превазилазе интерес и потребу за проналажењем „најјефтинијег понуђача", те ће наручиоци често разматрати и друге услове под којима је понуђач вољан да изврши посао (нпр. рок изградње, дужина гарантног периода, ангажовање домаћих извора, пренос технологије на домаћа лица итд.).[39] Штавише, на неким пословима ће примена цене као главног мерила за одабир најповољнијег понуђача често бити у потпуности неадекватна. Овакву ситуацију срећемо код сложених послова изградње, који, поред извођења радова, подразумевају и одређене *обавезе извођача у вези са пројектовањем*, испоруком и монтажом специфичне опреме, преносом технологије итд. На оваквим пословима свака понуда је заснована на другачијем техничком решењу, те се јављају озбиљне потешкоће при њиховом упоређивању.[40] Самим тим, овде је потребно користити специфична мерила за упоређивање понуда (нпр. критеријум подобности техничког решења).[41]

39 М. Пауновић, 196; Судска пракса: (из образложења пресуде Врховног суда Србије прев. 192/2001 од 13. 6. 2001. године): „ (...) У конкретном случају, тужени, као позивалац на надметање у захтеву за понуду за испоруку опреме и извођење радова, искључио је своју обавезу да закључи уговор са оним лицем које понуди најнижу цену, уношењем клаузуле да ће изабрати најповољнијег понуђача. У таквој ситуацији, тужени није имао обавезу да закључи уговор са тужиоцем који је понудио најнижу цену и оцена бонитета понуђача припада искључиво туженом. Тужени је могао да прихвати оног понуђача кога сматра најповољнијим, узимајући у обзир укупне референце понуђача, као што су радно искуство, кадровска и техничка опремљеност, резултати и пословни углед остварен на тржишту и друго. Дакле, цена није искључив елеменат за опредељење о избору понуђача, када је тужени позивом на подношење понуде искључио своју обавезу да прихвати најнижу цену, већ тужени има право да прихвати оног понуђача кога сматра најповољнијим. Како је тужени у свему поступио према условима надметања које је сам одредио, јер тужилац није довео у сумњу да је надметање правилно проведено, тј. према условима како је унапред објављено, то не стоје наводи о повредама поступка, односно правила које стварају обавезу на накнаду штете на основу члана 183 ЗОО."

40 *Ibid.*, 199–200.

41 У поступцима јавних набавки наведена специфична мерила за одабир најповољнијег понуђача треба користити крајње рестриктивно и комбиновати их са другим, поузданијим мерилима (нпр. најнижа понуђена цена), јер отварају простор за

б) Писмо о додели посла (писмо о прихвату понуде?)

Након оцене (упоређивања) понуда, наручилац доноси одлуку о одабиру најповољнијег понуђача и обавештава га да ће њему поверити извршење посла (писмо о додели посла, *Letter of Award*; писмо о прихвату понуде, *Letter of Acceptance*). Будући да писмо о додели посла није именован правни посао, већ творевина међународне праксе, поставља се питање његове *правне природе*? Оцену правне природе писма о додели посла можемо дати с обзиром на његову садржину. Наиме, писмо о додели посла може представљати прихват понуде, предуговор или, евентуално, неки од предуговорних споразума (нпр. писмо о намерама), у зависности од тога какву је обавезу наручилац њиме преузео.[42] Оцена правне природе писма о додели посла нарочито добија на значају у случају да је меродавно право неке од земаља *common law* правне традиције, будући да та права не признају обавезност предуговора и других предуговорних споразума.[43] Дакле, иако назив „писмо о додели посла" упућује читаоца да је несумњиво реч о прихвату понуде, у пракси су се јављали случајеви у којима је наручилац оваквим писмом само желео да изрази *намеру* да додели посао одређеном понуђачу.[44]

Ако из садржине писма несумњиво произлази прихват понуде, *код формалних уговора* (какав јесте уговор о грађењу) се поставља питање да ли је самим чином размене писама понуде и прихвата, у којима су се уговорне стране споразумеле о битним елементима посла, закључен уговор или је за испуњење захтева писане форме и закључење формалног уговора потребно да се потписи уговорних страна нађу на истом документу (посебном обрасцу уговора)?[45] Пратећи захтеве привредне праксе, ЗОО прописује да је захтев писане форме испуњен ако су стране измењале писма понуде и прихвата, не захтевајући потписивање посебне исправе (обрасца уговора), осим у изузетним случајевима.[46] Овакво схватање закључења уговора усвојено је и у упоредном праву[47] и

дискреционо одлучивање наручилаца, односно фаворизовање одређених понуђача „блиских властима" на рачун способнијих и квалификованијих понуђача.

42 B. Vukmir, 153.

43 Н. Јовановић (2015), 69–74.

44 Пример оваквог писма вид. код B. Vukmir, 154.

45 ЗОО, чл. 630 ст. 2, чл. 26.

46 ЗОО, чл. 72 ст. 3–4. Примера ради, ЗОО тражи да се потписи уговорних страна нађу на истом документу код уговора о осигурању, где оба уговорника морају потписати полису осигурања (чл. 901 ст. 1). Овакав захтев код уговора о грађењу не постоји. Вид. И. Јанковец, 271.

47 У енглеском праву не постоји обавеза потписивања посебног обрасца уговора, осим ако су се стране на то обавезале. Слична је ситуација и у већини континентал-

међународној пракси уговарања на грађевинским подухватима.[48] Дакле, ако су уговорне стране размениле писма понуде и прихвата у којима су се сагласиле о *битним елементима уговора*, уговор је настао.[49]

Закључење уговора простом разменом писама понуде и прихвата несумњиво убрзава правни промет, међутим, на сложеним пословима овакав начин закључења уговора може унети правну несигурност у однос између уговорних страна. Примера ради, уговори о грађењу на већим подухватима (нпр. изградња хидроелектрана, канализацио-

них права. Језичким тумачењем одредби неких закон(ик)а, међутим, можемо доћи до закључка о обавезности потписивања посебног обрасца уговора. Тако, немачки Грађански законик (чл. 126 ст. 2) прописује да потписи уговорних страна морају бити на истом документу, осим у случају када је састављено више истоветних примерака уговора (што ће, готово без изузетка, бити случај), када је довољно да свака страна потпише примерак уговора намењен другој уговорној страни. Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 13) прописује да формални уговор мора бити потписан од стране свих лица која се њиме обавезују. Вид. код G. Treitel, 21; М. Драшкић, 99.

48 У међународној пракси уговарања на грађевинским подухватима такође важи принцип да је разменом писама понуде и прихвата уговор закључен, али постоје и изузеци. Примера ради, интересантно је запазити да FIDIC-ове „књиге“, које уређују различите видове сарадње између наручиоца и извођача, различито уређују питање закључења уговора. Наиме, „Црвена“ и „Жута“ књига познају институт посебног обрасца уговора (*Contract Agreement*) и уводе *претпоставку* његовог потписивања у року од 28 дана од дана пријема писма о прихвату понуде, али предвиђају могућност уговорних страна да се другачије договоре (чл. 1.6.). Самим тим, ако се уговорне стране договоре да ће уговор бити закључен прихватом понуде од стране наручиоца (његовим отпослањем или пријемом, у зависности од тога које право је меродавно), неће постојати обавеза потписивања посебног обрасца уговора. Пример формулације оваквог договора нуде FIDIC-ови општи услови у обрасцу писма о прихвату понуде (*Letter of Acceptance*): „*We acknowledge that this Letter of Acceptance creates a binding Contract between us, and we undertake to fulfil all our obligations and duties in accordance with the terms of this Contract*“. Насупрот томе, „Сребрна“ књига предвиђа да ће се сматрати да је уговор закључен тек након потписивања посебног обрасца уговора (*Contract Agreement*). Штавише, „Сребрна“ књига ни не познаје писмо о прихвату понуде (*Letter of Acceptance*), које предвиђају „Црвена“ и „Жута“ књига (чл. 1.1.1.3). Другим речима, по „Сребрној књизи“ је неопходно да се потписи уговорних страна нађу на истом документу, док по „Црвеној“ и „Жутој“ књизи то није случај. О решавању овог питања у међународној пракси вид. William Godwin, *The 2017 FIDIC Contracts*, Hoboken, 2020, 19; Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, *FIDIC Contracts – Law and Practise*, Fifth Edition, London, 2009, 25, 45–46.

49 Насупрот томе, у поступцима јавних набавки је, након доношења одлуке о одабиру најповољнијег понуђача и обавештавања истог о додели посла, потребно испуњење једног додатног услова, који се тиче правне заштите преосталих понуђача (*захтев за заштиту права*). Наиме, да би наручилац пуноважно закључио уговор о јавној набавци потребно је: а) да у законском року није поднет захтев за заштиту права; б) да је коначном одлуком одбијен или одбачен или в) да је поступак заштите права обустављен (ЗЈН, чл. 151 и 152).

них мрежа, гасовода итд.) могу садржати и по неколико стотина (чак и хиљада) страна, те је у међународној пракси уговарања на већим грађевинским подухватима уобичајено да уговорне стране потпишу посебан образац уговора (*Contract Agreement*), са идејом да се њиме уреде само основни подаци о уговорним странама, време закључења уговора, основни подаци о подухвату који се спроводи, листа уговорних докумената и редослед приоритета између њих, цена, рок за завршетак посла и датум ступања уговора на снагу.[50] Дакле, овај образац суштински представља само сажетак онога што су стране претходно договориле и њиме се не мења ништа у битним елементима уговора, што свакако не значи да је његов значај занемарљив. Прво, њиме се утврђује *листа уговорних докумената и редослед приоритета између њих*, што је јако значајно у случају да дође до било каквог спора између уговорних страна, нарочито ако постоји противречност између тих докумената. Друго, уговорне стране њиме на несумњив начин утврђују *време закључења уговора*, што је врло значајно с обзиром на то да од тог момента уговор почиње да производи правна дејства.[51] Треће, потписивањем посебног обрасца уговора *потврђује се и да су се обе стране обавезале на неку чинидбу*, што у земљама *common law* правне традиције представља битан услов да би одређени споразум уживао правну заштиту.[52]

50 B. Vukmir, 154.

51 Док у погледу тезе да понуда и прихват „творе“ уговор постоји консензус у упоредном праву, у погледу питања времена закључења уговора постоје одређене разлике. Наиме, у упоредном праву постоје две главне теорије (са подваријантама). Прва, *теорија отпослања* подразумева да је уговор закључен моментом отпослања прихвата. Предност ове теорије је несумњиво то што се оваквим начином закључења уговора у великој мери убрзава правни промет. Теорију отпослања (уз одређене модификације и под одређеним условима) прихватају, пре свега, земље *common law* правне традиције (Енглеска, САД и др.). Примера ради, у Енглеској се теорија отпослања примењује само у случају да се прихват понуде шаље поштом (*the postal rule*). Друга, *теорија пријема* подразумева да је уговор закључен у моменту када је понудилац примио прихват понуде. Теорију пријема прихвата већина земаља континенталног права, у које спада и Србија (ЗОО, чл. 31). Постоје и земље које теорију пријема модификују у смислу да је моменат *сазнања* за прихват меродаван за одређивање времена настанка уговора (Шпанија, Италија итд.). Будући да је време закључења уговора изузетно важно питање, уговорним странама се саветује да га одреде на јасан начин у уговору. Иако теорија сазнања много вернije одражава начело према коме време закључења уговора треба везати за последњи акт који води његовом закључењу у односу на теорију пријема, теорија пријема је далеко шире прихваћена у упоредном праву због лакоће доказивања тренутка када је уговор закључен. Детаљније вид.: G. Treitel, 24–29; B. Vukmir, 162–163; Н. Јовановић (2015), 76–77, М. Драшкић, 80–85; Ј. Перовић, 57–58.

52 Кључна специфичност *common law* уговорног права у односу на континентално уговорно право огледа се управо у *кругу споразума који уживају правну заштиту*. Наиме, *common law* пружа правну заштиту само споразумима којима се једна страна обавезује на одређену чинидбу за корист коју од друге стране прима, односно терет

IV Предуговорна одговорност

Предуговорна одговорност (*culpa in contrahendo*) представља појавни облик грађанскоправне одговорности за штету која је другој страни проузрокована несавесним поступањем у предуговорном стадијуму. Оваква дефиниција захтева неколико појашњења. Прво, термин „предуговорна одговорност" аутор ће користити у контексту теме овог истраживања, а не у контексту у ком се овај термин иначе користи – као одговорност за несавесно вођење преговора. Наиме, закључење уговора о грађењу надметањем, уз учестало коришћење формуларних уговора, у великој мери ограничава или чак искључује преговоре. Друго, предуговорна одговорност представља *појавни облик грађанскоправне одговорности*, превасходно деликтног карактера, са одређеним карактеристикама уговорне одговорности.[53] Треће, предуговорну одговорност рађа предуговорно поступање противно *начелу савесности и поштења*, као једног од темељних начела нашег јавног поретка у области облигационих односа.[54] Четврто, предуговорна одговорност се односи на *предуговорни*

који друга страна трпи (*противчинидба*) или су састављени у осведоченој писаној форми (*deed*). Другим речима, уговор *common law*-а (*contract*) представља споразум (*agreement*) којим се обе стране обавезују на неку радњу, што значи да је *common law* схватање уговора знатно уже у односу на континентална права (нпр. српско), јер једнострано-обавезујућим споразумима не признаје својство уговора. Осим појмова „споразум" (*agreement*) и „уговор" (*contract*), које је битно разликовати, аутор наглашава да међународна пракса и FIDIC-ови општи услови уводе и појам посебног обрасца уговора (*contract agreement*). Детаљније вид.: G. Treitel, 67–68; B. Vukmir, 136; H. Јовановић, 29–43.

53 Основ предуговорне одговорности је грађанскоправни деликт (повреда начела савесности и поштења), али никако не смемо занемарити чињеницу да се у случају предуговорне одговорности, по правилу, не може тражити накнада целокупне штете (што је иначе карактеристика деликтне одговорности), већ само оне која је настала из несавесности преговарача (што је карактеристика уговорне одговорности). Питање обима одговорности несавесне стране у предуговорном стадијуму по правилу је било разматрано у теорији и судској пракси, а само изузетно у закони(ци)ма. Редак пример је француски Грађански законик, који ограничава обим одговорности на стварно претрпљену штету, односно искључује одговорност за изгубљену добит по овом основу (чл. 1112). Преглед стране литературе вид. код Јожеф Салма, „Одговорност за штету проузроковану несавесним вођењем преговора", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010, 54.

54 ЗОО, чл. 30 у вези са чл. 12. Заснованост предуговорне одговорности на предуговорном поступању противно начелу савесности и поштења прихваћено је и у осталим системима континенталне правне традиције, било у форми закон(ик)а (француски Грађански законик, чл. 1112; немачки Грађански законик, чл. 311, ст. 2 у вези са чл. 241; италијански Грађански законик, чл. 1337; грчки Грађански законик, чл. 197; португалски Грађански законик, чл. 227, итд.) или кроз судску праксу (нпр. Шпанија, Швајцарска, Холандија и Данска). Насупрот континенталном концепту предуговорне одговорности заснованом на начелу савесности и поштења, *common law* усваја *концепт разумног предуговорног ризика* (*normal pre-*

стадијум, који код закључења уговора надметањем почиње позивањем заинтересованих лица да поднесу понуде (учествују у надметању) и достављањем одговарајуће документације, којом би се заинтересована лица упознала са предметом надметања.

ЗОО прописује да ће пошиљалац позива на понуду (организатор надметања, наручилац) одговарати за штету, коју би претрпео понудилац, ако без основаног разлога није прихватио његову понуду.[55] За разлику од случајева у којима се понуда јавља као иницијални предлог за закључење уговора, где понуђени има потпуну слободу (не)прихватања исте, *код надметања се позив на понуду јавља као иницијални предлог за закључење уговора*, што суштински значи да је пошиљалац позива (наручилац) изразио своју вољу и намеру да закључи уговор (*animus contrahendi*) пре понудиоца, те је слобода (не)прихватања понуде оправдано ограничена на ситуације када за то постоји основан разлог.[56] Циљ наведене одредбе је да заштити понуђаче од лакомислених позива наручилаца на подношење понуде који им могу проузроковати озбиљне трошкове у вези са нуђењем. Потреба за заштитом понуђача додатно долази до изражаја на надметањима за спровођење грађевинских подухвата из два кључна разлога. Прво, *трошкови нуђења на грађевинским подухватима* су изразито високи (трошкови у вези са припремом понуде, прибављањем средства обезбеђења за озбиљност понуде и др.). Високе трошкове нуђења можемо објаснити чињеницом да грађевински подухват спада у групу високоризичних подухвата, те да је самим тим и анализа ризика, која претходи формирању цене и припреми понуде, врло сложена и скупа. Друго, оваква надметања често карактерише и *неравноправан положај учесника надметања* (наручиоца и понуђача), будући да наручиоци, као економски и/или преговарачки јача страна, у великој мери диктирају услове под којима ће се понуда подносити и посао извршавати, уз минималан простор за понуђаче да предлажу другачија решења. Ово се односи и на предуговорни стадијум, где

contract risk), који подразумева да свака страна преговара на свој ризик, без икакве дужности преговарања у доброј вери (*good faith*), лојалности према другој страни и сарадње са њом. Непостојање овакве дужности никако не значи да стране не могу бити одговорне за одређене радње у предуговорном стадијуму које су иначе противправне и рађају деликтну одговорност (нпр. погрешно приказивање, *misrepresentation*), или су противне закљученом уговору, те рађају уговорну одговорност (нпр. кршење уговорне забране вођења паралелних преговора, *lock out contract*). Енглески спор *William Lacey Ltd. v. Davis* из 1953. године представља добру илустрацију концепта разумног предуговорног ризика код уговарања у грађевинарству (вид. Н. Јовановића (2015), 73). Детаљније вид. код: J. Cartwright, 51–62; Н. Јовановић (2015), 69–73; Ј. Перовић, 14–17.

55 ЗОО, чл. 35 ст. 2.

56 Миодраг Мићовић, „Позив на понуду“, *Право и привреда*, бр. 3–4/1998, 28.

наручиоци намећу понуђачима услове под којима ће подносити понуду (обавеза нуђења по принципу „чврсте понуде“, обавеза прибављања средства обезбеђења за озбиљност понуде итд.) и на тај начин штите себе од разних предуговорних ризика.

У циљу додатне заштите понуђача на грађевинским подухватима, ЗОО прописује додатно правило да је организатор надметања дужан да закључи уговор са најповољнијим понуђачем, осим ако је ту обавезу искључио у позиву на надметање (*надметање без резерве као законска претпоставка код уговора о делу и уговора о грађењу*).[57] Овом одредбом уводи се обавеза наручиоца да закључи уговор са најповољнијим понуђачем, што значи да ће у случају њеног кршења наручилац бити одговоран за штету коју је тај понуђач претрпео и то у висини *негативног уговорног интереса*, односно трошкова учешћа у надметању.[58] Наведено правило је диспозитивног карактера и у међународној пракси уговарања на грађевинским подухватима се редовно искључује предвиђањем *права наручиоца да прихвати или одбије било коју понуду, односно да поништи поступак надметања у било које доба пре доделе уговора, без икакве одговорности према понуђачима*.[59] Дакле, наручилац позива заинтересована лица да му поднесу понуде под условима из тендерске

57 ЗОО, чл. 604 ст. 1. Законска одредба, истина, говори само о обавези наручиоца да закључи уговор *са оним који понуди најнижу цену*, изузев ако је ту обавезу искључио у позиву на надметање. Имајући у виду да приликом закључења уговора о грађењу долазе до изражаја специфични интереси наручиоца (нпр. краћи рок изградње или дужи гарантни период), те да цена није једино мерило за одабир најповољнијег понуђача, наведена одредба, по ауторовом мишљењу, није довољно прецизна, јер би се из ње могао извести закључак да законска претпоставка надметања без резерве важи само у ситуацијама када је као мерило за одабир најповољнијег понуђача изабрана најнижа понуђена цена, што није исправан приступ. Осим тога, закон уопште не разликује ситуације у којима наручилац у потпуности искључује своју обавезу да закључи уговор са било којим понуђачем од ситуација у којима је само одређено да ће наручилац одабрати најповољнијег понуђача применом неког специфичног (неценовног) мерила. У питању су две потпуно различите ситуације, јер у првој наручилац нема обавезу да закључи уговор ни са једним понуђачем, док би у другој требало да буде (*иако то не произлази из текста законске норме*!) обавезан да применом мерила наведеног у тендерској документацији оцени који понуђач је најповољнији и са њим закључи уговор. *Да закључимо, код уговора о делу и уговора о грађењу, законска претпоставка надметања без резерве би требало да важи увек, независно од тога које мерило за одабир најповољнијег понуђача је изабрао наручилац, а не само у ситуацијама када је као мерило коришћена најнижа понуђена цена*.

58 ЗОО, чл. 27 и 183; И. Јанковец, 263–264.

59 Светска банка у документу под називом *Sample Bidding Documents* изричито предвиђа ово право наручиоца: „*The Employer reserves the right to accept or reject any bid, and to annul the bidding process and reject all bids at any time prior to contract award, without thereby incurring any liability to Bidders. In case of annulment, all bids submitted and specifically, bid securities, shall be promptly returned to the Bidders*.“ (чл. 38, *Employer's Right to Accept Any Bid, and to Reject Any or All Bids*). Овакве одредбе се у пракси

документације, али на сопствени ризик, у смислу да неће бити дужан да им надокнади трошкове у вези са нуђењем, осим ако је поступао противно начелу савесности и поштења (*надметање са резервом*).[60] Дакле, док је за процену одговорности код надметања без резерве без значаја да ли је наручилац поступао савесно или не, код надметања са резервом је предуговорно поступање наручиоца противно начелу савесности и поштења једини основ за његову одговорност.[61]

V Закључак

I Надметање представља начин закључења уговора, који је широко распрострањен у међународној пракси уговарања на грађевинским подухватима. Са једне стране, наручиоци из јавног сектора су у обавези да закључују уговоре (о јавним набавкама) путем надметања,

---

надметања ради спровођења грађевинског подухвата често срећу у делу тендерске документације који се односи на упутства за понуђаче.

60 За разлику од надметања ради закључења уговора о делу и уговора грађењу, где закон уводи претпоставку надметања без резерве, код осталих уговора се у сумњи претпоставља да је у питању надметање са резервом, те ће наручилац имати обавезу закључења уговора са најповољнијим понуђачем само ако је ту обавезу преузео одредбама тендерске (касније уговорне) документације.

61 У поступцима јавних набавки понуђачи ће имати право на накнаду трошкова израде узорка или модела, ако су израђени у складу са техничким спецификацијама наручиоца и трошкова прибављања средстава обезбеђења, *ако је поступак обустављен из разлога који су на страни наручиоца*, под условом да је понуђач захтевао накнаду наведених трошкова у својој понуди (ЗЈН, чл. 138 у вези са чл. 147 ст. 2 и 3). Овакво решење ствара озбиљну правну несигурност за понуђаче (и јавни интерес, у крајњем случају), будући да ЗЈН нигде не прецизира случајеве у којима ће се сматрати да је поступак *обустављен* „из разлога на страни наручиоца". *По ауторовом мишљењу, то ће бити ситуације у којима је поступак обустављен кривицом наручиоца, односно из разлога: а) на које је наручилац могао да утиче или б) које је наручилац морао да узме у обзир пре позивања заинтересованих лица на надметање*. Прву групу разлога можемо представити на актуелном примеру Електропривреде Србије, чији је недостатак средстава за финансирање пројеката проузрокован хаваријом у термоелектрани изазваном крајњом непажњом (квалификована кривица) приликом руковођења. Друга група разлога подразумева да је наручилац направио пропуст у фази припремних радњи (нпр. није истражио тржиште на адекватан начин), те је донео одлуку о упуштању у подухват без неопходних информација, због којих би, да су (му) биле познате раније, другачије формулисао захтеве тендерске документације или чак одустао од спровођења надметања. Имајући у виду осетљивост области јавних набавки, нарочито са аспекта заштите јавног интереса, али и заштите понуђача као слабије стране, мишљења смо да ЗЈН (*који би требало да пропису̂је јасне процедуре, без простора за дискрецију у одлучивању*) ово питање не регулише на адекватан начин, те да је потребно да се изменама закона прецизира термин „разлог на страни наручиоца" из члана 138 ЗЈН-а.

док, са друге стране, наручиоци из приватног сектора то често чине на сложенијим подухватима. Док су процедуре закључивања уговора о јавним набавкама надметањем детаљно уређене посебним законом, прописима се само спорадично и често непрецизно уређују надметања која организују наручиоци из приватног сектора.

II Будући да смо, између осталог, надметање квалификовали као начин закључења уговора, правне празнине у овој области би требало попунити *сходном* применом одредби о закључењу уговора (правила о предуговорној одговорности, позиву на понуду, понуди, прихвату понуде, времену и месту закључења уговора, итд.). Наведене одредбе не би требало примењивати дословце како гласе, већ сходно правној природи надметања као начина закључења уговора. Рецимо, понуђачу би требало признати *право да измени и опозове своју понуду* до истека рока за њено подношење наведеног у тендерској документацији, независно од тога да ли ју је наручилац примио раније или није. Овакав закључак произлази из праксе спровођења надметања, која углавном подразумева да наручилац приступа разматрању и упоређивању понуда тек по протеку рока за њихово подношење, за разлику од уговора који се закључују путем директних преговора, где се необориво претпоставља да наручилац (понуђени) приступа разматрању понуде одмах по њеном пријему. Ако наручилац није приступио разматрању понуде одређеног понуђача, самим тим није имао никакве трошкове у вези са наведеним, те, последично, не постоји *ratio* за ограничавање права понуђача да измени или опозове своју понуду. Начин решавања овог питања носи са собом и битне практичне последице са аспекта наплате гаранције за озбиљност понуде. Ограничавањем права понуђача на измену и опозив понуде се суштински даје легалитет захтеву наручиоца за наплату гаранције, иако претходно није имао никакве трошкове разматрања понуде. На овај начин гаранција суштински постаје средство „кажњавања“ понуђача (као налогодавца), што свакако не би требало да буде њена сврха.

III Будући да је анализа показала да су наручилац (организатор надметања) и понуђачи у неравноправном односу, где наручиоци, као економски и/или преговарачки јача страна, намећу понуђачима суштински све услове обављања посла, јасно је да постоји *потреба за законском заштитом понуђача као слабије стране у предуговорном односу*. Одредба члана 604 ЗОО-а, која је писана са идејом додатне заштите понуђача прописивањем обавезе наручиоца да закључи уговор са оним који понуди најнижу цену, у пракси не производи резултате из два кључна разлога. Прво, одредба је

диспозитивног карактера и у пракси наручиоци редовно искључују њену примену. Друго, текст наведене одредбе говори само о обавези наручиоца („позиваоца“) да закључи уговор „са оним који понуди најнижу цену“. Упитно је, међутим, да ли наручилац има ову обавезу и када је у тендерској документацији одредио неко неценовно мерило за одабир најповољнијег понуђача (рок изградње, дужина гарантног периода, подобност техничког решења и сл.)? Из законског текста то не произлази, али не постоји ниједан ваљан разлог да понуђачи уживају додатну заштиту само када је као мерило за одабир одређена цена, а не и када је наручилац одабрао неко неценовно мерило. Самим тим, сматрамо да је одредбу потребно изменити ради отклањања наведене неправилности, тако да гласи: „Позив упућен одређеном или неодређеном броју лица на надметање за извршење одређених радова, под одређеним условима и уз одређене гаранције, обавезује позиваоца да закључи уговор о тим радовима са понудиоцем који је оцењен као најповољнији применом мерила за одабир из документације за надметање, изузев ако је ту обавезу искључио у позиву на надметање.“

IV Имајући у виду неефикасност заштите понуђача коју пружа одредба о обавезности закључења уговора са најповољнијим понуђачем, као главно средство заштите понуђачима преостаје *право на накнаду трошкова учешћа у надметању*. Док ЗОО прописује да ће понуђачи имати право на накнаду трошкова када наручилац не прихвати њихову понуду „без основаног разлога“, ЗЈН прописује да ће понуђачи имати право на накнаду трошкова у случајевима када је поступак јавне набавке обустављен из „разлога на страни наручиоца“. Садржински посматрано, наведене правне синтагме би требало да покривају сличне ситуације, при чему се могу јавити разлике које произлазе из специфичности режима јавних набавки у односу на режим облигационих односа. У сваком случају, по ауторовом мишљењу, приликом одлучивања о праву понуђача на накнаду трошкова учешћа у надметању нарочито би требало узети у обзир ситуације када уговор није закључен *из разлога на које је наручилац могао да утиче или је морао да их узме у обзир пре позивања заинтересованих лица на надметање*.

Коришћена литература

Bailey Julian, *Construction Law – Volume I, II and III*, New York, 2011.

Baker Ellis, Mellors Ben, Chalmers Scott, Lavers Anthony, *FIDIC Contracts – Law and Practise*, Fifth Edition, London, 2009.

Вилус Јелена, *Уговор о грађењу*, Београд, 1968. (Vilus Jelena, *Ugovor o građenju*, Beograd, 1968)

Вукадиновић Радован, *Увод у институције и право Европске Уније*, четврто измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2011. (Vukadinović Radovan, *Uvod u institucije i pravo Evropske Unije*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kragujevac, 2011)

Vukmir Branko, *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*, Zagreb, 2009.

Godwin Wiliam, *The 2017 FIDIC Contracts*, Hoboken, 2020.

Драшкић Младен, *Међународно привредно уговорно право – уговорни односи са елементом иностраности*, Београд, 1970. (Draškić Mladen, *Međunarodno privredno ugovorno pravo – ugovorni odnosi sa elementom inostranosti*, Beograd, 1970)

Jaeger Axel-Volkmar, Hök Götz-Sebastian, *FIDIC – A Guide for Practicioners*, Berlin –Heidelberg, 2010.

Јанковец Ивица, *Привредно право*, четврто издање, Београд, 1999. (Jankovec Ivica, *Privredno pravo*, četvrto izdanje, Beograd, 1999)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, прво издање, Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, prvo izdanje, Beograd, 2020)

Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)

Козар Владимир, „Неважност уговора о јавним набавкама и накнада штете“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013. (Kozar Vladimir, „Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2013)

Мићовић Миодраг, *Јавно надметање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 1989. (Mićović Miodrag, *Javno nadmetanje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 1989)

Мићовић Миодраг, „Позив на понуду“, *Право и привреда*, бр. 3–4/1998. (Мићовић Миодраг, „Позив на понуду“, *Право и привреда*, бр. 3–4/1998)

Мишковић Маша, Правна природа аукције, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Mišković Maša, Pravna priroda aukcije, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)

Орлић Миодраг, „Consideration и опозив понуде", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 1–3/1991. (Orlić Miodrag, „Consideration i opoziv ponude", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 1–3/1991)

Пауновић Мирослав, „Особености уговора о грађењу у земљама у развоју", *Уговори у међународној трговини II*, Београд, 1987. (Paunović Miroslav, „Osobenosti ugovora o građenju u zemljama u razvoju", *Ugovori u međunarodnoj trgovini II*, Beograd, 1987)

Перовић Вујачић Јелена, „Закључење уговора и правна сигурност – примена међународних стандарда у српском уговорном праву", *Зборник радова 34. сусрета Копаоничке школе природног права* (ур. Јелена Перовић Вујачић), Том 1, Београд, 2021. (Perović Vujačić Jelena, „Zaključenje ugovora i pravna sigurnost – primena međunarodnih standarda u srpskom ugovornom pravu", *Zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava* (ur. Jelena Perović Vujačić), Tom 1, Beograd, 2021)

Салма Јожеф, „Одговорност за штету проузроковану несавесним вођењем преговора", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010. (Salma Jožef, „Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2010)

Treitel Guenter, *The Law of Contract*, Eleventh Edition, London, 2003.

Cartwright John, „Negotiation and Renegotiation – An English Perspective", *Reforming the French Law of Obligations* (eds. Jonh Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker), Oxford, 2009.

***Bojan* GRUJIĆ, LL.M**
PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law,
Legal Adviser for contracting at Energoprojekt Holding a.d. Belgrade,
Serbia

BIDDING AS A METHOD OF FORMATION OF CONSTRUCTION CONTRACT

Summary

Paper analyses bidding as a method of formation of Construction Contract. After preliminary notes, in first part of the paper the author analyses fundamental characteristics of the bidding in general and makes reference to the most important sources of law in this area. Second part of the paper deals with the procedure of bidding, which can usually be divided in four stages. In preliminary stage the Employer shall choose the method of Project execution and organises drafting of the tender documents. In second stage, the Employer invites potential Tenderers to participate in bidding and provides them with tender documents. In third stage, the Employer evaluates capacities and qualifications of (potential) Tenderers and collects their bids. In fourth stage, the Employer evaluates bids and awards the Contract to the most advantageous Tenderer. Finally, author analyses precontractual liability arising out of bidding procedures.

Key words: *Bidding. – Tender Documents. – Letter of Award. – FIDIC. Guarantees.*

Датум пријема рада: 7. 3. 2023.
Датум исправке рада: 24. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.745(497.11) ; 004.738.5:339
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23219A

Владимир* ПЕШИЋ
мастер студент Универзитета у Београду – Правног факултета, судијски приправник Привредног суда у Београду, Србија

ЕЛЕКТРОНСКА МЕНИЦА КАО ПОТЕНЦИЈАЛНО НОВИ ИНСТИТУТ СРПСКОГ ПРАВА

Сажетак

У овом раду аутор испитује да ли меница може, уместо папирног документа, да буде електронски запис. У данашње време комуникација међу трговцима се највише одвија електронским путем. Из тог разлога постоји потреба за дигитализацијом ове хартије од вредности. Иако у српском позитивном праву електронска меница није уређена, неопходно је испитати основна питања у вези са њом, посебно њено издавање и употребу. Стога је сагледана регулатива у вези са електронским документима и електронским потписом, те је иста упоређена са Законом о меници. Када размотримо тренутно законско уређење у пољу електронског пословања, закључујемо да има простора за унапређење нормативног оквира код ове хартије, те да ће бити изразито значајно увести електронску меницу у наш правни систем. То би довело до бржег, лакшег и једноставнијег обављања трговинских послова.

Кључне речи: *Меница. – Електронска меница. – Електронско пословање. – Дигитализација.*

* Електронска адреса аутора: *vladimirpesic75@gmail.com*.

I Увод

Савремена технологија представља особени изазов у регулисању пословних односа привредних субјеката. С једне стране, она доприноси бржој, лакшој и ефикаснијој комуникацији међу трговцима, док је, с друге стране, сигурност коју она пружа предмет регулисања у националним правима, али и на наднационалном нивоу. Честе и брзе промене технологија додатно отежавају нормирање односа заснованих на њеној примени. Премда им друштво у Србији није најнаклоњеније, очигледно је да промене које доносе савремени принципи пословања и комуникације у пословном свету наилазе на широко одобравање,[1] највише из разлога што убрзавају и олакшавају промет роба и услуга, а тиме се остварује и бржи обрт капитала у циљу стицања добити, као основног мотива привредних субјеката. У том смислу је неопходно „редизајнирање" постојећих пословних односа,[2] тачније њихово прилагођавање савременим средствима пословања.

Свакако да у овом пољу кључну улогу има интернет, особито због свог глобалног карактера и чињенице да му може приступити свако лице, те је управо главно средство помоћу ког долази до заокрета у савременој трговини.[3] Оно најзначајније што интернет у свету права доноси јесте околност да многи традиционални правни институти буду искоришћени „на најширем виртуелном простору", уједно снижавајући трошкове пословања.[4] Типичан пример таквог једног традиционалног правног института, односно средства без ког је тешко замислити трговинске односе јесте меница.[5] Управо због свог значаја у пословању при-

1 Ово није случај само са нашом земљом, већ и са читавом Европом, нарочито из разлога што постоји заједничка тежња привредних субјеката и законодаваца да се оствари што виши степен дигитализације. Драган Вујисић, „Дигитализација компанијског права", *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 145; Elina L. Sidorenko, Pierre von Arx, „Transformation of law in the context of digitalization: defining the correct priorities", *Digital Law Journal*, Nr. 1/2020, 26.

2 Александар Љ. Ћирић, *Међународно трговинско право (општи део)*, Ниш, 2010, 120.

3 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021, 122; А. Љ. Ћирић, 122; Озрен Узелац, Душан Протић, „Нека питања правног аспекта електронске трговине", *Право – теорија и пракса*, бр. 10–12/2011, 101–102. Детаљније о правним аспектима интернета вид. Душан В. Поповић, Марко Јовановић, *Право интернета: одабране теме*, Београд, 2017.

4 А. Љ. Ћирић, 120.

5 Меница је у нашем праву уређена Законом о меници – ЗМ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/46, *Службени лист СФРЈ*, бр. 16/65, 54/70 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. Будући да је реч о (типичној) хартији од вредности, супсидијерно се примењује Закон о облигационим – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени*

вредних субјеката, интересовање за меницу никад не престаје, нарочито у данас, када се као нужност намеће дигитализација ове хартије од вредности.[6] Такав тренд у складу је са општим тенденцијама дигитализације пословног окружења, односно тежње да се употреба писаних докумената сведе на најмању могућу меру, а да целокупна комуникација, како између самих привредних субјеката, тако и између њих и државног апарата, буде остваривана електронским путем.[7]

Како овај институт код нас још увек није законски уређен, постоји потреба његовог теоријског сагледавања, из разлога што меница има вишеструки правни значај, као и особена начела на којима почива, а што све може довести до негативних последица уколико се ова хартија од вредности не уреди и не користи у складу са њеном природом.[8] У том смислу је неопходно разјаснити најважнија питања у вези са меницом, како њен евентуални прелазак у електронски облик кроз законске оквире не би пореметио основне постулате на којима почива, што би довело до нежељених ефеката.[9] Притом, вреди напоменути да израз дигитализација менице није најпрецизнији, из разлога што подразумева преношење у електронски облик документа који је изворно настао на други начин (примера ради, на папиру), док цела идеја „еМенице" почива, заправо, на тежњи да она представља електронски запис који је

лист СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, као општи извор за све хартије од вредности.

Више о појму менице, њеном значају у правном промету и осталим питањима у вези са њом, вид. Милан Бартош, Зоран Антонијевић, Владимир Јовановић, *Менично и чековно право*, Београд, 1974, 8–16; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018, 459, 462; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 589, 603 и даље; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, 587, 590–591; Александар Глогинић, *Лексикон меничног права*, Београд, 2010, 63–65, 125. О разлици између начина и средства плаћања, те разумевања чињенице да је менице пре свега начин плаћања, а само изузетно средство плаћања, вид. Мирјана Радовић, *Платни промет – право банкарских платних услуга*, Београд, 2016, 37–38.

6 Концепт електронске менице предмет је разматрања правне науке широм света, премда је свеобухватна регулатива овог облика менице уведена једино у Јапану. Вид. више Paweł Czaplicki, „The Electronic Bill of Exchange Concept from an International Perspective", *Bialystok Legal Studies*, Nr. 5/2021, 188.

7 Д. Вујисић, 145.

8 Ово стога што код употребе менице врло лако може да дође до разноврсних злоупотреба. У том смислу вреди занимљиво запажање да је меница „добар помоћник, али лош господар" („*the bill of exchange is a good helper but a bad master*"). Radim Chalupa, „Abuse of the bill of exchange in business environment", *Право и мултидисциплинарност* (ур. Саша Кнежевић, Маја Настић), Ниш, 2019, 429.

9 „Компјутеризација у хартије од вредности уноси праву 'технолошку револуцију' на плану пословне праксе емисије хартија од вредности (електронске хартије од вредности са заштићеним дигиталним потписима), а на плану правне теорије изазива бројне спорове о правној природи таквих 'производа'." М. Васиљевић, 444.

изворно настао у електронском облику.[10] Отуда је правилније овај институт назвати електронском, а не дигиталном меницом.[11]

Кључан проблем који се овде уочава јесте однос меничног начела формалности са захтевима, и концепта електронске менице, с обзиром на то да ово начело захтева својеручни потпис издаваоца менице, али и писмену (практично, папирну) форму, што је неспојиво са захтевима тзв. еМенице. У том смислу се и у литератури наводи како је форма менице битан услов за постојање самог меничноправног односа.[12] Остаје, међутим, питање на који начин схватамо форму, односно какве су нормативне и техничке могућности за уподобљавање електронске форме захтевима писмене форме у овом домену.[13] Да би се добио одговор на ово питање, нужно је сагледати тренутна правила у погледу електронског општења и њихово повезивање са меничноправним правилима, из чега треба да произађе закључак о (не)могућности дигитализације ове хартије од вредности или макар њеној отежаној дигитализацији у односу на друге правне инсститутe.

II Иницијатива за увођење електронске менице

Како се истиче у теорији, у поређењу са појачаном дематеријализацијом хартија од вредности, чињеница да иста не захвата и меницу изазива опадање њеног значаја у трговини.[14] Отуда не чуди подношење

10 Јован Вујичић, „Једноообразна правила за дигиталне трговинске трансакције: новотарија или неопходност“, *Право и привреда*, бр. 4/2022, 724. Вид. Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању – ЗЕД, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017 и 52/2021, чл. 2 ст. 1 тач. 4, 43, 44. Иста ситуација је и са категоријама електронског и дигиталног потписа. Више вид. Stephen Mason, *Electronic Signatures in Law*, 4th edition, London, 2016, 197–198.

11 Ипак, у раду ће често, ради једноставнијег изражавања, бити речи о процесу дигитализације менице, иако он не одражава суштину потенцијално новог правног института.

12 Зоран Антонијевић, Милан Љ. Петровић, Божидар Павићевић, *Банкарско право*, Београд, 1982, 368.

13 Ово стога што је услов писмене форме испуњен само кад је писмена изјава праћена својеручним потписом даваоца, док се изјава дата у електронској форми потврђује квалификованим електронским потписом (који, са своје стране, подразумева одређене претходне техничке радње прибављања и коришћења истог). Мирјана Радовић, „Текстуална форма („писмено, на папиру или другом трајном носачу података“) у српском и упоредном праву“, *Harmonius*, 2016.

14 Paweł Czaplicki, 194. Још је при крају прошлог века указивано на нужност дигитализације уопште преносивих хартија, а тиме и менице, ако се жели да ове задрже своје својство негоцијабилности, будући да би оно било угрожено ако би остало у дотадашњем стању, док се трговина све више окреће електронском општењу.

иницијативе за „еМеницу“ децембра 2020. године,[15] којом се предлаже дигитализација ове хартије од вредности, јер је, како се наводи, „у интересу финансијских организација и њихових клијената да се омогући ефикасно и безбедно пословање“.[16] Како би се постигао предложени циљ, неопходно је ускладити регулаторни оквир у овом домену.

Нужност увођења електронске менице препозната је и у предлозима за унапређење пословног амбијента у Србији од стране Савета страних инвеститора (FIC – *Foreign Investors Council*), који су објављени у тзв. Белој књизи за 2020. годину.[17] Наглашава се како дигитализација менице није значајна само из угла банкарског пословања, него и за

Вид. Leif Gamertsfelder, „Electronic Bills of Exchange: Will the Current Law Recognise Them?“, *University of New South Wales Law Journal*, 1998, доступно на адреси: *http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/1998/50.html*, 2. 4. 2023.

Ако упоредимо у овом контексту меницу са чеком (као сличном, али јасно различитом хартијом од вредности), уочавамо да он у многим земљама постоји у електронском облику, те да је створен да врши исте оне функције које остварује и папирни чек. Доступно на адреси: *https://www.investopedia.com/terms/e/electroniccheck.asp*, 7. 4. 2023. Више о електронском чеку вид. Arnold J. Goldman, William D. Sigismond, *Business Law: Principles and Practices*, 8th edition, Mason, 2011, 368–369.

Исто тако, постоји и електронска теретница, која је уређена на међународном плану тзв. Ротердамским правилима, односно Конвенцијом УН о уговорима о међународном превозу робе комбиновано или морем из 2009. године (*United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*). Овим правилима се оснажује употреба теретнице као електронског записа уместо њеног папирног облика, под условом да су се с таквим начином издавања и коришћења ове превозне исправе сагласили превозилац и пошиљалац. У сваком случају, издавање, искључива контрола или пренос електронске теретнице има исти ефекат као издавање, држање или пренос класичне теретнице (чл. 8). Такође, овим је правилима предвиђена процедура којом се остварује сигурност у погледу издавања и коришћења теретнице као електронског записа. (чл. 9 пар. 1), што омогућава пренос електронске теретнице (чл. 57 пар. 2). Истоветна правила садржи и наш Закон о трговачком бродарству, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015 и 113/2017 – др. закон, чл. 297 и 298. О електронској теретници и изазовима који се у вези са њом јављају, вид. Душанка Ђурађев, „Превозне исправе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2011, 57–58; K.A.A.N. Thilakaratne, H.S.D. Mendis, „Using an Electronic Bill of Lading as a Document of Title: Prospects and Challenges“, *The Bar Association Law Journal*, 2020, 3–8.

15 Иницијатива за еМеницу, Београд, 2020, доступно на адреси: *https://fic.org.rs/wp-content/uploads/2020/12/Link-3-Inicijativa-eMenica.pdf*, 1. 4. 2023. Иницијатива је поднета децембра 2020. године Министарству финансија Републике Србије и Народној банци Србије од стране НАЛЕД-а, Америчке привредне коморе и Савета страних инвеститора.

16 Иницијатива за еМеницу, 1.

17 Бела књига – Предлози за унапређење пословног окружења у Србији (2020) (Foreign Investors Council, *White book – Proposals for improvement of the business environment in Serbia*, Belgrade, 2020), доступно на адреси: *https://fic.org.rs/wp-content/uploads/2020/11/White-Book-2020.pdf*, 1. 4. 2023, 33–37.

привреду у целини.[18] У издању за 2021. годину, FIC такође наводи да је у оквиру даљег рада на дигитализацији у Србији потребно омогућити примену института дигиталне менице, али се напомиње и значајан корак Народне банке Србије (НБС), која је оформила радну групу са циљем оспособљавања регистра дигиталних менице, те на тај начин усклађивања ове хартије од вредности са осталим финансијским услугама.[19] Наиме, банкарска пракса уочила је као проблем чињеницу да је законом регулисана могућност да грађани електронским путем прибаве кредит, као и идентификација путем видео линка, али не и прибављање средстава обезбеђења, посебно менице као најчешћег међу њима, будући да иста мора бити својеручно попуњена и потписана у папирном облику.[20]

Из свега овога произлази да је пословна пракса заинтересована за увођење електронске менице у правни систем Србије, оправдано сматрајући да би то ишло у корист читавом (привредном) систему. Управо из тог разлога је неопходно размотрити кључна питања у вези са издавањем и употребом менице у електронском облику.

III Меница и дигитализација

1. Издавање (електронске) менице

Када говоримо о издавању менице, два су кључна питања на која треба дати одговор. Једно је на који начин се меница издаје, док је друго питање када се сматра да је меница издата, односно од ког момента производи правна дејства. Одговор на прво питање је донекле већ дат у претходним редовима, указивањем на околност да је неопходно да изјава воље издаваоца буде дата у писменој форми и праћена његовим

18 *Ibid.*, 35.

19 Бела књига – Предлози за унапређење пословног окружења у Србији (2021) (Foreign Investors Council, *White book – Proposals for improvement of the business environment in Serbia*, Belgrade, 2021), доступно на адреси: *https://fic.org.rs/wp-content/uploads/2021/11/White-Book-2021.pdf*, 1. 4. 2023, 34–35.

20 Бела књига – Предлози за унапређење пословног окружења у Србији (2021), 34; Бела књига – Предлози за унапређење пословног окружења у Србији (2021), 34. Додуше, стриктно законски посматрано, једино је нужно да меница буде својеручно потписана, док ће остати пуноважна и ако је текст изјаве воље издаваоца унет механичким средством (примера ради, штампањем), као и ако није издата на папиру, него на некој другој покретној ствари (хипотетички би то могла да буде, рецимо, салвета). Ипак, готово увек ће се меница издавати на меничном бланкету који штампа Народна банка Србије, нарочито због чињенице да се куповином тог бланкета истовремено плаћа такса, без које се меница не може користити за принудну наплату. Више вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 598, 606, 616.

својеручним потписом. Ради олакшавања употребе ове хартије од вредности, НБС прописује и штампа образац, тзв. јединствени менични бланкет, са исписаним меничним елементима и простором за њихово уношење.[21] Његова предност јесте у томе што, с једне стране, издаваоцу олакшава само давање изјаве воље, јер смањује ризик пропуштања уношења неког од битних меничних елемената, док, с друге стране, његовом се куповином уједно плаћа прописана такса која важи до одређеног износа меничне своте.[22]

Одговор на друго питање зависи од тога коју теорију прихватамо када је реч о тренутку издавања менице.[23] У том смислу је у српском праву општеприхваћен став да меница, будући хартија од вредности, представља једнострану изјаву воље њеног издаваоца, те да настаје кад је потписану од издаваоца прими први законити ималац (теорија емисије).[24] Дакле, тек од момента пријема менице, законити ималац може располагати правима из ње.

Уколико претходна два питања проблематизујемо и сместимо их у контекст прописа о електронском пословању, можемо уочити да изложено не представља препреку дематеријализацији ове хартије, иако *prima facie* изгледа другачије. Наиме, ова се питања јављају више као привидна, техничка препрека,[25] будући да имамо одговарајући законодавни оквир унутар кога се могу кретати измене меничног прописа, те да нема ризика за сукоб темељних постулата менице са прописима који уређују пословање савременим техничким средствима. Наведени закључак произлази из анализе релевантних прописа о електронском пословању, те њихове контекстуализације у светлу меничноправних правила.

Наиме, иако је у пракси општеусвојено издавање менице путем меничног бланкета, чини се да чак и сам Закон о меници не представља препреку да ова менична радња пређе у електронски облик. Читањем одредби самог закона, јасно је да ЗМ није изричит и искључив у погледу материјала на који ће се уносити менични елементи. Штавише, и не говори изричито да то мора бити ма какав материјални облик. Ипак, имајући у виду околност да се захтева својеручни потпис даваоца изјаве, тиме се умањује могућност давања изјаве на неки други начин, на неком другом материјалу, односно дематеријализовано. Отуда и не чуде наводи

21 Одлука о јединственом меничном бланкету, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/94 и *Службени гласник РС*, бр. 39/2004.

22 Стеван Милићевић, *Хартије од вредности (меница и чек)*, Београд, 1981, 27.

23 Више о овим теоријама, вид. М. Васиљевић, 457–458, 463–465.

24 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 593; И. Јанковец, 569, 611. Вид. ЗОО, чл. 237.

25 L. Gamertsfelder.

у нашој ранијој правној науци како је меница „само и искључиво писмени правни акт“.[26] Међутим, прилику да се овакво стање ствари промени у великој мери пружа Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању из 2017. године (ЗЕД),[27] који садржи релевантне одредбе којима се подстиче електронска форма докумената, нарочито чињеницом да га по снази изједначава са оним у папирном облику, будући да се електронском документу не може оспорити пуноважност, доказна снага, као ни писана форма само зато што је у електронском облику.[28] Ово је у складу са тенденцијом у упоредном праву, где се тежи да се трговина што више окрене електронском формату, а да тај циљ не спутавају неке безначајне препреке, попут оне да се истиче да електронски документ нема исту снагу и не пружа исту сигурност као онај папирни.[29] Наравно, то ни у ком случају не треба да угрожава правну сигурност, те је нужно створити одговарајуће услове помоћу којих меница може сигурно да настане, постоји и циркулише у правном промету, а и да сами учесници меничноправног односа буду адекватно правно заштићени. Иначе је развојни пут хартија од вредности у многим земљама текао тако да се тежило постизању двоструког циља. С једне стране су стварани бољи услови који би пружили сигурност имаоцу хартије, док се, с друге стране, ишло ка томе да се омогући што лакша циркулације те хартије.[30] Нема сумње да наведеним циљевима треба стално тежити, нарочито у погледу електронског облика хартија од вредности, будући да ту поред уобичајених изазова постоје и они везани са утврђивање идентитета учесника посла, али и појачане заштите њихових података. У сваком случају, документ који је изворно настао у електронском облику сматра се оригиналом.[31]

Чињеница да би се са папирног, штампаног меничног обрасца прешло на његов електронски облик, сама по себи, јесте ваљан аргумент у прилог дигитализацији ове хартије, с обзиром на то да би се још више олакшало попуњавање истог, уједно смањујући простор за грешке које могу настати у тексту изјаве воље приликом његовог ручног уношења. Ипак, већу проблематику ствара стављање потписа издаваоца, односно утврђивање чињенице да је баш то лице оно које је имало намеру да се

26 С. Милићевић, 20.

27 Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању – ЗЕД, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017 и 52/2021.

28 ЗЕД, чл. 7.

29 Justin Hughes, „The Internet and the Persistence of Law“, *Boston College Law Review*, Nr. 2/2003, 389.

30 З. Антонијевић, М. Љ. Петровић, Б. Павићевић, 342.

31 ЗЕД, чл. 10 ст. 1.

менично обавеже. Управо из тог разлога је неопходно сагледати тренутно стање регулативе у том домену, као и могућности за њихове измене у правцу оснаживања менице као електронског документа.

а) Потпис издаваоца и утврђивање његовог идентитета

Када се једно лице својеручно потпише на крају одређеног текста (једностране изјаве воље, уговора и сл.), то представља доказ да је оно упознато са садржином текста и да је на њу пристало, потврђујући га својим потписом. Уједно се претпоставља да је лице чију ознаку носи потпис управо оно лице које се и потписало, односно да није у питању фалсификат. Супротно је потребно доказати. Таква ситуација је и са својеручним потписом на крају меничног слога, будући да њиме издавалац исказује намеру да постане менични дужник, те се претпоставља да је лице чије име и презиме означава конкретни потпис издавалац те менице, она је пуноважно издата и циркулише, све и да је потпис фалсификован.[32] Из овога видимо да и својеручни потпис не представља најбољу заштиту приликом заснивања једног меничноправног односа. Другим речима, ништа мање ризика не носи такав, ручни начин од оног електронског, који, пак, има неке своје недостатке. С правом, наравно, постоји забринутост у погледу електронског потписивања изјава воље, премда развој технологије доприноси томе да такав начин буде сигурнији од оног класичног.[33] У том смислу треба разумети и дефиницију електронског потписа, под којим се подразумева „скуп података у електронском облику који су придружени или логички повезани са другим (потписаним) подацима у електронском облику тако да се електронским потписом потврђује интегритет тих података и идентитет потписника.“[34] Електронском потпису се, исто као и електронском документу, не може оспорити пуноважност или доказна снага само зато што је настао у електронском облику или из разлога што не испуњава услове за квалификовани електронски потпис.[35] Видимо, дакле, да законодавац са свих аспеката подстиче процес електронског пословања. Додатно што правни значај потписа није у његовом облику, него у информацијама које преноси.[36]

32 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 618. Отуда лице које је потписало меницу туђим именом и није менични дужник, будући да се његово име не налази на меници. Ипак, такав његов поступак рађа грађанскоправну и кривичноправну одговорност. И. Јанковец, 614–615.

33 L. Gamertsfelder.

34 ЗЕД, чл. 2 ст. 1 тач. 20.

35 ЗЕД, чл. 50 ст. 1.

36 L. Gamertsfelder; S. Mason, 198–199.

Иако је својеручни потпис издаваоца велика сметња постојању менице у електронском облику, ЗЕД својим правилима ублажава тај јаз између традиционалног и савременог концепта пословања, односно готово да га и укида. Наиме, у својим одредбама он прописује да квалификовани електронски потпис има исто дејство као и својеручни потпис.[37] С друге стране, пак, ту је и одредба по којој се правила о електронском потпису не примењују „на правне послове за које је посебним законом предвиђено да се не могу предузети у електронској форми", из које видимо да начелни приступ о правном признању дејстава електронских потписа није апсолутан.[38] Ова одредба, такође, представља значајни аргумент у прилог могућности коришћења менице у електронској форми. Наиме, Законом о меници није забрањено да ова буде издата у електронској форми, чак изричито нема помена и да мора да буде на папиру у писменој форми, те сходно принципу да је дозвољено све што није изричито забрањено (наравно, под условом да није противно основним постулатима правног поретка), произлази да, макар у овом домену, нема препрека да меница постоји и циркулише као електронски документ.

Основна недоумица у вези са издавањем и потписивањем менице електронским путем тиче се чињенице да, и поред начелне и гарантоване сигурности самог квалификованог потписа, ипак постоји бојазан да би тај „скуп података" могло да искористи неко друго лице. Дакле, проблем се своди на својеврсни фалсификат у електронском пољу. Иако је квалификовани електронски потпис „напредни електронски потпис који је креиран квалификованим средством за креирање електронског потписа и који се заснива на квалификованом сертификату за електронски потпис и који је издат од стране пружаоца квалификоване услуге од поверења у складу са овим законом",[39] те већ по дефиницији подразумева највиши ниво поузданости, ипак преузимање меничне обавезе захтева намеру једног лица да се у том смислу обавеже, па је неопходно обезбедити адекватне услове који ће подстаћи учеснике у правном промету да користе овакав начин пословања.[40] Заправо, кроз одговарајућу законску, а пре свега подзаконску регулативу, показује се како издавање менице на овај начин ствара мање ризика да ће једно лице, туђим потписом, издати меницу и тиме изиграти правила и злоупотребити права. Чак и законодавац детаљно уређује утврђивање идентитета код

37 ЗЕД, чл. 50 ст. 2.

38 ЗЕД, чл. 50 ст. 3; Драго Љ. Дивљак, „Правно дејство електронских потписа у међународној регулативи и праву Србије", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2019, 356.

39 ЗЕД, чл. 2 ст. 1 тач. 30.

40 S. Mason, 341–342.

електронске комуникације, преко шеме електронске идентификације,[41] која мора да садржи „податке за идентификацију лица на издатим средствима за идентификацију, који јединствено одређују правно или физичко лице“.[42] Притом, различите нивое поузданости остварују различите шеме, те је свакако пожељно да у контексту електронске менице то буду шеме високог нивоа поузданости, „које обезбеђују високо поверење у идентитет којим се лице представља и користе средства и процедуре чија сврха је да онемогуће злоупотребу односно неистинито представљање“.[43]

У том смислу важна је и активност НБС, посебно она на доношењу одговарајућих подзаконских аката. Такав један акт представља Одлука о условима и начину утврђивања и провере идентитета физичког лица коришћењем средстава електронске комуникације.[44] Ова Одлука представља додатни степеник у јачању позиције електронске комуникације међу субјектима права, доприносећи сигурности таквог начина општења. Наиме, као што и сам назив Одлуке казује, она уређује како и под којим условима се утврђује и проверава нечији идентитет у случају када то лице није физички присутно у месту где се врши трансакција или успоставља пословни однос са обвезником, односно са субјектом који врши неки од послова који потпадају под надзор НБС и закона којим се регулише област спречавања прања новца и финансирања тероризма.[45] Притом, значај Одлуке, у контексту предузимања меничних радњи, јесте у томе што обухвата сва она лица која и иначе могу бити потписници менице, с обзиром на то да се односи на физичко лице, његовог законског заступника, затим предузетника, те на физичко лице које је заступник правног лица.[46] Детаљно је наведеном Одлуком прописан читав поступак, од саме припреме идентификације (како организационе, тако и просторне и техничке), све до података и докумената који се проверавају, све у циљу поузданог утврђивања идентитета провераваног лица. Имајући у виду чињеницу

41 Вид. ЗЕД, чл. 17–22.

42 ЗЕД, чл. 17 ст. 1 тач. 1.

43 ЗЕД, чл. 18 ст. 1 тач. 3. Поред ове, постоје још и шеме основног нивоа поузданости, које обезбеђују ограничено поверење у идентитет, као и шеме средњег нивоа поузданости, код којих постоји значајно поверење у идентитет којим се лице представља. Вид. тач. 1 и 2 истог члана. Јасно је, дакле, да је у интересу правне сигурности и остварења функција менице да у употреби буде висок ниво поузданости.

44 Одлука о условима и начину утврђивања и провере идентитета физичког лица коришћењем средстава електронске комуникације – Одлука, *Службени гласник РС*, бр. 15/2019, 84/2020 и 49/2021.

45 Вид. Одлука, тач. 1 и 2.

46 Одлука, тач. 2 подтач. 2.

да су обвезници у смислу ове Одлуке, првенствено, субјекти платног промета, може се очекивати да имају одговарајуће техничке, ресурсне и остале могућности за остваривање оваквог вида комуникације, те да га својом праксом додатно подстакну. На основу свега овога, закључујемо да издавање менице у електронском облику подразумева одређене ризике, али исто тако се чини да пружа, како веће могућности, тако и већу сигурност, односно заштиту од злоупотреба.

б) Моменат настанка електронске менице

Видели смо да меница као хартија од вредности настаје оног момента кад њен издавалац да изјаву воље, те је потписану преда првом законитом имаоцу. Од тог момента овај може да располаже правима из ње, те ако му је меница послата поштом, сматра се да је предаја менице извршена у часу кад ју је ремитент примио, а не кад је пошиљка предата пошти.[47] Ово стога што је та ситуација фактички изједначена са оном да издавалац састави меницу, али да је још не преда имаоцу, будући да ова, правно посматрано, није издата (створена).[48] Све ово последица је теорије емисије и не изазива никакве дилеме кад је реч о меницама у папирном облику, код којих заиста може доћи до физичке предаје исправе. Међутим, поставља се питање каква је ситуација са меницом која би била издата у електронском облику, будући да у том случају не бисмо имали исправу у физичком смислу, већ би посреди био електронски запис. Следствено томе, дошло би до измене традиционалног режима хартија од вредности, јер више не би постојало право на хартији, већ искључиво права из хартије.[49]

Могуће решење наведене недоумице могла би да буде аналогна примена правила која у том смислу важе за серијске хартије од вредности, према којима ове настају кад их издавалац упише на рачун имаоца у Централном регистру.[50] Другим речима, упис у рачун имаоца серијске хартије се по свом дејству изједначава са предајом имаоцу појединачне хартије.[51] У прилог овоме иде и чињеница да серијске хартије престају, будући електронске исправе, на начин да се бришу са рачуна имаоца по испуњењу обавезе.[52] Из тога би се дало закључити да би се и меница

47 И. Јанковец, 611.

48 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 583.

49 М. Васиљевић, 443. Иначе, такву ситуацију већ имамо са серијским хартијама од вредности, будући да су оне дематеријализоване. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 572.

50 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021, чл. 5 и 6 у вези са чл. 237 и 238 ЗОО.

51 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 583.

52 *Ibid.*, 585.

брисала као електронски запис како би престала као хартија од вредности. Међутим, оваква аналогна примена не би била примерена у контексту електронске менице, ма колико се, *prima facie*, показивала сличност између ових хартија.

Наиме, у овом случају морамо имати у виду различиту природу менице као појединачне хартије од вредности, с једне стране и серијских хартија од вредности, с друге стране. Тачније, различити су разлози због којих се издају, будући да се појединачне хартије издају како би се одређеном лицу испунила нека обавеза, док се серијске продају већем броју лица ради сакупљања капитала.[53] Отуда није логично да одређени ималац менице отвара рачун код Централног регистра, јер она није финансијски инструмент, њу издавалац не продаје имаоцу, па да треба да је уписује као одређену вредност на рачуну. Напротив, он њу издаје са циљем да намири имаоца, те је она имаоцу потребна као засебан документ, који може користити ради наплате или даљег коришћења у промету. Из тог разлога се најадекватнијим чини оно решење које већ постоји у нашем праву, само не изричито у погледу менице, али свакако у погледу електронске комуникације. Предаја менице у традиционалном режиму представља доказ да ју је ималац примио, а том се чину у електронском општењу уподобљава потврда о пријему електронског документа. Потврду о пријему електронског документа издаје прималац електронског документа или пружалац услуге електронске доставе.[54] Овакво правило у потпуности одговара природи менице, с обзиром на то да је, макар у тренутку издавања, реч о једностраној изјави воље усмереној ка тачно одређеном лицу, те само та лица и треба да су укључена у ту меничну радњу. Међутим, издавање менице је само једна од меничних радњи. Оно што чини предност ове хартије од вредности јесте њена преносивост, њена способност да циркулише у правном промету, те је неопходно испитати какви изазови предстоје у том погледу ако бисмо менични бланкет заменили електронским записом.

2. Циркулисање (електронске) менице у правном промету

Након што меница буде пуноважно издата, она почиње да производи правно дејство, односно од тог момента настаје менично потраживање законитог имаоца, које он може да остварује против издаваоца и евентуалних других меничних дужника.[55] Он може и да не

53 *Ibid.*, 572.

54 ЗЕД, чл. 13. Чини се да би овакво решење било прихватљиво и за радњу презентације менице, само што би смер комуникације био обрнут, односно ишао би од имаоца ка издаваоцу.

55 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 618.

остварује та права, већ да меницу даље пренесе на друга лица. Дакле, меница издавањем постаје типична хартија од вредности, са једним од својих кључних обележја, које се састоји у њеном својству преносивости (негоцијабилности).[56] У том смислу се при коришћењу менице у правном промету предузимају различите правне радње, попут умножавања, преноса, презентације, акцепта, исплате и осталих меничних радњи.[57] Задржаћемо се само на неким радњама које предузимају учесници меничног посла, посматрано из угла електронске менице, премда би било значајно испитати овакву меницу у погледу свих меничних радњи и могућности да исте буду на овај начин предузете, но то захтева много детаљнију анализу него што је она захваћена овим радом.[58]

Законити ималац има право да меницу пренесе на друго лице, а разлог због ког то чини почива на томе што ће често имати потребу за новцем и пре доспелости менице (када би, по редовном току ствари, имао право да је презентира на исплату и дође до меничне своте), те ће је зато продати (есконтовати), мада преносом менице може да се постигне и други циљ, који се састоји у намирењу повериоца законитог имаоца давањем менице уместо новца.[59] Два су начина на који се меница преноси. С једне стране, могуће је да ималац уступи потраживање, односно право из менице другом лицу, у ком случају је у питању цесија меничног потраживања.[60] Посматрано са становишта менице као електронског записа, та околност не би ништа реметила могућност преношења потраживања на овај начин. Будући да се овде преноси само право из менице, утолико би лакше било и само преношење и касније коришћење менице за исплату (наплату), јер би она остајала записана у електронском облику, уз одговарајуће бележење чињенице да је менично потраживање уступљено. Притом, на основу уписане клаузуле о цесији (тзв. ректа клаузуле), стицалац стиче право да захтева да му преносилац преда меницу.[61] Тим пре би читав процес био лакши, бржи и сигурнији посредством електронске комуникације.

Други начин преноса менице јесте путем индосамента, односно наредбе на основу које законити ималац, као индосант, одређујући

56 L. Gamertsfelder. О особинама које једна исправа мора да испуни да би се сматрала хартијом од вредности, вид. М. Васиљевић, 440–443.

57 Детаљно о свим радњама вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 615 и даље.

58 Отуда не би било правилно да се на основу анализе неколико меничних радњи које би могле да се врше електронским путем без препрека изведе закључак да се тиме показује како све радње могу бити предузимане на тај начин. Напротив, потребно их је све појединачно испитати из угла правила о електронском општењу.

59 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 623.

60 И. Јанковец, 618; М. Васиљевић, 482.

61 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 624.

друго лице (индосатара) као новог законитог имаоца, од повериоца постаје дужник.[62] Попут претходног начина, и код индосирања је непоходно да преносилац упише одговарајућу клаузулу[63] и да је вољно преда индосатару.[64] Отуда би овде, као и код цесије, чин предаје електронске менице, могао ићи путем електронске комуникације, док би се наредба индосанта бележила на електронском запису на коме је и сама меница.[65] Како се меница издаје са циљем да буде исплаћена од стране меничног дужника, наплатом меничног потраживања као права из менице остварује се њена сврха.[66] Ово никако не треба да наведе на (погрешан) закључак да се тиме одступа од инкорпорације, односно везаности потраживања за исправу у којој је садржано. Напротив, овиме се само истиче како исправа (било као папирни, било као електронски запис) нема никакву материјалну вредност, али да остваривање права на које се она односи зависи од постојања те исправе, чиме се вредност такве исправе фактички поистовећује са вредношћу права на које се односи.[67] Из свих ових разлога се истиче како негоцијабилност менице не би била угрожена у случају увођења њеног електронског облика, чак би сам чин индосирања и преноса менице тиме постао доста једноставнији.[68]

Још неке меничне радње биле би олакшане или, пак, за њима не би било потребе у случају електронске менице. Најпре, потреба за умножавањем менице готово да и не би постојала, тачније, не би била спојива са оваквом хартијом. Ово из разлога што су основни разлози за умножавање менице заштита од ризика њеног губитка или оштећења и ефикасније обављање меничних радњи.[69] С једне стране, будући електронски запис, није могуће да се оштети или нестане, самим тим нестаје потреба и за амортизацијом менице. С друге стране, нема више разлога и да се исти примерци умножене менице користе тако да се

62 И. Јанковец, 617.

63 Ово се чини уношењем, примера ради, клаузула „индосирам на“, „платите по наредби Марка Марковића“ и сл.

64 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 576.

65 То, додуше, не би било у складу са духом индосирања као радње која је своје име добила по томе што се наредба идносанта бележи на полеђини менице (лат. *in dosso* – на леђима), али би свакако била остварена сврха индосирања, а то је у коначници далеко значајније.

66 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 637.

67 М. Васиљевић, 441. Исто и М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 3, који наводе да су трговачки ефекти (хартије од вредности) „исправе које претпостављају извесну вредност, мада оне саме немају стварну, унутрашњу или материјалну вредност, односно за које се претпоставља да се за њих може добити она вредност на коју гласе“.

68 L. Gamertsfelder.

69 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 620.

један пренесе на новог законитог имаоца, а други пошаље трасату на акцептирање, јер све то може да се обавља одговарајућим бележењем на самом електронском запису. У прилог томе говори и правило да се сваки примљени електронски документ сматра посебним документом.[70] Донекле је другачија ситуација са преписом, односно копирањем електронске менице. Овом меничном радњом законити ималац сачињава препис (копију) менице, која је у свему верна оригиналу, а разлог због ког то чини, односно правни значај ове радње сличан је оном код умножавања менице.[71] Отуда, из разлога које смо претходно навели, и потреба за преписом менице би се у случају њеног електронског облика свела на најмању могућу меру, нарочито што не би било могуће (а не би имало ни сврхе) уносити тзв. аретирајућу клаузулу („довде препис"), након које би све клаузуле биле оригиналне. Међутим, посматрано са становишта прописа о електронском пословању, постоји могућност копирања електронског документа и његово коришћење у папирном облику као оригинала, с тим да бисмо тиме изиграли *ratio* института електронске менице. Наиме, копија електронског документа на папиру израђује се штампањем спољне форме електронског документа, а да би такав одштампани примерак електронског документа имао исту доказну снагу као оригинални акт, неопходно је да су кумулативно испуњени услови ближе одређени одредбом чл. 12 ЗЕД.[72] У сваком случају, препис менице био би користан као својеврсна замена за доказно средство којим странка која се позива на постојање електронске менице, заправо, изјављује да она постоји као таква у оригиналу.[73] Дакле, меница је значајна и са аспетка судског поступка, те остаје да, укратко, испитамо до каквих би последица довело увођење електронске менице у том пољу.

3. Електронска меница као доказно средство и веродостојна исправа

Прихватање електронске менице као средства по коме би могао да функционише правни промет нема значаја само из угла односа међу учесницима меничног посла, већ се оправданост њеног постојања мора

70 ЗЕД, чл. 14.

71 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 622. Ово нарочито стога што је менични препис „сурогат" менице (замена менице), чији је циљ да се повећа сигурност меничног повериоца. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 98–99.

72 ЗЕД, чл. 10 ст. 3 и чл. 12.

73 У том смислу се у нашој теорији прави разлика између меничног преписа, као радње која производи меничноправна дејства, односно хартије која има способност самосталне циркулације, и преписа менице, који представља „сурогат доказног средства да у рукама тужиоца постоји таква меница". Вид. М. Бартош, З. Антонијевић, В. Јовановић, 100.

сагледати и из визуре могућности коришћења ове исправе као доказног средства у парничном поступку, односно као веродостојне исправе у поступку извршења. Ово стога што свака странка у поступку мора да докаже тврдње на којима заснива своје захтеве,[74] а да би то успела, неопходно је да има валидан доказ. Странка је дужна да сама поднесе исправу на коју се позива за доказ својих навода.[75] Отуда, странка која свој захтев заснива на меници, дужна је приложити је суду. Да би истину могла да докаже своје наводе на основу менице, неопходно је да је поднесе суду у оригиналу или овереној копији. Као што је наведено у претходним редовима, електронски документ који је као такав изворно настао сматра се оригиналом, а да би његов одштампани примерак имао исту доказну снагу, неопходно је да буде прописно одштампан и оверен. Стога, нема препреке да се и таква меница користи као доказ у грађанском судском поступку. Додатно што је и самим правилима парничне процедуре изричито прописана могућност достављања електронским путем,[76] те би на тај начин читав процес електронског општења био заокружен, односно меница издата у електронском облику би таква и остала и користила се као доказно средство. Евентуално би је суд, ради потреба поступка и здруживања у списе, штампао, али то не би утицало на чињеницу да доказно средство представља, заправо, меница као електронски запис.

С друге стране, пошто се меница најчешће користи као веродостојна исправа у извршном поступку,[77] постоји оправдана потреба за њеном употребом као електронског записа, имајући у виду да се предлог за извршење може поднети и у електронском облику, те би се и на тај начин заокружио процес електронске комуникације између странака и судова.[78] Нарочито што суд и јавни извршитељ, по правилу, поступају на основу поднесака и других писмена.[79] Додатни аргумент у прилог оваквом ставу изводи се из самог закона, који прописује да

74 Вид. Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 228 и 231.

75 ЗПП, чл. 240 ст. 1.

76 Вид. ЗПП, чл. 129. У упоредном праву су документа у електронском облику углавном прихваћена као доказно средство, премда се негде тражи њихово штампање и овера. Вид. L. Gamertsfelder.

77 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019 и 9/2020 – аутентично тумачење, чл. 52 ст. 2 тач. 1. Више о веродостојним исправама вид. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, 2. издање, Београд, 2022, 216–219.

78 ЗИО, чл. 62а.

79 Вид. ЗИО, чл. 14. Иако је посреди начело *писмености*, нема сумње да оно обухвата и поднеске и писмена у електронском облику, јер се не захтева да су писмена у папирном облику.

је веродостојна исправа подобна да се на основу ње донесе решење о извршењу на основу веродостојне исправе ако садржи податке о извршном повериоцу и извршном дужнику и предмет, врсту, обим и доспелост обавезе извршног дужника.[80] Не треба посебно образлагати чињеницу да би електронска меница садржала све наведене податке. Видимо да, макар када је нормативни оквир у питању, нема препрека за употребу електронске менице у грађанским судским поступцима. Друго је питање техничке опремљености и спремности судова и других органа да то и примене у пракси.

IV Закључак

Меница има изразити значај у домаћој и међународној трговини. Међутим, како се комуникација међу трговцима у данашње време најчешће одвија електронским путем, њено несметано одвијање у великој мери спутава чињеница да је меница остала материјализована хартија од вредности, односно да се издаје на меничном бланкету као папирној исправи, коју издавалац својеручно потписује. Отуда постоји потреба да се меница измести у електронски формат, нарочито из разлога што су многе друге хартије од вредности успешно дематеријализоване, те што је уопште тенденција да се пословање измести у виртуелни простор. Нажалост, садашња регулатива менице у српском праву је у том смислу ограничавајућа, будући да је један од битних меничних елемената, без ког она не важи као та хартија од вредности, управо својеручни потпис издаваоца. То *prima facie* делује као непремостива препрека увођењу концепта тзв. „еМенице“. Међутим, ако сагледамо прописе из области електронске комуникације, видимо да наше право познаје и признаје електронски потпис, те да квалификовани електронски потпис по свом дејству изједначава са својеручним. Исто тако, српско право уређује и начин пријема електронских докумената, истовремено штитећи такве записе тиме што не дозвољава њихово оспоравање само из разлога што су настали и постоје у електронском облику. Како меницу карактерише изразита способност циркулације у правном промету, тим пре се увођење њеног електронског облика намеће као оправдана потреба, будући да би такав, електронски начин преноса био бржи, лакши, јефтинији, а по свему судећи и сигурнији од оног конвенционалног. Исте предности коришћење електронске менице доноси и у грађанским судским поступцима. Закључујемо да је увођење оваквог облика менице корисно, потребно и могуће у нашем праву. Остаје, међутим, чињеница да је неопходно детаљно сагледати сва менична правила и могућност

80 ЗИО, чл. 53 ст. 1.

њиховог усклађивања са оним из области електронског општења, а у сваком случају би изричито уређење електронске менице подстакло научну пажњу у овом пољу.

Коришћена литература

Антонијевић Зоран, Петровић Милан Љ., Павићевић Божидар, *Банкарско право*, Београд, 1982. (Antonijević Zoran, Petrović Milan Lj., Pavićević Božidar, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982)

Бартош Милан, Антонијевић Зоран, Јовановић Владимир, *Менично и чековно право*, Београд, 1974. (Bartoš Milan, Antonijević Zoran, Jovanović Vladimir, *Menično i čekovno pravo*, Beograd, 1974)

Бодирога Никола, *Нови извршни поступак*, 2. издање, Београд, 2022. (Bodiroga Nikola, *Novi izvršni postupak*, 2. izdanje, Beograd, 2022)

Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 16. izdanje, Beograd, 2018)

Вујисић Драган, „Дигитализација компанијског права", *Право и привреда*, бр. 4–6/2019. (Vujisić Dragan, „Digitalizacija kompanijskog prava", *Pravo i privreda*, br. 4–6/2019)

Вујичић Јован, „Једноообразна правила за дигиталне трговинске трансакције: новотарија или неопходност", *Право и привреда*, бр. 4/2022. (Vujičić Jovan, „Jednoobrazna pravila za digitalne trgovinske transakcije: novotarija ili neophodnost", *Pravo i privreda*, br. 4/2022)

Gamertsfelder Leif, „Electronic Bills of Exchange: Will the Current Law Recognise Them?", *University of New South Wales Law Journal*, 1998.

Goldman Arnold J., Sigismond William D., *Business Law: Principles and Practices*, 8th edition, Mason, 2011.

Глогинић Александар, *Лексикон меничног права,* Београд, 2010. (Gloginić Aleksandar, *Leksikon meničnog prava*, Beograd, 2010)

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

Ђурађев Душанка, „Превозне исправе", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011. (Đurađev Dušanka, „Prevozne isprave", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2011)

Јанковец Ивица, *Привредно право*, Београд, 1996. (Jankovec Ivica, *Privredno pravo*, Beograd, 1996)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)

Mason Stephen, *Electronic Signatures in Law*, 4th edition, London, 2016.

Милићевић Стеван, *Хартије од вредности (меница и чек)*, Београд, 1981. (Milićević Stevan, *Hartije od vrednosti (menica i ček)*, Beograd, 1981)

Поповић Душан В., Јовановић Марко, *Право интернета: одабране теме*, Београд, 2017. (Popović Dušan V., Jovanović Marko, *Pravo interneta: odabrane teme*, Beograd, 2017)

Радовић Мирјана, *Платни промет – право банкарских платних услуга*, Београд, 2016. (Radović Mirjana, *Platni promet – pravo bankarskih platnih usluga*, Beograd, 2016)

Радовић Мирјана, „Текстуална форма („писмено, на папиру или другом трајном носачу података“) у српском и упоредном праву“, *Harmonius*, 2016. (Radović Mirjana, „Tekstualna forma („pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“) u srpskom i uporednom pravu“, *Harmonius*, 2016)

Sidorenko Elina L., von Arx Pierre, „Transformation of law in the context of digitalization: defining the correct priorities“, *Digital Law Journal*, Nr. 1/2020

Thilakaratne K.A.A.N., Mendis H.S.D., „Using an Electronic Bill of Lading as a Document of Title: Prospects and Challenges“, *The Bar Association Law Journal*, 2020.

Ћирић Александар Љ., *Међународно трговинско право (општи део)*, Ниш, 2010. (Ćirić Aleksandar Lj., *Međunarodno trgovinsko pravo (opšti deo)*, Niš, 2010)

Узелац Озрен, Протић Душан, „Нека питања правног аспекта електронске трговине“, *Право – теорија и пракса*, бр. 10–12/2011 (Uzelac Ozren, Protić Dušan, „Neka pitanja pravnog aspekta elektronske trgovine“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 10–12/2011)

Hughes Justin, „The Internet and the Persistence of Law“, *Boston College Law Review*, Nr. 2/2003.

Chalupa Radim, „Abuse of the bill of exchange in business environment“, *Право и мултидисциплинарност* (ур. Саша Кнежевић, Маја Настић), Ниш, 2019. (Chalupa Radim, „Abuse of the bill of exchange in business environment“, *Pravo i multidisciplinarnost* (ur. Saša Knežević, Maja Nastić), Niš, 2019)

Czaplicki Paweł, „The Electronic Bill of Exchange Concept from an International Perspective“, *Bialystok Legal Studies*, Nr. 5/2021.

***Vladimir* PEŠIĆ**
Master Student at the University of Belgrade Faculty of Law,
Legal Apprentice at The Commercial Court in Belgrade, Serbia

ELECTRONIC BILL OF EXCHANGE AS A POTENTIALLY NEW INSTITUTE OF SERBIAN LAW

Summary

In this paper the author examines whether the bill of exchange can be an electronic record, instead of a paper document. Today, a lot of communication among merchants goes on electronically. That is the reason why there is a need for digitalization of this security. Although it is not regulated in Serbian applicable law, it is necessary to examine basic questions about it, especially its issuing and using. We looked at the regulation of electronic documents and electronic signature, comparing it with the Serbian Bill of Exchange Act. When we consider our applicable law in area of electronic communication and connect it with purpose of bill of exchange, we conclude that it has the space to improve our regulation of this securities, so it will be very significant to introduce the electronic bill of exchange in our legal system. It will result in faster, easier and simpler commercial transactions.

Key words: *Bill of Exchange. – Electronic Bill of Exchange. – Electronic Business. – Digitalization.*

Датум пријема рада: 1. 4. 2023.
Датум измене рада: 20. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 339.13
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23220A

Марија* ВРАНИЋ
студент четврте године основних академских студија Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ПРАВНИ ТРЕТМАН ИНСАЈДЕРСКИХ ИНФОРМАЦИЈА ПРЕМА НОВОМ ЗАКОНУ О ТРЖИШТУ КАПИТАЛА**

Сажетак

Правни третман инсајдерских информација мора бити пажљиво и прецизно одређен, с обзиром на немали број специфичности које прате инсајдерске информације и вишеструке правно-економске последице њихове злоупотребе. Ономе ко их поседује, инсајдерске информације пружају значајну предност у погледу располагања финансијским инструментима којих се тичу, у односу на улагаче у исте инструменте којима су непознате. Пошто се предност заснива на неоправданој информационој асиметрији, инсајдерска трговина је непоштена тржишна радња, која захтева оштар законски одговор у виду забране и адекватне санкције за случај оглушења о њу.

Нови Закон о тржишту капитала, чија примена је почела 6. јануара 2023. године, доноси одређене промене у правном третману инсајдерских информација. Премда суштина нормирања овог института

* Електронска адреса ауторке: *vranic.m.marija@gmail.com*.

** Овај рад је награђен одлуком фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ као најбољи рад из области компанијског права.

остаје иста, приметна је хармонизација прописа у овој области са регулативом која постоји у оквиру комунитарног права. Циљ овог рада јесте анализа актуелних решења, нарочито указивање на уведене промене. Резултатима истраживања доприноси и примена упоредноправног метода.

Кључне речи: *Инсајдерска информација. – Закон о тржишту капитала. – Улагач. – Инсајдерска трговина. – Финансијски инструменти.*

I Појам инсајдерске информације

1. Уводне напомене

Извориште регулативе инсајдерских информација у домаћем праву је Закон о тржишту капитала.[1] Доношењем овог закона учињени су значајни кораци у правцу хармонизације прописа у овој области са одговарајућим актима у оквиру права Европске уније. Комунитарно право садржи веома развијену регулативу инсајдерских информација,[2] а домаћи законодавац се определио да је прати, како у садржинском, тако и у терминолошком смислу.

Не треба да збуњује што се у нашој правној теорији за назив овог института употребљавају изрази као што су повлашћени податак,[3] односно повлашћена (привилегована) информација,[4] с обзиром на то да је управо привилеговане информације регулисао раније важећи Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената.[5]

Премда се односе на исти појам, чини се да термини присутни у литератури на потпунији начин одражавају суштину института чијој анализи је у овом раду поклоњена пажња.[6] Наиме, квалификација

1 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021. Даном почетка примене овог закона престао је да важи Закон о тржишту капитала – стари ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 112/15, 108/16, 9/20 и 153/20.

2 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, 4. издање, Београд, 2009, 427.

3 Вид. нпр. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, 413.

4 Вид. нпр. М. Васиљевић, 427.

5 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, *Службени гласник РС*, бр. 47/2006.

6 За критику употребе стране терминологије вид. Небојша Јовановић у: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, 2. издање, Београд, 2021, 605 фн. 983.

информације као „инсајдерске“ упућује на круг лица у поседу те информације, те се отвара питање повезаности такве одреднице са другим захтевима који се у погледу информације постављају како би њено коришћење било предмет правног третмана. Одмотавањем етимолошког клупка, преко атрибута „инсајдерска“ стиже се до именице „инсајдер“, која води порекло од енглеског *inside*, у значењу „унутрашњи део нечега“,[7] те би у том смислу као синоним за инсајдерску информацију у српском језику послужио израз „информација изнутра“, нарочито, ако се узме у обзир да се инсајдером може означити „особа која тргује акцијама компаније на основу материјалног нејавног сазнања“.[8] Тако се стиче утисак да је назив овог правног института тиме опредељен из угла лица која поседују такве информације, пре него кроз призму садржине самих информација и правно-економских последица до којих доводи њихово коришћење.

Означење информације као повлашћене или привилеговане, са друге стране, адекватно је у погледу сваког састојка института, пошто овај квалитет информација не дугује само посебним условима који омогућавају да се информација сазна унутар одређеног круга лица, већ и чињеници да онима који га чине, инсајдерима, пружа предност (и тако их привилегује) у располагању финансијским инструментима на које се односи, наспрам лица изван тог круга, којима информација није доступна, премда су и она заинтересована за њену садржину. У појединим правима се срећу и изрази попут *advance information*, којим се наглашава временска компонента располагања информацијом пре других лица, те *price sensitive information*, који истиче ценовну осетљивост информације као њену битну особину.[9]

С обзиром на то да се у раду бавимо анализом актуелног правног третмана овог института, ми се опредељујемо да у наставку пратимо терминолошко решење законодавца, остајући при претходно изнетом запажању које га се тиче.

2. Законска дефиниција и њени елементи

а) Садржина и обухват инсајдерске информације

Инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама које нису објављене, односе се директно или индиректно на

7 Cambridge dictionary, доступно на адреси: *https://dictionary.cambridge.org/grammar/british-grammar/inside*, 22. 11. 2022.

8 Одређење за потребе *insider trading*-а (инсајдерске трговине): Investopedia, доступно на адреси: *https://www.investopedia.com/terms/i/insider.asp*, 22. 11. 2022.

9 Mijat Jocović, „Pojam povlašćene informacije u pravnoj teoriji i praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2013, 947.

једног или више издавалаца финансијских инструмената или на један или више финансијских инструмената, а које би, да су објављене, вероватно имале значајан утицај на цену тих финансијских инструмената или на цену повезаних изведених финансијских инструмената.[10]

Уочава се, првенствено, да информација, да би била инсајдерска, не може за предмет имати било које чињенице. Инсајдерске информације не могу бити „опште природе, већ је потребно да буду посебне природе, а разликовање је фактичко питање и ствар је суда".[11] У том смислу, инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама ако се њима указује на низ околности које постоје или за које разумно може да се очекује да ће постојати, односно на догађај који се догодио или се разумно може очекивати да ће се догодити, када су довољно конкретне да омогуће закључивање о утицају тог низа околности или догађаја на цене финансијских инструмената или повезаног изведеног финансијског инструмента или повезаних уговора за робу на спот тржишту.[12] Инсајдерска је, *per exemplum*, информација да акционарско друштво тајно преговара о спровођењу поступка реструктурирања који ће позитивно утицати на курс акција тог друштва као емитента, или да је друштво у неповољној финансијској ситуацији, услед које цена његових акција пада.[13]

Инсајдерска информација се односи, директно или индиректно, на једног или више издавалаца финансијских инструмената или на један или више финансијских инструмената (у претходном примеру – акције). Појам финансијских инструмената широко је одређен методом енумерације.[14]

Једна од новина коју по угледу на европско решење доноси нови ЗТК јесу одредбе према којима се, у случају дуготрајног процеса чија је сврха или последица стварање одређене околности или одређеног догађаја, те будуће околности или тај будући догађај, као и међукораци тог процеса, могу се сматрати инсајдерским информацијама, при чему се међукорак може сматрати инсајдерском информацијом уколико она сама по себи испуњава критеријуме тражене за такву квалификацију.[15]

10 ЗТК, чл. 271 ст. 1 тач. 1.

11 Мирко Васиљевић, „Insider trading (dealing) – повлашћене информације", *Право и привреда*, бр. 9–12/2001, 7.

12 ЗТК, чл. 271 ст. 2. За потребе овог рада у наставку ће се говорити о инсајдерским информацијама које се односе на финансијске инструменте; из анализе су изостављена спот тржишта, као посебна тржишта на којима се роба продаје за новац и одмах испоручује након што је трансакција салдирана, те друга тржишта на којима се не тргује финансијским инструментима. Вид. ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 96–97.

13 Детаљније: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 605–606.

14 Вид. ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 19.

15 ЗТК, чл. 271 ст. 3–4.

Новим законом јасније се указује на то које врсте информација се сматрају инсајдерским, с обзиром на то да их је законодавац таксативно набројао, смисленим редоследом, у оквиру истог става истог члана, што није био случај са старим ЗТК, који је, у том смислу, био нешто мање прегледан.[16]

б) Необјављеност

За квалификовање информације као инсајдерске необјављеност је *conditio sine qua non*, јер када информација постане доступна јавности, односно када се на прописани начин објави, брише се неоправдана предност у располагању финансијским инструментима, која је, пре објављивања, била на страни инсајдера. Након објављивања информације, инсајдер престаје да буде под забраном трговања на основу ње. Није нужно, притом, да су остали улагачи заиста и сазнали информацију.[17] Другим речима, инсајдер престаје да буде привилегован када осталим улагачима буде *омогућено да сазнају* информацију, због чега престаје и потреба да се забрана употребљавања инсајдерске информације на њега примењује и након тога; инсајдер је тада равноправан улагач.[18] Објављивање инсајдерских информација на првом месту је у функцији спречавања злоупотреба на тржишту капитала, али доприноси остваривању и других важних циљева.[19] Обавеза објављивања инсајдерских информација анализирана је у посебном делу рада.

16 Упор. са старим ЗТК, чл. 75.

17 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 606.

18 Занимљиво је питање колико времена треба да протекне од објављивања инсајдерске информације до могућности њеног коришћења од стране инсајдера. У случају *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, познатом спору из америчке судске праксе, заузето је становиште да „пре него што инсајдери смију предузимати трговину на основу материјалне информације, таква информација мора бити ефикасно објелодањена на начин који је довољан да обезбиједи њену доступност инвестиционој јавности“. Данас су, свакако, ти начини узнапредовали, када се узме у обзир технолошки развој. M. Jocović, 951.

19 Више о томе вид. Владимир Марјански, „Обавезе јавних друштава у погледу *ad hoc* информисања јавности на тржишту капитала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом саду*, бр. 2/2012, 297–308. Ваља приметити и да су норме о инсајдерским информацијама смештене у глави закона која се односи на злоупотребе на тржишту. То јасно указује на њихову важност. Адекватним регулисањем института инсајдерских информација не успоставља се само равноправност учесника на тржишту финансијских инструмената, већ се остварује и заштитна функција у односу на само тржиште, које треба да функционише и развија се у условима правичне, здраве конкуренције, као предуслова за остваривање његових пуних потенцијала.

в) Ценовна осетљивост

Да је информација објављена, она би вероватно значајно утицала на цену финансијских инструмената или повезаних изведених финансијских инструмената на које се односи. Реч је о информацијама које би разуман инвеститор вероватно користио код доношења одлуке о улагању.[20] Приликом оцене вероватноће утицаја објављивања информације на цену финансијских инструмената или повезаних изведених финансијских инструмената, треба узети у обзир „све тржишне варијабиле које погађају предметне финансијске инструменте".[21]

Поређења ради, право Сједињених Америчких Држава пред информацију поставља услов да је она *material*,[22] што је концепт детаљније разрађен у америчкој судској пракси. У случају *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.* Врховни суд Сједињених Америчких Држава констатовао је да је чињеница *material* „ако постоји значајна вероватноћа да би је разуман акционар сматрао важном у одлучивању како ће гласати",[23] што је приступ који се у литератури означава као „тест вјероватноће утицаја на цијену вриједносног папира".[24] Другим речима, док се *materiality* тиче одлуке акционара да ли инвестирати, концепт ценовне осетљивости информације у први план ставља вероватан утицај информације на свеукупну тржишну цену акција.[25]

На терену домаћег права, примећује се да је за инсајдерску информацију од значаја правни стандард „разумног инвеститора", с тим да закон није понудио критеријуме у односу на које би га требало ценити. У циљу његове конкретизације, ваља поћи од тога да је основни мотив улагача убирање прихода које емитент буде плаћао, чиме уложени капитал враћа у обиму већем него што га је уложио.[26] Треба имати у виду и да улагач сноси ризик да његов инвестициони подухват не буде

20 ЗТК, чл. 271 ст. 5. Упор. са старим ЗТК, чл. 75 ст. 2.

21 Hun Mook Lee, „Rationales and Requirements of the Legal Framework of Insider Dealing in the European Union", 2008, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1192102*, 27. 11. 2022, 13.

22 Loss Louis, „The Fiduciary Concept As Applied to Trading by Corporate 'Insiders' in the United States", *Modern Law Review*, Nr. 1/1970, 47, нав. према: Зоран Арсић, „Insider trading", *Право и привреда*, бр. 1–2/96, 43–44.

23 *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), доступно на адреси: *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/438/*, 2. 12. 2022.

24 M. Jocović, 955.

25 Manning Gilbert Warren III, „The Regulation of Insider Trading in European Community", *Washington and Lee Law Review*, Nr. 3/1991, 1063, доступно на адреси: *https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=wlulr*, 2. 12. 2022.

26 Н. Јовановић, 149.

успешан, односно да његов исход не буде у складу са претпоставкама на основу којих је донео одлуку о његовом предузимању.[27]

Редовно, улагачи инвестиционе одлуке доносе на основу сопственог познавања и процене тржишних прилика – са инсајдерском трговином то није случај. Она је у директном сукобу са темељима пословања на тржишту финансијских инструмената: начелом једнаког положаја улагача и начелом њихове заштите од злоупотребе инсајдерских информација.[28] Стога је инсајдерска трговина оправдано забрањена, а разлози и последице таквог законског решења анализирани су у наставку.

II Инсајдерска трговина

1. Појам, предмет и забрањене радње

Инсајдерска информација служи лицу у чијем је поседу да на основу ње располаже финансијским инструментима на које се та информација односи. Располагање финансијским инструментима на основу инсајдерских информација назива се инсајдерска трговина (*insider trading, insider dealing*), у правној теорији означена и као трговина упућеног,[29] те *insider* посао.[30]

Законодавац се у новом ЗТК определио за подробнији и систематичнији приступ регулисању инсајдерске трговине. Она је означена као „трговање на основу инсајдерских информација“ и дефинисана као „трговање лица које има инсајдерске информације и на основу њих непосредно или посредно, за сопствени рачун или рачун трећег лица, стиче или отуђује финансијске инструменте на које се те информације односе“.[31] Када се узме у обзир шта све, према ЗТК, обухвата појам финансијских инструмената, изводи се закључак да предмет инсајдерске трговине има широг опсег. Њиме су обухваћени, *exempli gratia*, акције, обвезнице, варанти (хартије од вредности), фјучерси, свопови (финансијски деривати).[32] Предмет инсајдерске трговине најчешће су акције.[33] Тај податак не изненађује ако се има у виду да акције спадају у тзв. берзанске

27 Томислав Брзаковић, *Тржиште капитала, теорија и пракса*, Београд, 2007, 236.

28 Вук Раичевић, Маја Ковачевић, „Правни аспекти злоупотребе берзанског тржишта“, *Економија, теорија и пракса*, бр. 3/2013, 60.

29 Н. Јовановић, 413.

30 З. Арсић, 46.

31 ЗТК, чл. 272 ст. 1.

32 Више о акцијама и другим финансијским инструментима вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 424–447.

33 З. Арсић, 47.

папире, односно серијске хартије од вредности у функцији „масовне и брзе берзанске трговине“,[34] као и да је акционар слободан у преносу акција и права из акција јавног акционарског друштва.[35]

Инсајдерском трговином треба сматрати и употребу инсајдерских информација код повлачења или измене налога у вези са финансијским инструментом на који се информације односе, ако је налог који се повлачи или мења дат пре него што је то лице поседовало инсајдерске информације.[36] Одредба представља још једну новину, такође уведену под утицајем европске регулативе.

Промене се уочавају и на плану прописивања забране инсајдерске трговине. Нови ЗТК не само да забрањује трговину или покушај трговине на основу инсајдерских информација, већ и забрањује *сваком лицу* (курзив аутора) да другом лицу препоручује да тргује на основу инсајдерских информација, да друго лице подстиче и помаже му да тргује на основу инсајдерских информација, као и да противправно открива инсајдерске информације, друго лице подстиче, или му помаже да противправно открива инсајдерске информације.[37] У поређењу са одговарајућим одредбама старог ЗТК, на овај начин су постигнута два позитивна ефекта. Први се огледа у проширивању радњи које потпадају под домашај забране, пошто стари ЗТК није обухватао као забрањене радње помагање у трговању на основу инсајдерских информација, нити помагање и подстицање другог лица да противправно открива инсајдерске информације. Други се огледа у проширивању круга субјеката на које се односи забрана, јер се формулацијом „забрањено је сваком лицу“ не имплицира да лице које чини забрањену радњу мора бити у поседу инсајдерске информације, док је одговарајућом одредбом старог ЗТК забрана била прописана у односу на одређени круг лица која поседују инсајдерске информације, као и друга лица која их поседују, а знају или је требало да знају да се ради о инсајдерској информацији.[38]

Незаконито је откривање инсајдерских информација од стране лица које их поседује, осим када се информације открију као део уобичајеног обављања посла, професије или дужности.[39]

34 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021, 569.

35 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 261 ст. 6.

36 ЗТК, чл. 272 ст. 2. Вид. и чл. 271 ст. 1 тач. 3.

37 ЗТК, чл. 278.

38 Вид. стари ЗТК, чл. 76 ст. 1 и чл. 77–78.

39 ЗТК, чл. 274 ст. 1, који се примењује на свако физичко или правно лице у случајевима или околностима из чл. 272 ст. 4–5.

Трговање на основу инсајдерских информација не би требало поистовећивати са поседовањем те информације. Ово због тога што бити у поседу информације која је по својој природи инсајдерска није предмет законске забране. Одговорност инсајдера постоји у првом случају: када се информација злоупотреби у виду инсајдерске трговине. Супротно решење, уосталом, не би ни имало смисла; информације о емитенту или о финансијским инструментима не могу тек тако „лебдети“ у апсолутној тајности, већ морају бити, по природи ствари, похрањене у нечијој свести, и то није спорно. Дакле, забрањена је инсајдерска трговина, а не инсајдерска информација, односно њено поседовање.

2. Механизми инсајдерске трговине и оштећена лица

Инсајдерска трговина у основи представља посао преноса својине. Најчешће се реализује уговором о продаји, али може бити извршена и, на пример, разменом финансијских инструмената или одобрењем опције.[40] Најчешће, *insider* послу претходи непосредан контакт између уговорника у виду преговора око цене (тзв. *face to face dealing*), а постоји и инсајдерска трговина на берзи, при чему је посебност *face to face dealing*-а у томе што на цену пресудно утичу преговори, а не тржишни услови.[41] С обзиром на то да берза обухвата велики број учесника, шири је круг лица потенцијално оштећених радњом инсајдерске трговине, због чега се поставља питање који од учесника ће имати право на накнаду штете и по ком основу. Теорија нуди различите одговоре.

Према првом становишту, оштећеним се сматрају сви учесници у промету одговарајућим финансијским инструментима у периоду од када инсајдер почиње пословање на берзи предметним инструментима до момента објављивања инсајдерске информације. Становиште се заснива на аргументу да је сваки необавештени учесник на берзи претрпео штету, пошто се у посао не би упуштао да му је инсајдерска информација била позната.[42] Изнето схватање делује прешироко. Поменутим аргументом се не може пренебрегнути чињеница да се као директни учесник инсајдерске трговине, онај који закључује *insider* посао, јавља тек један, или одређени број учесника. Према томе, узрочно-последична веза између радње инсајдера (инсајдерске трговине) и претрпљене штете не постоји у односу на сваког учесника на берзи, а она би требало да један од услова за заснивање одговорности инсајдера за штету према учеснику берзе. Стога, исправнијим приступом се чини

40 З. Арсић, 46–47; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 609.

41 З. Арсић, 47.

42 *Ibid*., 48.

становиште *ex adverso*, да оштећеним лицем треба сматрати само учесника на берзи који је био у правном односу са инсајдером.[43]

Како инсајдерска трговина функционише може се видети на следећем примеру: члан управе акционарског друштва „А“, знајући да друштво лоше послује и да ће цена емитованих акција услед тога пасти, одлучује да својих 200 акција у „А“ прода пре него што се објави податак о (негативном) финансијском стању друштва, по цени од 2000 динара по акцији, која на тржишту „важи“ док се информација не објави на прописани начин, уместо по цени од 1500 динара по акцији, која представља курс предметних акција након објављивања информације. Треће лице, стицалац тих акција на секундарном тржишту, у тренутку *insider* посла не зна за чињеницу лошег пословања друштва – а она директно утиче на цену стечених акција. Информација је члану управе позната захваљујући својству које има у односу на емитента. Он је тиме, поступајући као инсајдер, избегао да акције прода по нижој цени, стекао за свој рачун 100.000 динара и истовремено оштетио за исти износ стицаоца акција као непривилегованог инвеститора.

3. Последице инсајдерске трговине

Правно-економске последице инсајдерске трговине су вишеструке. Првенствено, њоме се нарушава начело равноправности улагача у хартије истог издаваоца.[44] Неравноправност улагача у случају инсајдерске трговине последица је злоупотребе информација сазнатих привилегованим каналима, а не резултат уложених напора да се истражи стање тржишта и донесе, на основу сопствених способности процене, најповољнија инвестициона одлука, која трпи ризик да се покаже као лош избор. Другим речима, инсајдерска трговина не само да не подстиче, него и не допушта здраву конкуренцију међу улагачима, и то се негативно одражава на само тржиште и његове развојне потенцијале, пошто „повлашћеност једних демотивише остале, што изазива њихово повлачење из делатности“.[45] Према томе, инсајдерска трговина доводи до тржишно непожељног облика асиметрије информација, која се јавља када учесници тржишне трансакције нису једнако информисани о свим чињеницама релевантним за ту трансакцију.[46]

Ипак, треба имати у виду да је информациону симетрију у савршеном облику практично немогуће постићи, јер је сасвим природно да не

43 *Ibid.*

44 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 606.

45 Н. Јовановић, 66.

46 Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за управнике*, 9. издање, Београд, 2018, 368.

располажу сви учесници тржишне утакмице истим сазнајним капацитетима (тако, неки су бољи аналитичари тржишних прилика, вештији, економски снажнији и сл.), али је од суштинског значаја да им се и поред тих подразумевајућих разлика омогуће правно једнаке тржишне шансе. Инсајдери се не ослањају на „своје способности истраживања и разумевања тржишта хартија“,[47] чиме се слаби здрава конкурентност и чини непоштена тржишна радња, због чега се улагачи, евентуално, повлаче са тржишта.

III Ко је инсајдер?

1. Правила

Анализа инсајдерске трговине не би била потпуна без одговора на питање ко је инсајдер, односно по ком критеријуму се образује круг лица којима законодавац забрањује инсајдерску трговину. Одредбе о трговању на основу инсајдерских информација примењују се на свако лице које има инсајдерске информације путем: (1) чланства у управи издаваоца; (2) учешћа у капиталу издаваоца; (3) обављања дужности на радном месту, вршењем професије или дужности; (4) кривичних дела које је починило. Ако је неко од ових лица правно лице, одредбе о трговању инсајдерским информацијама примењују се и на физичка лица која учествују у одлуци о стицању, отуђењу, повлачењу или измени налога за рачун тог правног лица. Исто важи и за свако друго лице које има инсајдерске информације, ако је знало или морало знати да је реч о инсајдерским информацијама.[48]

Када је реч о прве три категорије инсајдера, уочава се да су у питању лица чији положај у односу на издаваоца олакшава или омогућава сазнавање инсајдерских информација, при чему је сасвим допуштено вршити конкретне функције и дужности које такав положај подразумева (нпр. бити директор, рачуновођа, порески консултант друштва). Инсајдер, притом, није нужно лице „унутар“ структуре друштва; инсајдер може да заузима и екстерну позицију у односу на друштво, захваљујући којој добија „унутрашњи“ приступ инсајдерским информацијама (нпр. ревизор финансијских извештаја).[49] Са друге стране, инсајдерима који припадају наредној категорији не само да

47 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 605.

48 ЗТК, чл. 272 ст. 5–6.

49 Другим речима, ради се о лицима која приступ инсајдерским информацијама имају захваљујући пословном, службеном и професионалном односу који имају са емитентом. Н. Јовановић, 416.

се забрањује трговање на основу инсајдерских информација, него се они и у погледу начина на који су информацију сазнали већ налазе у „забрањеној позицији“, јер су до ње дошли чинећи кривично дело. То су, на пример, лица која хакују податке са рачунара издаваоца или која незаконитим прислушкивањем ступе у посед информације,[50] или она која су податке украла или подмитила менаџера друштва да је сазнају.[51]

2. Изузеци

Још једна позитивна промена коју доноси нови ЗТК тиче се околности да је законодавац посветио више пажње прописивању изузетака од примене одредби о трговању на основу инсајдерских информација, односно навођењу случајева законитог понашања лица која поседују инсајдерске информације, у вези са коришћењем тих информација. Тако, прописано је да чињеница да лице има инсајдерске информације не подразумева да је то лице те информације употребило или трговало на основу њих, када је лице маркет мејкер или овлашћено да делује као друга уговорна страна, а стицање или отуђење финансијског инструмента на који се информације односе је законито извршено у оквиру уобичајеног обављања функције маркет мејкера или друге уговорне стране за тај финансијски инструмент.[52] Премда су маркет мејкери (тржишни снабдевачи) и раније били изузети од забране трговања на основу инсајдерских информација, пошто би, у супротном, били онемогућени у обављању своје функције стабилизатора тржишних курсева,[53] стари ЗТК није садржао одредбу о томе. Исто важи и за лице овлашћено да извршава налоге за треће стране, ако стицање или отуђење финансијских инструмената на које се налог односи законито обавља у току уобичајеног обављања посла, професије или дужности.[54]

Чињеница да лице поседује инсајдерске информације не подразумева да је лице употребило те информације, када то лице трансакцију врши ради стицања или отуђења финансијских инструмената, у оквиру испуњавања обавезе која је доспела у доброј вери, а не у циљу

50 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 608.

51 H. Mook Lee, 14.

52 ЗТК, чл. 273 ст. 2 тач. 1. Закон дефинише маркет мејкера (*market maker*) као лице које „стално наступа на финансијским тржиштима као лице које је вољно да тргује за сопствени рачун, тако што купује и продаје финансијске инструменте користећи сопствени власнички капитал, по ценама које сам одреди, у оквирима које својима актима утврди организатор тржишта“ (ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 11). Више о томе вид. Н. Јовановић у: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 609 фн. 986.

53 *Ibid.*, 609.

54 ЗТК, чл. 273 ст. 2 тач. 2.

избегавања забране трговања на основу инсајдерских информација, при чему је потребно да буде испуњен неки од алтернативно постављених услова: први, да ова обавеза произлази из датог налога или споразума склопљеног пре него што је то лице дошло у посед инсајдерске информације, или други, да је трансакција извршена ради испуњавања обавезе прописане законом или подзаконским актом која је настала пре него што је то лице дошло у посед инсајдерске информације.[55] Одредба је значајна из више разлога, првенствено због тога што у први план ставља савесност лица, чију трансакцију не би било оправдано третирати као законито понашање у случају да је она предузета управо у циљу избегавања забране трговања на основу инсајдерских информација – *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans.*[56] Такође, како се за оба алтернативно постављена услова захтева да буду испуњени *пре* него што је лице дошло у посед информације, додатно се утиче на сузбијање могућих злоупотреба инсајдерских информација које би се јављале када би се налози давали, односно споразуми склапали у циљу испуњења обавеза *након* што лице већ сазна за информацију. Исто важи и за трансакције извршене ради испуњавања обавезе прописане законом или подзаконским актом.

У случају да је правно лице у поседу или је било у поседу инсајдерских информација, не подразумева се да је их употребило или да је трговало на основу њих ако: (1) је успоставило, спровело и одржало одговарајуће и ефикасне механизме и поступке који ефикасно обезбеђују да физичко лице које је донело одлуку о стицању или отуђењу финансијског инструмента на које се информације односе као и друга физичка лица која су утицала на ту одлуку, нису поседовала инсајдерске информације и (2) није охрабривало, давало препоруку, подстицало или на други начин утицало на физичко лице које је у име правног лица стекло или отуђило финансијске инструменте на које се информације односе.[57] Два услова су, у овом случају, кумулативно постављена. Одредба је, такође, законска новина.

Најзад, треба имати у виду да, без обзира на поменуте одредбе, може се сматрати да је ипак дошло до повреде забране инсајдерске трговине, ако Комисија за хартије од вредности утврди да је за те налоге за трговање, трансакције или поступке постојао незаконит разлог.[58] На овај начин се Комисији оставља простор да испита околности конкретног случаја и утврди праву намеру која стоји иза спорне радње.

55 ЗТК, чл. 273 ст. 3.

56 Правна максима која значи да се нико не може позивати на сопствену несавесност. Другим речима, нико не може имати користи од сопствене несавесности.

57 ЗТК, чл. 273 ст. 1.

58 ЗТК, чл. 273 ст. 7.

3. Списак лица која поседују инсајдерске информације

Издавалац или било које лице које делује у име или за рачун издаваоца дужно је да састави списак лица која за њега раде, на основу уговора о раду или на неки други начин и која имају приступ инсајдерским информацијама. Списак се ажурира и доставља Комисији на њен захтев.[59] Ова решења су важна, пошто прецизна и ажурна евиденција у виду списка лица која поседују инсајдерске информације може деловати позитивно на плану сузбијања потенцијалних злоупотреба, нарочито када се узме у обзир да постоји и обавеза прибављања писмене изјаве свих лица са списка којом потврђују да су упозната са обавезама и санкцијама које се примењују на трговање на основу инсајдерских информација и незаконито откривање информација.[60]

IV Обавеза објављивања инсајдерских информација

Обавеза објављивања инсајдерских информација заслужује да буде посебно анализирана, с обзиром на то да је управо необјављеност информације главни разлог привилегованости инсајдера у трговању на основу ње. Реч је о виду *ad hoc* објављивања, с обзиром на то да није могуће унапред знати у ком тренутку ће се „активирати“ обавеза да се инсајдерске информације објаве.[61]

1. Ко је у обавези и које информације се објављују

Нови ЗТК овом обавезом терети издаваоце који су поднели захтев за укључење или којима је одобрено укључење финансијских инструмената у трговање на регулисаном тржишту, односно издаваоце којима је одобрено трговање финансијским инструментима на мултилатералној трговачкој платформи (МТП) или организованој трговачкој платформи (ОТП) или који су поднели захтев за укључење својих финансијских инструмената на МТП, у случају да се ради о финансијским инструментима којима се тргује само на МТП-у или ОТП-у. Издавалац је у обавези да у што краћем року обавести јавност о инсајдерским информацијама које се на њега непосредно односе.[62]

59 ЗТК, чл. 284 ст. 1. О прописаној минималној садржини списка и разлозима ажурирања вид. чл. 284 ст. 4–5.

60 ЗТК, чл. 284 ст. 2.

61 Jelena Lepetić, „Public Disclosure of Insider Information“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Nr. 3/2012, 191.

62 ЗТК, чл. 282 ст. 1 и 5.

Уочава се да је обавеза објављивања прописана само у погледу оних инсајдерских информација које се *непосредно* односе на издаваоца. Дакле, обавези објављивања не подлежу инсајдерске информације које се на издаваоца односе посредно. Стога је неопходно испитати када се информацији приписује први, а када други квалитет, а важно је и размотрити због чега обавеза објављивања није прописана у односу на обе категорије инсајдерских информација.

У том циљу, треба имати у виду одговарајуће одредбе Правилника о објављивању и одлагању инсајдерских информација, донетог од стране Комисије.[63] Правилник, наиме, *exempli causa* наводи чињенице и догађаје које би издавалац требало да узме у обзир приликом процене да ли се ради о инсајдерској информацији која се непосредно на њега односи.[64] Као примери инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца у упоредном праву наводе се информације о повећању или смањењу основног капитала, предстојећој инсолвентности, спровођењу *due dilligence* поступка, о изменама дивиденде, одлуке о реструктурирању,[65] од којих су неки садржани и у домаћем Правилнику. Листа примерице набројаних информација није, свакако, *numerus clausus*, при чему је у Правилнику наглашено да наведене чињенице и догађаји „сами по себи не значе да се у конкретном случају ради о таквој врсти информације, нити се подразумева супротно ако нека чињеница или догађај није наведен“ у оквиру списка, као и да „приликом процене треба узети у обзир специфичне околности сваког појединачног случаја“.[66]

Правилник не садржи примере информација које се на издаваоца посредно односе, а у теорији се наводи да су у питању, између осталог, информације о привредним кретањима, општем развоју тржишта, скоку или паду берзанског индекса, информације о изменама прописа, као и подаци о конкурентима издаваоца.[67] У сваком случају, обавезивање

63 Правилник о објављивању и одлагању инсајдерских информација – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 77/2022. На реформи регулативе у области инсајдерских информација није се радило само доношењем новог ЗТК, већ и Правилника, који је прилагођен новом закону. Даном примене овог правилника престао је да важи Правилник о објављивању инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца и о одређивању оправданих интереса издаваоца у сврху необјављивања, *Службени гласник РС*, бр. 89/11.

64 Вид. Правилник, чл. 3 ст. 4. Правилником се детаљно уређује и употреба техничких средстава у сврхе објављивања инсајдерских информација, као и критеријуми објављивања информација на интернету. Вид. Правилник, чл. 4–5.

65 Susanne Kalls, Martin Oppitz, Johannes Zollner, *Kapitalmartkrecht – System (I)*, Wien, 2005, 369; нав. према: В. Марјански, 300–301.

66 Правилник, чл. 3 ст. 3.

67 S. Kalls, M. Oppitz, J. Zollner, 371; нав. према: В. Марјански, 301.

издаваоца да објављује и информације које се на њега тек посредно односе представљало би прилично широк захтев, којим би се започео низ питања на која би требало дати одговор.[68]

2. Одлагање објављивања инсајдерских информација

Објављивање инсајдерских информација у функцији је раније поменутих начела једнаког положаја улагача и начелом њихове заштите од злоупотребе инсајдерских информација. Истовремено, поседовање инсајдерске информације од користи је за издаваоца, због чега њеним објављивањем бива изгубљена предност, односно привилегија у трговању на основу ње. То значи да су у сукобу интереси издаваоца са једне, и интереси тржишта капитала за потпуним и благовременим информисањем улагачке јавности са друге стране,[69] као и да се предност, разумљиво, даје заштити интереса тржишта. Међутим, постоји изузетак: издавалац може, на своју одговорност, да одложи објављивање инсајдерских информација, ако би такво објављивање информација највероватније угрозило његове законите интересе, ако вероватно не би обмануло јавност и ако је издавалац у стању да обезбеди поверљивост тих информација.[70] Услови морају бити испуњени кумулативно и, ако је то случај, значи да се одлагањем објављивања штите одређени интереси издаваоца, који претежу над потребом улагача да за информације сазнају.

Нови ЗТК доноси детаљнију и систематичнију регулативу одлагања објављивања инсајдерских информација. Осим што је посебном одредбом уређено одлагање објављивања инсајдерских информација у случају да је издавалац кредитна или финансијска институција, прописано је и да, ако је објављивање информација одложено, и поверљивост те инсајдерске информације није више обезбеђена, издавалац у што краћем року мора да ту информацију објави, чак и уколико је у питању гласина која се изричито односи на инсајдерску информацију чије је објављивање одложено, ако је та гласина довољно тачна да указује на то да поверљивост информација није више обезбеђена,[71] што стари ЗТК није предвиђао.

68 На пример, да ли обавеза треба да постоји и у погледу оних информација које су на друге начине већ доступне инвеститорима; да ли обавеза треба да терети све издаваоце на које се информација посредно односи или само једног или неке од њих; да ли за објављивање таквих информација треба да важи исти рок као за објављивање информација које се на издаваоца односе непосредно или је оправдано прописати другачији рок, с обзиром на природу саме информације и јачину њене везе са издаваоцем и сл.

69 В. Марјански, 301.

70 ЗТК, чл. 283 ст. 1.

71 ЗТК, чл. 283 ст. 4–5.

Проблематици гласина у контексту објављивања инсајдерских информација потребно је посветити додатну пажњу. Ово због тога што, из перспективе трећих лица (неупућених улагача), разлике између гласине и инсајдерске информације – нема, јер њима није познато одакле је информација потекла, нити да ли је тачна.[72] Како је речено, издавалац је у обавези да информацију објави онда када се гласина односи *изричито* на инсајдерску информацију чије је објављивање одложено, ако је та гласина *довољно тачна* да указује на то да поверљивост информације више није обезбеђена. Према томе, закључује се да у случају нетачних гласина издавалац нема обавезу да информацију објави. Издаваоцима, наравно, није страно да се оглашавају поводом нетачних гласина онда када оне негативно утичу на цену њихових акција, али је ситуација другачија ако су ефекти гласина позитивни; управо због овакве праксе, те чињенице да неупућени улагачи не могу да направе разлику између гласине и „процуреле“ информације, чини се да би требало да постоји обавеза издаваоца да коментаришу и нетачне гласине, с обзиром на то да је реч о гласинама нарочито подобним да обману улагачку јавност,[73] што је исход који законодавац кроз одредбе о одлагању објављивања инсајдерских информација неупитно настоји да спречи.

Промене су присутне и новом Правилнику. Наиме, Правилником је проширен списак оправданих случајева одлагања објављивања инсајдерских информација.[74] Такође, позитивна новина је то што нови Правилник садржи (*exempli causa*) списак ситуација у којима би одлагање инсајдерских информација вероватно обмануло јавност.[75] Као и случају примерице набројаних чињеница и догађаја које ће издавалац узети у обзир приликом процене да ли се ради о инсајдерској информацији која се на њега непосредно односи, морају се имати у виду и околности сваког конкретног случаја, али ови неисцрпни оквирни спискови уређени Правилником могу послужити као путоказ у процени испуњености услова како за објављивање, тако и за одлагање објављивања инсајдерских информација, што је нарочито корисно када се узме у обзир да је реч о питањима која захтевају конкретизацију одређених правних стандарда.

V Санкционисање инсајдерске трговине

С обзиром на целокупну досадашњу анализу, није погрешно рећи да су казнене одредбе којима се санкционишу одговорни за трговање

72 J. Lepetić, 203.

73 *Ibid.*, 203–204.

74 Вид. Правилник, чл. 8. Упор. са старим Правилником, чл. 4.

75 Вид. Правилник, чл. 9.

на основу инсајдерских информација једно од најважнијих питања које овај рад има за предмет.

Ко у намери да себи или другом лицу оствари имовинску корист или нанесе штету другим лицима, употреби инсајдерску информацију: (1) непосредно или посредно при стицању, отуђењу и покушају стицања или отуђења за сопствени рачун или за рачун другог лица финансијских инструмената на које се та информација односи; (2) за откривање и чињење доступним инсајдерске информације било ком другом лицу; (3) за препоручивање или навођење другог лица да на основу инсајдерске информације стекне или отуђи финансијске инструменте на које се та информација односи, казниће се новчаном казном или казном затвора до једне године.[76] Прво, уочава се да је радња извршења овог кривичног дела (коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација) алтернативно прописана. Друго, алтернативно је прописана и санкција (учинилац се кажњава или новчаном казном или казном затвора до једне године). Треће, намера учиниоца је битно обележје бића кривичног дела (намера да себи или другом оствари имовинску корист или нанесе штету другим лицима). Учинилац ће се казнити и за покушај овог дела.[77]

Ако прибављена имовинска корист или нанета имовинска штета прелази износ од милион и петсто хиљада динара, санкција је пооштрена, па ће тако учинилац бити кажњен затвором до три године и новчаном казном.[78] Реч је о облику кривичног дела квалификованом нарочитом околношћу (у питању је одређени износ прибављене користи, односно нанете штете). Санкција је, овог пута, кумулативно прописана (учинилац се кажњава *и* казном затвора и новчаном казном).

Посебну пажњу привлачи одредба о кажњавању учиниоца основног облика дела, који поседује инсајдерске информације путем чланства у управним или надзорним органима издаваоца или јавног друштва, учешћа у капиталу издаваоца или јавног друштва, приступа информацијама до којих долази обављањем дужности на радном месту, вршењем професије или других дужности, односно путем кривичних дела које је починио, новчаном казном или казном затвора до три године. Ако прибављена имовинска корист или нанета имовинска штета прелази износ од милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.[79] Наиме, чини се да се ова одредба односи на лица из чл. 272 ст. 5, а реч

76 ЗТК, чл. 403 ст. 1.

77 ЗТК, чл. 403 ст. 5.

78 ЗТК, чл. 403 ст. 2.

79 ЗТК, чл. 403 ст. 3–4.

је о, подсећања ради, лицима која имају инсајдерске информације путем чланства у управи издаваоца, учешћа у капиталу издаваоца, обављања дужности на радном месту, вршењем професије или дужности, те учињеног кривичног дела, због чега није најјасније пропуштање текстуалног усклађивања две одредбе.

Такође, може се приметити да се међу казненим одредбама није нашла она којом се сакционише *помагање* у трговању на основу инсајдерских информација, иако се ради о једној од забрањених радњи наведених у чл. 278. Стиче се утисак, према томе, да су казнене одредбе само „преписане" из старог ЗТК, с обзиром на то да се ни у чему не разликују и да се, терминолошки, а донекле и суштински, више „уклапају" у стара решења.[80]

Новчаном казном биће кажњен издавалац који одложи објављивање инсајдерских информација супротно прописаним условима, као и издавалац који не састави, не ажурира, не достави Комисији или не чува списак лица која имају приступ инсајдерским информацијама у складу са одговарајућим одредбама.[81]

Најзад, у обзир долазе и санкције у виду мера које предузима орган званичног надзора, када утврди да су повређена правила о трговању на основу инсајдерских информација: од налога да се повреда отклони до забране рада професионалном трговцу финансијским иструментима.[82]

VI Посебно запажање: правни стандарди

Међу одредбама које се односе на инсајдерске информације има оних које су прожете правним стандардима – тако, већ дефиниција инсајдерске информације захтева да се утврди ближе значење стандарда „значајног утицаја" и „разумног инвеститора" (о чему је било речи); говори се и околностима за које се „разумно може очекивати да ће постојати", као и о информацијама за које се „разумно очекује да ће бити објављене", при чему се одређени стандарди комбинују са вероватноћом остваривања.

Са једне стране, ослањање на правне стандарде приликом формулисања одређене норме може бити плодотворно средство када се за циљ има постизање ефекта флексибилности у примени те норме, с обзиром на то да околности једног, у суштини истог случаја, који би требало под норму подвести, често имају разне нијансе, те би примена исувише „крутих" норми могла резултирати ситуацијом у којој одређене

80 Вид. стари ЗТК, чл. 282.

81 ЗТК, чл. 406 ст. 1 тач. 9–10.

82 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 610.

специфичности чињеничног стања остају ван домашаја права, иако правни „осећај“ говори да би требало бити другачије. Са друге, уопштеност правних стандарда и ширина коју она допушта тумачу у конкретизацији њиховог значења према околностима појединог случаја лако могу постати негативна страна њихове употребе.

Сваки правни стандард који је законодавац употребио може се посматрати као делић слагалице коју зовемо инсајдерска информација; а како је реч о сложеном институту, ту слагалицу би требало врло пажљиво слагати и водити рачуна о употреби сваког делића: на ком месту и у ком значењу. У супротном, ствара се потешкоћа да се информација истовремено уклопи у сваки од стандарда захтеваних да би била третирана као инсајдерска, чиме се, уједно, олакшава инсајдерима да одговорност за њену злоупотребу избегну.

Правни стандарди у овој области нису непознаница ни када је у питању право Европске уније, које је, како је речено, послужило као узор домаћем законодавцу. Документ од великог значаја у погледу регулативе инсајдерских информација донет у оквиру комунитарног права је Директива о злоупотреби тржишта из 2014. године.[83] Директива је, заправо, „унапређена верзија“ своје претходнице из 2003. године, која је стављена ван снаге Уредбом о злоупотреби тржишта, донетом истовремено са Директивом, са којом је у тесној правној вези.[84] Када је у питању дефинисање инсајдерске информације, Директива у чл. 2(4) упућује на чл. 7(1–4) Уредбе, чијим се поређењем са одговарајућим одредбама новог ЗТК не уочавају нити садржинске, нити разлике у погледу употребљених правних стандарда.[85] Ваља приметити и да Уредба предвиђа издавање, од стране посебног тела (*European Securities and*

83 Директива 2014/57 Европског Парламента и Савета од 16. априла 2014. године, о кривичним санкцијама за злоупотребу тржишта (*Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive)*, *OJ* L 173, 12. 6. 2014; даље у фуснотама: Директива).

84 Уредба 596/2014 Европског Парламента и Савета од 16. 4. 2014. о злоупотреби тржишта (Уредба о злоупотреби тржишта) и укидању Директиве 2003/6/ЕК Европског парламента и Савета и Директива Комисије 2003/124/ЕК, 2003/125/ЕК и 2004/72/ЕК (*Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance*, *OJ* L 173, 12. 6. 2014; даље у фуснотама: Уредба).

85 У ранијој судској пракси Европске уније остао је забележен *Case C–391/04, Ipourgos Ikonomikon and Proistamenos DOY Amfissas v Charilaos Georgakis, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 May 2007*, у коме се поставило управо питање квалификације информације као инсајдерске; случај је интересантан и због тога што се неодвојиво тиче и квалификације имаоца те информације као инсајдера. Јелена Лепетић, „О појму *insider*-а у праву Европске уније“, *Право и привреда*, бр.

Markets Authority – ESMA), „смерница за успостављање неисцрпне индикативне листе информација за које се *разумно очекује* (курзив аутора) да ће бити објављене или које се морају објавити у складу с правним или регулаторним одредбама Уније или националног права, правилима тржишта, уговором, праксом или обичајима...“,[86] а одредбу у истоветном значењу уводи и нови ЗТК, с тим да се њена садржина односи на Комисију, као пандана европском ESMA.[87] Листа, односно списак таквих информација, свакако, може допринети да се учине јаснијим контуре наглашеног правног стандарда, али треба имати у виду да се нити тај, нити други раније поменути правни стандарди не могу, по својој природи, ниједним списком коначно и непромењиво одредити, због чега њихова конкретизација и даље остаје у највећој мери зависна од околности сваког случаја посебно и, неизоставно, процене стандарда сходно њима.

VII Инсајдерска информација и пословна тајна: сличности и разлике

Инсајдерска информација блиска је, у одређеној мери, пословној тајни, институту који је предмет компанијскоправне регулативе. Пословну тајну ЗПД одређује као „податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, као и податак који има или може имати економску вредност зато што није општепознат, нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и који је од стране друштва заштићен одговарајућим мерама у циљу очувања његове тајности“.[88] Сличност се уочава првенствено у околности да су и инсајдерска информација и пословна тајна подаци недоступни јавности, односно доступни одређеном кругу лица. У том смислу, инсајдерска информација јесте својеврсна тајна из перспективе трећих лица, пошто она за њу не знају. Осим тога, економска вредност коју има или може имати податак који представља пословну тајну зато што није општепознат, односно економска корист коју би трећа лица могла остварити његовим коришћењем или саопштавањем, наликује ценовној осетљивости инсајдерске информације као главном мотиву инсајдера за предузимање инсајдерске трговине.

4–6/2011, 684–685. Детаљи случаја доступни на адреси: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62004CJ0391*, 27. 4. 2023.

86 Вид. чл. 7(5) Уредбе.

87 Вид. ЗТК, чл. 271 ст. 6.

88 ЗПД, чл. 72 ст. 3.

Ипак, између два института преовлађују разлике. Основна лежи у томе што пословну тајну у конкретном случају може одредити само друштво, као њен носилац, у складу са тзв. „теоријом воље“,[89] а та воља је изражена у виду одговарајућег акта друштва,[90] док опсег информације, како је раније изнето, одређује искључиво закон. Друго, инсајдерска информација се односи на финансијске инструменте или њихове издаваоце, док је пословна тајна, са друге стране, „податак о друштву или његовом пословању“.[91] Треће, закон предвиђа *обавезу објављивања* инсајдерских информација, док *дужност чувања* пословне тајне не само да терети „чувара“ док поседује својство које га на чување тајне обавезује, већ и у периоду од две године по престанку тог својства, а могуће и дуже; подлеже откривању само у изузетним случајевима.[92] Најзад, откривање пословне тајне које не спада у допуштене изузетке могло би нанети штету друштву, или, „ако одавање неког податка не ствара штетне последице за његовог господара, за постојање пословне тајне је неоходно да је откривени податак употребљив за сазнаваоца“.[93] Последице инсајдерске трговине, са друге стране, огледају се у штети коју трпе лица са којима је инсајдер трговао, и у ширем смислу – само тржиште.

На основу изнетог, јасно је да између два института не би требало стављати знак једнакости.

VIII Закључак

У раду спроведена анализа имала је за предмет основне чиниоце института инсајдерских информација и била заснована на одредбама најновијег закона који ову област регулише. Главни закључци до којих се дошло јесте да је актуелна регулатива детаљнија, да је законодавац имао систематичнији приступ овом закону, нарочито када је реч о одредбама које се односе на законита и незаконита понашања у вези са коришћењем инсајдерских информација, као и да је домашај појединих одредби старог закона новим законом проширен. Осим тога, промене које нови закон доноси у таласу хармонизације домаћег права са правом Европске уније позитивно делују на плану правне комплетности у овој

89 Зоран Арсић, „Пословна тајна и предлог новог Закона о предузећима“, *Право и привреда*, бр. 9–12/94, 3.

90 Вид. ЗПД, чл. 72 ст. 4.

91 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021а), 177.

92 Вид. ЗПД, чл. 72 ст. 2 и чл. 73.

93 Ненад Тешић, „Пословна тајна на српски начин (*de lege lata*)“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2011)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2011, 521.

области. Није грешка променом на боље сматрати и околност да је, у том смислу, нови закон прегледнији, на појединим местима сажетији, а на крају и јаснији, што су такође квалитети које би требало да један закон поседује. Правни третман инсајдерских информација према новом ЗТК је стога начелно добар, свакако побољшан и европским решењима приближен у односу на стари ЗТК.

Што се тиче запажања изнетих у погледу правних стандарда, чињеница је да је њихова употреба каткад неизбежна, те да је то случај и са појединим питањима у погледу инсајдерских информација. Зато је важно да пракса, односно тумачи пред које буде стављен задатак њихове конкретизације, буду, у мери у којој је то оствариво, доследни у њиховом тумачењу.

Законски третман инсајдерских информација употпуњен је доношењем новог, новом закону прилагођеног правилника, који регулише питања објављивања инсајдерских информација. Правилник је такође значајан, с обзиром на то да садржи смернице које издаваоцу могу послужити када одлучује да ли информација подлеже обавези објављивања или не, а нарочито због тога што је њиме проширен списак оправданих случајева одлагања објављивања инсајдерских информација, у односу на стари правилник, и што су у њему наведени, примерично, случајеви у којима би одлагање објављивања инсајдерских информација вероватно обмануло јавност, пошто су то све питања која се цене од случаја до случаја, а добро је имати путоказ који помаже да се до одговора брже стигне.

Истраживање представљено у овом раду није потпуно: инсајдерске информације се могу и даље нашироко анализирати, заузимањем различитих ставова и употребом различите аргументације, што правној теорији, свакако, није страно. Реч је, уосталом, о врло сложеном институту, који се може се разматрати како из угла компанијског, тако и из угла берзанског права. У сваком случају, рад је за циљ имао објашњење његових темеља, кључне норме које се морају имати у виду у свакој даљи расправи, као и указивање на оно што је међу тим нормама ново, те добро и евентуално мањкаво у њиховој примени.

На крају, треба се вратити на напомену са почетка: овај закон је нов и тек почиње да се примењује. Закон је у службеном гласилу објављен крајем 2021. године, ступио на снагу осмог дана од дана објављивања, а са његовом применом се сачекало до истека годину дана од дана ступања на снагу, односно 6. јануара 2023. године. Одлагање примене закона у оволиком трајању указује и потврђује да је реч о сложеном и важном пропису, те да је потребно време како би се са његовим одредбама, међу којима су и оне о инсајдерским информацијама, упознали

субјекти на које се односе, да би своје понашање могли да ускладе са захтевима које правни поредак ставља пред њих у виду (овог) закона. Како ће се његова примена показати у пракси – остаје да се види.

Коришћена литература

Арсић Зоран, „Insider trading", *Право и привреда*, бр. 1–2/96. (Arsić Zoran, „Insider trading", *Pravo i privreda*, br. 1–2/96)

Арсић Зоран, „Пословна тајна и предлог новог Закона о предузећима", *Право и привреда*, бр. 9–12/94. (Arsić Zoran, „Poslovna tajna i predlog novog Zakona o preduzećima", *Pravo i privreda*, br. 9–12/94)

Беговић Борис, Лабус Мирољуб, Јовановић Александра, *Економија за правнике*, 9. издање, Београд, 2018. (Begović Boris, Labus Miroljub, Jovanović Aleksandra, *Ekonomija za pravnike*, 9. izdanje, Beograd, 2018)

Брзаковић Томислав, *Тржиште капитала, теорија и пракса*, Београд, 2007. (Brzaković Tomislav, *Tržište kapitala, teorija i praksa*, Beograd, 2007)

Васиљевић Мирко, „Insider trading (dealing) – повлашћене информације", *Право и привреда*, бр. 9–12/2001. (Vasiljević Mirko, „Insider trading (dealing) – povlašćene informacije", *Pravo i privreda*, br. 9–12/2001)

Васиљевић Мирко, *Компанијско право – право привредних друштава*, Београд, 2009. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, Beograd, 2009)

Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Београд, 2009. (Jovanović Nebojša, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – право привредних субјеката*, 2. издање, Београд, 2021. (цитирано као: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021a)) (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih subjekata*, 2. izdanje, Beograd, 2021. (citirano kao: N. Jovanović, V. Radović, M. Radović (2021 a)))

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)

Jocović Mijat, „Pojam povlašćene informacije u pravnoj teoriji i praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2013.

Лепетић Јелена, „О појму *insider*-а у праву Европске уније", *Право и привреда*, бр. 4–6/2011. (Lepetić Jelena, „O pojmu *insider*-a u pravu Evropske unije", *Pravo i privreda*, br. 4–6/2011)

Lepetić Jelena, „Public Disclosure of Insider Information“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Nr. 3/2012.

Марјански Владимир, „Обавезе јавних друштава у погледу *ad hoc* информисања јавности на тржишту капитала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012. (Marjanski Vladimir, „Obaveze javnih društava u pogledu *ad hoc* informisanja javnosti na tržištu kapitala“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2012)

Manning Gilbert Warren III, „The Regulation of Insider Trading in European Community“, *Washington and Lee Law Review*, Nr. 3/1991.

Mook Lee Hun, „Rationales and Requirements of the Legal Framework of Insider Dealing in the European Union“, 2008, доступно на адреси: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1192102*, 27. 11. 2022.

Раичевић Вук, Ковачевић Маја, „Правни аспекти злоупотребе берзанског тржишта“, *Економија, теорија и пракса*, бр. 3/2013. (Raičević Vuk, Kovačević Maja, „Pravni aspekti zloupotrebe berzanskog tržišta“, *Ekonomija, teorija i praksa*, br. 3/2013)

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

***Marija* VRANIĆ**
Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

LEGAL TREATMENT OF INSIDER INFORMATION ACCORDING TO THE NEW LAW ON CAPITAL MARKET

Summary

The legal treatment of insider information must be carefully and precisely determined, given the considerable number of specifics that accompany insider information and the multiple legal and economic consequences of its misuse. To the one who possesses it, insider information provides a significant advantage in terms of the disposal of the financial instruments to which it relates, in relation to investors in the same instruments to whom they are unknown. Since the advantage is based on an unjustified information asymmetry, insider trading is an unfair market action, which requires a strong legal response in the form of a ban and adequate sanctions in case of ignoring it.

The new Law on the Capital Market, the implementation of which has begun on January 6, 2023, brings certain changes in the legal treatment of insider information. Although the essence of the regulation of this institute remains the same, there is a noticeable harmonization of the regulations in this area with the regulations that exist within the framework of European Union law. The aim of this work is to analyze the current solutions, especially pointing out the introduced changes. The application of the comparative law method also contributes to the research results.

Key words: *Inside Information. – Law on Capital Market. – Investor. – Insider Trading. – Financial Instruments.*

Датум пријема рада: 2. 4. 2023.
Датум исправке рада: 28. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 347.725(497.11:73)
CERIF: S 144
ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД
DOI: 10.55836/PiP_23221A

Томислав* ЂУКИЋ
студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ОПРАВДАНОСТ УВОЂЕЊА КЛАСА АКЦИЈА – ОСВРТ НА ПРИМЕРЕ У САД И РЕГУЛАТИВУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Сажетак

У овом раду аутор ће настојати да направи анализу историје развитка дуалног система акција у Сједињеним Америчким Државама, кроз шта ће приказати како се временом правило једна акција – један глас мењало, те се устаљивала пракса да су се изузеци од овог правила уобличавали и стварали нова правила која су компаније прилагођавале свом пословању и потребама. Кроз анализу примера из пословања неких од водећих мултинационалних компанија у САД, као и кроз анализу тренутне регулативе класа акција у Републици Србији, аутор ће упоредити позитивне и негативне аспекте постојања различитих класа акција и сагледати оправданост њиховог увођења. Овај систем био је заступљен у претходном веку, а код нас се тек налази у почетној фази развоја и његова заступљеност још увек није видљива, иако је регулисана законским правилима. У завршним наводима, аутор сумира да ли

* Електронска адреса аутора: *tomislavdjukic@icloud.com*.

** Награђени рад на конкурсу фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2023. годину.

проблеми који постоје у овако подељеној структури акција могу бити превазиђени зарад циљева којима компанија тежи.

Кључне речи: *Акционарско друштво. – Класе акција. – Обичне акције. – Преференцијалне акције. – Право гласа. – Берза. – Иницијална јавна понуда.*

I Увод

Привредни субјекти у Републици Србији могу се организовати као индивидуалне или колективне форме обављања одређене делатности. Са једне стране, индивидуално предузеће (тј. предузетник) се карактерише тиме што нема посебан правни субјективитет у односу на физичко лице које врши одређену делатност у циљу стицања добити у овако организованом предузећу, док, са друге стране, колективно предузеће тј. привредно друштво има посебну организацију, своју имовину, самосталност која може ићи и до потпуне независности и одвојене правне односе у односу на своје чланове и оснивače.[1]

Акционарско друштво, као једна од колективних форми предузећа, је друштво чији је целокупни основни капитал подељен на акције које то друштво издаје и које својим законитим имаоцима, односно акционарима дају одређена права унутар друштва.[2] У тренутку одлучивања коју форму предузећа неко лице жели да оснује и која форма највише одговара његовом подухвату, предност акционарског друштва је уједно и његова мана, а то је капитал. Предности се огледају у начину прикупљања, циркулације, широких могућности прилагођавања капитала пословању и ограничење одговорности до висине улога у друштво, док би се под мане могли подвести високо прописани минимални оснивачки капитал, формалности и трошкови приликом повећања и смањења капитала и трошкови котирања својих акција на берзи (у случају јавних друштава). Акционарско друштво је једина форма привредног друштва који средства за своје оснивање и пословање може редовно да прибави и путем упућивања јавног позива за откуп акција.[3] У зависности од величине друштва, могу се уочити различити циљеви за издавање

1 Мирко Васиљевић, Татјана Јевремовић Петровић, Јелена Лепетић, *Компанијско право*, Београд, 2020, 32–33.

2 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, чл. 245.

3 Мирко Васиљевић, „Акционарско друштво“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–3/1991, 49.

акција. У мањим, једночланим или друштвима са два члана често ће постојати само једно, првобитно издавање акција, па ће се оне издати како би се акционарима (енг. *shareholders*) дала комплетна контрола над управљањем друштва и сва права која из тих акција произлазе. Даље, таква друштва често више неће издавати акције јер је то био једини циљ који је требало бити остварен већ тим издавањем и она ће се даље по потреби често финансирати на неки други начин, нпр. путем кредита са банком обезбеђеног њиховом личном имовином.[4] Са друге стране, велика друштва која имају већи број акционара, већи капитал и обим пословања имају циљ и потребу да финансирају њихове пословне подухвате, да привуку инвеститоре и да на тај начин прикупе довољно средстава како би друштво могло да послује и да оствари профит. Управо се због тога, првенствено код тих друштава, појављују различите акције које дају различита права унутар друштва, а у зависности од тога којој класи (роду) акција припадају. Издавање акција које дају мање неимовинских права својим имаоцима може да послужи и оном акционару који има довољно удела у укупном броју гласова да задржи контролу приликом доношења свих већих и битнијих одлука при пословању друштва и да на тај начин послује у складу са својом идејом и визијом, а са друге стране, да ограничи самовољу осталих акционара и могућност евентуалних промена које би могле бити изгласане противно његовој вољи.[5] Због свега наведеног, намеће се питање да ли је оправдано да законити имаоци акција једног друштва немају иста права у вези са управљањем тим друштвом јер се на тај начин фаворизује остваривање профита, прикупљање инвестиција и укључивање у пословање друштва лица која нису заинтересована у истој мери за свакодневно управљање тим друштвом.

II Историја и примери различитих класа акција у САД

Дуго су кроз историју постојала друштва која су имала различите класе акција и чији је капитал подељен на тај начин. Није одувек било законом прописано правило „једна акција – један глас“, те се у пракси одређивало у складу са потребама друштва која права ће имати који акционари. Крајем деветнаестог века је у САД компанија *East India Company* сваком акционару давала један глас без обзира на то колико је акција он доиста имао, док се негде право гласа условљавало износом

4 Paul L. Davies, Sarah Worthington, *Principles of Modern Company Law*, 9th edition, London, 2012, 855.

5 Zohar Goshen, Assaf Hamdani, „Corporate Control and Idiosyncratic Vision“, *Yale Law Journal*, Nr. 3/2016, 588.

укупно поседованих акција (нпр. за сваких петсто долара даје се један глас).[6] Компаније су често налазиле неко средње решење, па су нпр. ограничавале укупан број гласова које било који акционар може да поседује или су растом удела у капиталу друштва смањивале број гласова том акционару.[7] Већ је до 1900. године у већини компанија било утемељено правило да једна акција даје један глас, без обзира на то да ли се ради о преференцијалним или обичним акцијама, и у том погледу није било разлика.[8] Међутим, један од битнијих тренутака у историји јесте увођење у пракси различитих класа обичних акција, тј. акција које нису имале право гласа. Први пример тога је *International Silver Company* која је 1898. године издала обичне акције које нису давале право гласа у тренутку када су издате, већ тек од 1902. године, али и тада по принципу две акције – један глас.[9] Убрзо су и друге компаније почеле да издају акције које нису давале право гласа, задржавајући то право за себе и лица за која су била сигурна да ће водити послове у складу са њиховим захтевима па се на тај начин одржала њихова контрола над друштвом, иако нису имали већински капитал. Један од познатијих примера из прошлог века везује се за компанију *Dodge Brothers* која је одлучила да јавно на берзи понуди обичне акције (енг. тзв. *initial public offering* – иницијална јавна понуда) које немају права гласа, а Њујоршка берза је, иако је првобитно дозволила котирање таквих акција, касније исто забранила због поштовања правила једна акција – један глас. На тај начин забрањено је котирање акција на својој берзи свих друштава чије акције дају различита права, односно где постоји тзв. *dual class shares* систем, али са неколико изузетака (нпр. *Ford Company* 1956. године, вид. даље у тексту). Међутим, такав систем је убрзано показивао успех и развијао се у пракси, те је забрана Њујоршке берзе трајала педесет година, све до осамдесетих година прошлог века када је увидела да постоји снажна конкуренција међу берзама и да ће морати да дозволи

6 Samuel Williston, „History of the Law of Business Corporations before 1800 (Part II)“, *Harvard Law Review*, Nr. 4/1888, 156.

7 Нпр. у савезној држави Мериленд је важило следеће правило: „*за сваку акцију, а не више од две, један глас; за сваке две акције преко првобитне две, а да не прелази десет, један глас; за сваке четири акције поседоване преко десет акција, а укупно не прелази тридесет, један глас; за сваких шест преко тридесет, а ако не прелази шездесет, један глас; за сваких осам преко шездесет, а не прелази сто, један глас...*“ У складу са овим правилима, нико није могао да има више од тридесет гласова. Из овога се види могућност пруралитета права гласа већ тада, иако корпоративно управљање није било развијено као данас. Вид. Joseph G. Blandi, *Maryland Business Corporations 1783–1852*, Baltimore, 1934, 66.

8 W.H.S. Stevens, „Stockholders' Voting Rights and the Centralization of Voting Control“, *The Quarterly Journal of Economics*, Nr. 3/1926, 353–354.

9 *Ibid.*, 355.

и котирање таквих акција.[10] Она је тада поставила услове, да у случају да једна компанија жели да изда другу класу акција, тј. акције са различитим правима, потребан је пристанак двотрећинске већине укупног броја акционара, да однос гласачких права износи 10:1 између две класе и да нема разлике између свих осталих права.[11] По узору на *Dodge Brothers, Ford Motor Company* је 1956. године такође издала додатну класу „А" акција које су чиниле укупно 95% укупног капитала друштва али нису имала право гласа. Друга класа обичних акција „Б" је чинила преосталих 5% капитала друштва и била је резервисана примарно за чланове Форд породице и само су имаоци тих акција имали право гласа па су на тај начин омогућили да, и поред великог броја акционара и малог укупног процента у капиталу, задрже контролу и управљање над целокупним друштвом.[12] Још један пример је и позната кинеска компанија Алибаба, која се 2013. године управо због овакве забране одлучила да свој *initial public offering* (у даљем тексту: „*IPO*") премести са берзе Хонг Конга на берзу у Њујорку, јер је берза Хонг Конга одбила да одступи од правила „једна акција – један глас", иако би то био један од највећих *IPO-а* у историји.[13] Сада се све чешће компаније у САД одлучују за ову структуру капитала, нарочито када се ради о технолошким стартаповима а све у циљу што бржег и лакшег раста.[14] Најпознатији пример је *Alphabet Inc.*, власник Гугла, који је иницијалном јавном понудом 2004. издао три класе акција: једну која даје десет гласова по акцији, другу, за коју важи правило једна акција – један глас и трећу класу чије акције немају право гласа.[15] Неке компаније различите класе акција називају А, Б и Ц акције, у зависности од тога каква права дају својим имаоцима. Таква подела постоји у америчкој компанији *Berkshire Hathaway Inc.* која је издала обичне (енг. *common shares)* „А" и „Б" акције. Основна разлика између њих јесте цена, а према информацијама са почетка 2022. године,

10 Zoe Condon, „A Snapshot of Dual-Class Share Structures in the Twenty-First Century: A Solution to Reconcile Shareholder Protections with Founder Autonomy", *Emory Law Journal*, Nr. 2/2018, 345–346.

11 Dorothey S. Lund, „Nonvoting Shares and Efficient Corporate Governance", *The Stanford Law Review*, vol. 71, 2019, 703.

12 John Rosevear, „The Montley Fool, 63 Years Later, What Can Investors Learn From Ford's 1956 IPO?", 2019, доступно на адреси: *https://www.fool.com/investing/2019/01/16/63-years-later-what-can-investors-learn-from-fords.aspx*, 2. 1. 2023.

13 Neil Gough, „After Loss of Alibaba I.P.O., Hong Kong Weighs Changes to Its Listing Rules, N.Y. Times: Dealbook", доступно на адреси: *http://dealbook.nytimes.com/2014/08/29/hong-kong-begins-thinking-aloud-about-issue-that-lost-it-alibabas-i-p-o*, 2. 1. 2023.

14 Adam Hayes, „Dual Class Stock: Definition, Structure, and Controversy", доступно на адреси: *https://www.investopedia.com/terms/d/dualclassstock.asp*, 30. 12. 2022, 1.

15 Alphabet Inc. 2004 Founders' IPO Letter., 2004, доступно на адреси: *https://abc.xyz/investor/founders-letters/2004-ipo-letter/*, 30. 12. 2022.

акције класе „А“ достижу цену и преко четиристо хиљада долара, док се акције класе „Б“ крећу по цени између двеста и четиристо долара. Даље, имаоци акција „А“ имају право да конвертују своју акцију „А“ у хиљаду и петсто акција класе „Б“ у сваком тренутку, док у обрнутом случају то право не постоји, а постоје и разлике у томе колико права гласа носи свака од ових класа акција.[16] Данас друштва могу слободно да котирају своје акције различитих класа на Њујоршкој берзи, Насдак (*NASDAQ)*,[17] Амекс *(AMEX)* и *NYSE*, али само ако су такву структуру имали већ у тренутку када је друштво постало јавно (у тренутку *initial public offering*-а), а изузетно је могуће да се акције које дају нека приоритетна права издају и након првобитне јавне понуде, али само ако то не нарушава систем гласања који је постојао до тада.[18] Опште је позната компанијскоправна регулатива америчке савезне државе Делавер, у којој је правило једна акција – један глас диспозитивне природе, што значи да друштва могу издавати акције са више гласова, са мање од једног гласа или без права гласа.[19] Преко половине од пет стотина највећих корпорација и преко 55% од њих котираних на Њујоршкој берзи има седиште управо у Делаверу.[20] Из наведених примера из праксе компанија у САД и која је показала и показује успех и данас, може се уочити жеља друштва да издаје више класа акција и да на тај начин има већу контролу над управљањем, а уједно и да лакше прикупља капитал. Поред тога, ова структура омогућава улагачима који немају интерес за управљање друштвом да остварују имовинска права која са тим акцијама добијају и чине успешним своје дугорочне инвестиције.

III Врсте акција према правима у Републици Србији

Акционарско друштво је у Републици Србији уређено Законом о привредним друштвима. Када се говори о одступању од принципа „једна акција – један глас“ у том смислу постоје само две врсте акција које се

16 Berkshire Hathaway Inc, „Comparison of Berkshire Hathaway Inc. Class A and Class B Common Stock“, 2010, доступно на адреси*: https://www.berkshirehathaway.com/compab.pdf*, 30. 12. 2022.

17 NASDAQ Inc, NASDAQ Stock Market Rules IM-5640 (2014), доступно на адреси: *https://listingcenter.nasdaq.com/rulebook/nasdaq/rules/nasdaq-5600-series*, 28. 12. 2022.

18 Tian Wen, „You Can't Sell Your Firm and Own It Too: Disallowing Dual-Class Stock Companies from Listing on the Securities Exchange“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 6/2014, 1496–1497.

19 Јелена Лепетић, „Једна акција – један глас: да ли је време за промене“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018, 1202–1203.

20 Мирко Васиљевић, „Привреда и привредна друштва“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 33.

разликују према правима које дају својим имаоцима и тако се разликују преференцијалне и обичне акције. У оквиру сваке врсте акција, акције које дају иста права својим акционарима чине једну класу акција, с тим што све обичне акције увек морају давати иста права, те самим тим није могуће постојање различитих класа обичних акција (увек постоји само једна класа обичних акција).[21] Преференцијалне акције су акције које својим имаоцима дају одређена имовинска права, као и нека друга посебна права, ако је тако одређено статутом друштва или одлуком о емисији акција, која су повлашћена у односу на права имаоца обичних акција.[22] За разлику од обичних акција, у једном друштву могу да постоје преференцијалне акције које би имале више класа са различитим правима првенства, али би у таквој ситуацији неопходно било да се утврди редослед првенства за остваривање права из тих акција. Законити имаоци обичних акција остварују своја права сразмерно номиналној вредности поседованих акција (вредност на коју акција гласи тј. вредност која је утврђена одлуком о издавању акција[23]), односно рачуноводствене у случају да су те акције без номиналне вредности (вредност која се добија дељењем књиговодствене вредности имовине друштва са укупним бројем акција које је оно издало и она не мора да се поклапа са номиналном вредношћу акције[24]). Приоритетна (повлашћена) права која законити имаоци преференцијалних акција имају у односу на имаоце обичних се тичу како имовинских, тако и статусних права. Првенствено се под имовинским приоритетним правима која се остварују пре права имаоца обичних акција мисли на приоритет у исплати дивиденде, као једног од основних и најважнијих имовинских права, и то у унапред одређеном новчаном износу или проценту од њене номиналне вредности, а поред тога, право првенства наплате из остатка ликвидационе или стечајне масе. Могуће је и постојање различитих врста преференцијалних акција и на тај начин може доћи и до неких додатних права које би имаоци преференцијалних акција имали. Кумулативне преференцијалне акције дају свом имаоцу право кумулирања исплате неисплаћене приоритетне дивиденде и исплату пре исплате дивиденди имаоцима обичних акција. Друштво се може определити да изда и партиципативне преференцијалне акције када постоји право имаоца да партиципира у дивиденди која припада имаоцима обичних акција када се дивиденда њима исплаћује. Постоји и могућност издавања заменљивих преференцијалних акција, када је одлуком о издавању предвиђено да

21 ЗОПД, чл. 250.

22 М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 219–220.

23 ЗОПД, чл. 258.

24 Небојша Јовановић, „Законодавна смушеност у претварању јавног у нејавно друштво“, *Анали Правноī факултета у Беоīраду*, бр. 2/2011, 309–310.

се оне могу заменити за обичне акције. Откупљиве преференцијалне акције су акције које могу бити откупљене од стране самог друштва. Преференцијалне акције се у Републици Србији могу издавати само за новчани улог у друштво.[25] Закони врло често уређују највиши проценат преференцијалних акција у укупном капиталу друштва које оно може да издаје и тако је у Србији постављено да приоритетне акције могу износити највише половину – 50% основног капитала друштва,[26] што је идентично решење као и у неким другим суседним државама.[27] Када су у питању статусна (неимовинска) права, преференцијалне акције по правилу не дају право гласа својим имаоцима (то је „цена" коју имаоци таквих акција плаћају за сва приоритетна права која имају[28]), али имаоци таквих акција ипак имају право и то само једног гласа (због императивног правила једна акција – један глас које важи у нашем праву) у тачно одређеним случајевима и они ће то право остваривати на посебној скупштини акционара те класе (тзв. специјална скупштина). То право моћи ће да остварују уколико се ради о промени права акционара ове класе. Тачније, о повећању или смањењу укупног броја одобрених акција те класе (које још увек нису издате), о измени било ког повлашћеног права акција те класе, о утврђивању права ималаца било којих других хартија од вредности друштва на замену или конверзију њихових хартија у акције те класе, о подели или спајању акција те класе или њиховој замени за акције друге класе, о новој емисији исте класе преференцијалних акција или издавању неке нове класе акција које би давале већа права него она која даје та класа акција или измени права из акције друге класе тако да дају једнака или већа права у односу на права која дају акције те класе, о ограничењу или искључењу постојећег права пречег уписа акција те класе и о ограничењу или искључењу постојећег права гласа из акција те класе, ако је то право утврђено статутом у складу са законом.[29] Из наведеног се намеће закључак да увек када законити имаоци преференцијалних акција имају право гласа, таква акција им даје само један глас, за разлику од САД и неких других држава где могу постојати нпр. акције са десет или већим бројем гласова. Статутом

25 ЗОПД, чл. 253.

26 ЗОПД, чл. 253 ст. 2.

27 Нпр. у Хрватској такође постоји ово ограничење које се тиче највишег дозвољеног процента повлашћених акција у капиталу и тамо такође постоје две класе („рода") акција („дионица"): редовне и повлашћене, а све акције које дају иста права припадају истој класи. Вид: хрватски Zakon o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19 i 34/22, члан 167 и 168; у Црној Гори је исто уређење: Закон о привредним друштвима, *Службени лист РЦГ*, бр. 65/2020, чл. 206.

28 М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 220.

29 ЗОПД, чл. 255.

самог акционарског друштва могу се одредити додатно два права имаоца приоритетних акција када они не морају гласати на одвојеној скупштини, већ заједно са имаоцима обичних акција: прво, код замењивих преференцијалних акција, право гласа се остварује заједно са акционарима који имају обичне акције, али само када имају број гласова једнак броју гласова обичних акција у које се могу претворити, и друго, законити имаоци преференцијалних акција којима није исплаћена дивиденда која им припада по одлуци скупштине друштва, могу да остварују право гласа заједно са имаоцима обичних акција до исплате те дивиденде, сразмерно учешћу у тих преференцијалних акција у основном капиталу друштва.[30]

У Србији је императивно правило једна акција – један глас, како кад су у питању преференцијалне акције (када дају право гласа), тако и обичне, а и све друге врсте акција. Тај принцип није новина у нашем систему јер је био уређен и претходним Законом о привредним друштвима из 2004. године.[31] Раније је, Законом о предузећима из 1996. године, било предвиђено да свака акција даје право гласа сразмерно својој номиналној вредности, при чему је било забрањено издавање акција са истом номиналном вредношћу које би давале различит број гласова.[32] Закон о предузећима из 1988. предвиђао је да власници имају право гласа сразмерно висини уложеног капитала, ако статутом, односно правилима није другачије предвиђено у скупштини предузећа,[33] из чега се може видети да тада ово правило није било императивно као сада. Међутим, уколико би један правни систем желео да у потпуности примени ово правило без икаквих изузетака, тада би требало забранити одређене институте који постоје у нашем правном систему, али и у бројним другим државама. Један од најочигледнијих начина био би да се потпуно забрани издавање акција које дају право на више или мање од једног гласа тј. преференцијалних акција, као најјачег удара на овај принцип. Поред тог „изузетка“ од правила једна акција – један глас, правни системи често познају нпр. акције које дају право гласа за само одређена питања, акције које не дају права гласа уопште или ограничење укупног броја гласова по једном законитом имаоцу акције.[34] У сваком случају, из свега наведеног се може закључити да код нас постоји тзв. непропорционални

30 ЗОПД, чл. 255.

31 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 и 36/2011 – др. закон, чл. 208 ст. 1 тач. 3.

32 Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96 – испр. 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002, чл. 221 ст. 1 и 3.

33 Закон о предузећима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 24/94 – др. закон, чл. 122 ст. 1.

34 Ј. Лепетић, 1209–1210.

систем гласања јер постоје значајни изузеци од правила једна акција – један глас. Он се тако назива јер постоји несразмера тј. неједнакост међу акционарима једног друштва у виду економског ризика које они сносе и економских права које они имају на основу тога што су имаоци акција. Овакав систем постоји у бројним земљама широм света и постоје аргументи и за и против његовог постојања, али је углавном прихваћен када се уводи већ при оснивању тј. првим издавањем акција од стране друштва. Са друге стране, ако се он жели увести накнадно, када су акције једног друштва већ котиране, проблем је већи јер се тиме жели увести неједнаки третман акционара у истом положају, оних који већ представљају имаоце издатих акција и оних који ће акције које им дају другачија тј. шира права тек стећи, па по правилу то не би требало бити дозвољено.[35] Поред свих права у којима се разликују преференцијалне од обичних акција, преференцијалне акције својим имаоцима дају и нека друга права која нису имовинскоправне природе и не дају право првенства у односу на остале акционаре. Та права су право да присуствује и учествује у раду скупштине друштва и поред тога што нема право гласа, да расправља о питањима на дневном реду, право приступа актима и документима друштва, право информисања, право подизања индивидуалних и деривативних тужби и право постављања питања. Што се тиче права постављања питања, оно припада како имаоцима преференцијалних акција, имаоцима делимично уплаћених акција и имаоцима којима је искључено право гласа, јер се ово право не везује за право гласа већ за право учешћа у раду скупштине.[36] Законити имаоци преференцијалних акција имају право да сазову (уколико имају најмање 10% права гласа од укупног броја те класе) и да одрже посебну седницу скупштине на којој, по правилу, имају право да присуствују само они. Основна функција овако уређене одвојене седнице скупштине јесте да они донесу одлуку којом би дали сагласност на одлуку која се тиче њих, а која је донета од скупштине друштва.[37] Даље, имаоци ових акција имају право да њима располажу слободно, право пречег стицања акција исте класе из нових емисија, а постоји могућност и давања права првенства у коришћењу услуга из делатности друштва или права првенства у откупу акција при смањењу основног капитала друштва и друго.[38] Са друге стране, законити имаоци и обичних и преференцијалних акција имају и једну основну обавезу према друштву, а она се састоји у уплати

35 *Ibid.*, 1200–1201.

36 Вук Радовић, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014, 70.

37 Зоран Арсић, „Посебна одлука класе акција – посебно гласање и посебна скупштина“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 57–58.

38 М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, 220.

целог улога у друштво како би могли да стекну својство законитог имаоца акција уписом у Централни регистар хартија од вредности. У случају задоцњења са извршавањем ове обавезе, разликују се последице у нејавном (затвореном) и јавном (отвореном) акционарском друштву. Према Закону о привредним друштвима, ако лице које се обавезало не унесе тј. не уплати целокупни улог у нејавно акционарско друштво, то друштво има право да, након обавештавања тог лица и давања накнадног рока за испуњење обавезе, донесе одлуку о повлачењу и поништају уписаних акција без накнаде, док би јавно акционарско друштво имало обавезу да донесе такву одлуку од стране својих органа.[39]

IV Увођење класа акција – *pro et contra*

Када погледамо примере из САД и проблеме који су се јављали кроз историју, као и садашњу регулативу у Републици Србији, можемо да закључимо да је у нашем праву структура доста једноставније регулисана, али да у пракси није још увек заживела. У тренутку писања овог рада, аутор је пронашао информацију да на Београдској берзи постоји само шеснаест преференцијалних акција, од чега је десет повучено са тржишта.[40] Закључује се да би се могло поставити питање да ли је уопште оправдано и сврсисходно увођење овакве структуре и какве су последице по друштво и по акционаре тиме.

Основни аргумент против увођења и постојања различитих класа акција јесте (потенцијални) конфликт интереса.[41] У ситуацији када акционари који имају већински део од укупног броја гласа бирају директоре, тј. одређена лица која ће вршити послове у интересу друштва, често се сумња у њихово доношење одлука и поставља се питање да ли је оно у складу са интересима друштва као целине, тј. свих акционара или ипак у интересу испуњења њихових циљева и остваривања пословног плана. Практично лица која имају већински проценат укупног броја гласова у друштву могу донети одлуку какву год хоће, без обзира на остале акционаре којих има у много већем броју, али немају права гласа или имају али у мањем проценту. Ова ситуација би се могла поједноставити речима генералног саветника Гугла Дејвида Драмонда, који је након вести да ће Гугл издати нове акције без права гласа већ постојећим акционарима

39 ЗОПД, чл. 48, ст. 7–8.

40 Вид. званични сајт Београдске берзе: *https://www.belex.rs*, 2. 1. 2023.

41 Stephen M. Bainbridge, „Understanding Dual Class Stock III: The Conflict of Interest Argument“, 2017, доступно на адреси: *https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridge com/2017/09/understanding-dual-class-stock-iii-the-conflict-of-interest-argument.html#_ftn1/*, 1. 1. 2023.

и на тај начин одржати контролу у рукама своја три оснивача, рекао: „*С обзиром да ће Сергеј, Ерик и Лери (оснивачи и контролни акционари) задржати већину права гласа у компанији, очекујемо да одлука буде изгласана*“.[42] *Linkedin*, позната компанија из САД, је 2011. године прешла у јавно друштво и желела да изда нову класу акција будућим акционарима које би укупно давале испод једног процента од укупног права гласа у друштву, а све у циљу прикупљања капитала уз задржавање права гласа за све одлуке које би се могле донети у будућности.[43] Контролни акционари оваквих компанија који желе да накнадно издају овакве акције (тј. акције са већим или пречим правима) често за разлог наводе да се на тај начин желе заштити од непријатељског преузимања (енг. *hostile takeover*) и да задрже контролу у својим рукама. Такав став би се могао оборити чињеницом да и без издавања тих акција, компанија на располагању има одређене мере одбране (енг. *deffense mechanism*) којима би то спречила. Додатан је аргумент против постојања овако подељеног капитала једног друштва да се ствара неравноправност између економског ризика и контроле над привредним друштвом и да се на овај начин одступа од правила једна акција – један глас, али такав аргумент могао би се оборити чињеницом да се правило једна акција – један глас не везује за равноправност лица, већ за једнакост акција као механизама којима се омогућава изградња секундарног тржишта.[44]

Свакако је мана постојања различитих класа акција та да се одлуке неће доносити у интересу свих акционара и да се акционари фактички ништа не питају (у случају да постоје они са великим уделом у укупном броју гласова), али било би погрешно потпуно забранити овакав систем јер он омогућава свим заинтересованим лицима да могу да приступе друштву, а да их се фактички не тиче какве одлуке се у њему доносе све док добијају дивиденду тј. уживају имовинска права из акција. Поред тога овај систем постоји дуго у пракси и често је доносио добре резултате за компаније које су на овај начин прикупљале капитал и настављале пословање.

Један од водећих и најснажнијих аргумената за увођење и постојање различитих класа акција би свакако био да се на тај начин најбоље могу остварити дугорочни планови и циљеви који су постављени од стране

42 Andrew Ross Sorkin, „The New York Times, Stock Split for Google That Cements Control at the Top“, 2012, доступно на адреси: *https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2012/04/16/stock-split-for-google-that-cements-control-at-the-top/*, 31. 12. 2022.

43 Steven Davidoff Solomon, „The New York Times, Plans for LinkedIn's I.P.O. May Make Few Friends“, 2011, доступно на адреси: *https://archive.nytimes.com/dealbook.nytimes.com/2011/05/10/plans-for-linkedins-i-p-o-may-make-few-friends/*, 31. 12. 2022.

44 Ј. Лепетић, 1198.

акционара-оснивача, а да се са друге стране не ризикује губитак контроле над управљањем тим друштвом.[45] Акционари који ће тек ступити у друштво свакако знају у шта се упуштају и шта купују, те не постоји никаква дискриминација њих јер, нпр. у случају куповине обичних акција без права гласа, цена ће бити мања у односу на обичне акција са правом гласа те ће они имати слободан избор да ли на основу свих права које им те акције пружају желе да их купе или не. Са друге тачке гледишта, законити имаоци већ постојећих акција не губе никаква права гласа нити им се то право смањује у случају издавања нове класе, тј. приступања нових акционара у друштво.[46] Напротив, извршиће се докапитализација те ће друштво имати веће шансе за испуњење пословних циљева. Када се не би дозволило издавање акција без права гласа или са мање права гласа, оснивачи би морали да „држе у својим рукама" читав капитал друштва и тиме себе да изложе огромном ризику, евентуално презадужености, стечају или доношењу лоших пословних одлука. На овај начин се, управо због свега овога, омогућава да они задрже контролу и да стекну додатно финансирање од стране будућих акционара, њима омогуће остваривање економске користи од тих акција, а себи стабилније пословање.[47]

Приликом истраживања и прикупљања података, аутор је пронашао чланак новинара часописа *Financial Times* којим би се на занимљив начин могло сагледати ово поређење аргумената: „*Предност постојања овакве структуре јесте заштита управљања друштвом од захтева свих обичних акционара. Мана постојања овакве структуре јесте заштита управљања друштвом од захтева свих обичних акционара.*"[48]

V Закључак

Тржиште серијских хартија од вредности у САД је једно од најразвијенијих на свету. Из историјског осврта на развој берзе, одлука компанија о увођењу различитих класа акција и промене саме садржине тих акција у тој земљи које смо укратко истражили у овом раду, можемо да закључимо да превагу ипак имају аргументи који су за постојање овакве структуре једног друштва. Све мане и потенцијални проблеми би се могли у одређеној мери занемарити зарад циљева који се остварују

45 Douglas C. Ashton, „Revisiting Dual-Class Stock", *St. Johns Law Review*, Nr. 4/1994, 884.

46 S. Bainbridge.

47 D. S. Lund, 693.

48 Andrew Hill, „Enrolment open for an MBA in Murdoch", 2011, доступно на адреси: *https://www.ft.com/content/2fda9e8e-b176–11e0–9444–00144feab49a*, 1. 1. 2023.

њеним постојањем и сагледавањем шире и дугорочне слике, без притиска акционара за краткорочним и инстант профитом. Ова структура омогућава власницима компанија да испуне своје циљеве и да за себе осигурају даљи развитак саме компаније и њеног обима пословања, а инвеститорима (будућим акционарима) даје већи спектар избора приликом стицања акција и доношења одлуке на који начин ће уложити свој новац и остварити профит. Таква структура такође има позитиван утицај и на лојалност инвеститора и законитих имаоца акција самом друштву и утиче и на развој тржишта тј. берзи где се такве акције котирају. О развијању и популарности постојања различитих класа акција сведочи и чињеница да су у САД од укупног броја одржаних *initial public offering*-а у периоду 2008–2012. године компаније са дуалним системом акција чиниле у просеку 13.5%, док само у 2022. тај проценат износи 25.6%, а у последњих пет година просек је 24%.[49]

На крају, у нашој земљи се тржиште серијских хартија од вредности налази у почетној фази развоја и није ни близу тржишта какво постоји у САД. За развој берзанског тржишта неопходно је да на берзу изађе много већи број друштава која би својим иницијалним јавним понудама омогућила развитак овог система и код нас. Наш корпоративни правни систем је компилација неколико упоредноправних система и решења и ту се јавља питање колико је уствари примењив у пракси. Улога државе је неизмерна и не сме се занемарити приликом изучавања тржишта и оваквог проблема, те је неопходно да она има много већи утицај, да превазиђе своју пасивну улогу и да се укључи у подстицање привредних подухвата више него што је тренутно случај. Такође је потребно да се законска регулатива уреди у складу са стањем тржишта те да се на тај начин повећа мотивација инвеститора за улагање у акције и компанија за увођење преференцијалних акција. Колико је то могуће у пракси и колико ће се друштва окренути овом решењу, остаје нам да видимо у будућности.

Коришћена литература

Арсић Зоран, „Посебна одлука класе акција – посебно гласање и посебна скупштина“, *Право и привреда*, 4–6/2019. (Arsić Zoran, „Posebna odluka klase akcija – posebno glasanje i posebna skupština“, *Pravo i privreda*, 4–6/2019)

49 Jay R. Ritter, „Initial Public Offerings: Dual Class Structure of IPOs Through 2021“, 2023, доступно на адреси: *https://site.warrington.ufl.edu/ritter/files/IPOs-Dual-Class.pdf/*, 4. 1. 2023.

Ashton Douglas C., „Revisiting Dual-Class Stock“, *St. Johns Law Review*, Nr. 4/1994.

Blandi Joseph G., *Maryland Business Corporations 1783–1852*, Baltimore, 1934.

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

Васиљевић Мирко, „Акционарско друштво“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–3/1991. (Vasiljević Mirko, „Akcionarsko društvo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3/1991)

Васиљевић Мирко, „Привреда и привредна друштва“, *Право и привреда,* бр. 4–6/2019. (Vasiljević Mirko, „Privreda i privredna društva“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2019)

Wen Tian, „You Can't Sell Your Firm and Own It Too: Disallowing Dual-Class Stock Companies from Listing on the Securities Exchange“, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 6/2014.

Goshen Zohar, Hamdani Assaf, „Corporate Control and Idiosyncratic Vision“, *Yale Law Journal*, Nr. 3/2016.

Williston Samuel, „History of the Law of Business Corporations before 1800 (Part II)“, *Harvard Law Review*, Nr. 4/1888.

Gough Neil, „After Loss of Alibaba I.P.O., Hong Kong Weighs Changes to Its Listing Rules, N.Y. Times: Dealbook“, доступно на адреси: *http://dealbook.nytimes.com/2014/08/29/hong-kong-begins-thinking-aloud-about-issue-that-lost-it-alibabas-i-p-o*, 2. 1. 2023.

Davies Paul L., Worthington Sarah, *Principles of Modern Company Law*, 9th edition, London, 2012.

Јовановић Небојша, „Законодавна смушеност у претварању јавног у нејавно друштво“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011. (Jovanović Nebojša, „Zakonodavna smušenost u pretvaranju javnog u nejavno društvo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011)

Лепетић Јелена, „Једна акција – један глас: да ли је време за промене“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018. (Lepetić Jelena, „Jedna akcija – jedan glas: da li je vreme za promene“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2018)

Lund Dorothey S., „Nonvoting Shares and Efficient Corporate Governance“, *The Stanford Law Review*, vol. 71, 2019.

Радовић Вук, „Услови за вршење права акционара на постављање питања“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014. (Radović Vuk, „Uslovi za vršenje prava akcionara na postavljanje pitanja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2014)

Stevens W. H. S., „Stockholders Voting Rights and the Centralization of Voting Control“, *The Quarterly Journal of Economics*, Nr. 3/1926.

Condon Zoe, „A Snapshot of Dual-Class Share Structures in the Twenty-First Century: A Solution to Reconcile Shareholder Protections with Founder Autonomy“, Emory Law Journal, Nr. 2/2018.

***Tomislav* ĐUKIĆ**
Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

JUSTIFICATION OF DUAL CLASS STOCK – REVIEW OF EXAMPLES IN US AND REGULATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper author will aim to make an analysis of development dual class stock system in the United States through history, with which he will show how, through time, the one share – one vote rule changed and how the practice of exceptions from this rule established and made new rules which companies adjusted to its business and needs. Through analysis of examples from business of some of the leading multinational companies in the United States and analysis of current regulative of classes of shares in the Republic of Serbia, author will compare positive and negative aspects of existence of different classes of shares and the justification for its introduction. This system was very represented in the previous century, and in our country it is only the beginning phase of development and its representment still isn't that much visible despite the fact that it is regulated by law. In the finishing statements, author sums up can the problems that exist in this type of split of shares overcome for the benefit goals that company wants to accomplish.

Key words: *Joint-stock Company. – Classes of Shares. – Regular Shares. – Preferred Shares. – Right to Vote. – Stock Exchange. – Initial Public Offering.*

Датум пријема рада: 6. 4. 2023.
Датум исправке рада: 19. 4. 2023.
Датум прихватања рада: 17. 5. 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 италик).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У напомени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има до 150 речи.

Након сажетка рад мора да има кључне речи које најбоље описују садржај чланка за потребе индексирања и претраживања. Број кључних речи не може бити већи од 5.

Рад мора да садржи листу референци (литература) која обухвата библиографске изворе (чланке, монографије и сл.) и даје се искључиво у засебном одељку након текста. Референце се наводе на доследан начин, према азбучном редоследу презимена аутора, како гласе у оригиналу.

Рад мора да има сажетак и кључне речи и на енглеском језику. Резиме и кључне речи се дају на крају чланка, након одељка Литература.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминологија у упоредном праву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *redakcija@pravoiprivreda.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

имe аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:

имe аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Ünternehmens– und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Stucture“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

имe аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово a, b, c, d, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995a), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: CA), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf*, 21. 10. 2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Татјана Јевремовић Петровић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993)– .
– Београд : Удружење правника у привреди Републике Србије : 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:

Мирко Васиљевић
Компанијскоправни режим разрешења директора пре истека мандата – „ad nutum“

Слободан М. Марковић
Статус законских ограничења ауторског права и патента у међународном праву и праву Србије

Зоран Р. Томић
Опет о категорији управне ствари: упоришне тачке, заједничка нит и структура

Владимир Чоловић
Финансијско реструктурирање привредних субјеката

Предраг Н. Цветковић
Алгоритмирање права: илустрација могућих приступа

Татјана Јевремовић Петровић
Искључива електронска пријава оснивања привредног друштва

Вук Цуцић
Надзор у области дигиталне имовине

Урош Новаковић, Јелена Пламенац
Споразум о деоби заједничке имовине и уговор о подели заједничке имовине – заштита поверилаца и(ли) слобода располагања супружника

Марко С. Кнежевић
Постулациона способност пуномоћника у парничном поступку

Ђуро М. Ђурић, Владимир М. Јовановић
Примена медијације код реструктурирања

Ранко Совиљ
Реорганизација места трговања – усаглашеност новог Закона о тржишту капитала с MiFID II

Мирјана Б. Глинтић
Дејство пророгационе клаузуле у уговорима о осигурању великих ризика – Одлука Суда правде Европске уније у предмету *Balta*

Никола Милосављевић
Поједини патентноправни аспекти примене вештачке интелигенције

Александра Секулић
Основне претпоставке за увођење стечаја предузетника у Републици Србији