



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
3
2023

Почасни главни и одговорни уредник

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

Главни и одговорни уредник

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

Уређивачки одбор

Чланови извршног одбора редакције

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

Чланови саветодавног одбора редакције

Радован Вукадиновић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Шиме Ивањко (Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија), Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка), Горан Коевски (Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правни факултет „Јустинијан први“, Република Северна Македонија), Leaua Stenguta (Leaua Damcali Deaconu Raunescu – 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@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: redakcija@pravoiprivreda.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.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

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
3

2023

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ

Значај превентивних мера за одвраћање од злоупотребе доминантног положаја 699

Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

Принцип сразмерности премије тежини ризика на примеру осигурања од одговорности власника моторних возила – подзаконска активност Народне банке Србије 714

Јелена ЂЕРАНИЋ ПЕРИШИЋ

Унитарна патентна заштита – изазови почетка примене Споразума о Јединственом патентном суду 736

Свeйислав ЈАНКОВИЋ

Правна (не)основаност накнаде за одржавање банкарског текућег рачуна 755

Катјарина ЈОВИЧИЋ

Основи престанка трговинских уговора у српском праву 777

Маша МИШКОВИЋ

Акти државних органа као виша сила у уговорима о међународној продаји нафте и гаса 802

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ

Право члана друштва на накнаду рефлексне штете: упоредно-правна и позитивно-правна анализа 821

Милена МИТРОВИЋ

Дужности директора у одрживом корпоративном
управљању..... 844

СТРУЧНИ РАДОВИ

Андреј МИЋОВИЋ

Заштита конкуренције на тржишту дигиталних услуга..... 873

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Марија СПАСИЋ

Начело независности и превара у пословима документарног
акредитива и самосталне банкарске гаранције..... 891

Nikola DRAGIĆ

Third-Party Patent Litigation Financing in the United States:
Do You Know Who is Sitting in Your Courtroom?..... 913

Иван РАИЧЕВИЋ

Критички осврт на тумачење о субјективној природи
општег основа уговорне одговорности..... 932

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 974

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

***Sanja* DANKOVIĆ STEPANOVIĆ**

Significance of Previous Preventive Measures for Inhibition of Abuse of a Dominant Market Position. 699

***Nataša* PETROVIĆ TOMIĆ**

The Principle of Proportionality of the Premium to the Weight of the Risk in the Field of Motor Third Party Liability Insurance – By-Law Activity of the National Bank of Serbia 714

***Jelena* ČERANIĆ PERIŠIĆ**

Challenges of Unitary Patent Protection – the Beginning of Implementation of the Agreement on a Unified Patent Court . . . 736

***Svetislav* JANKOVIĆ**

Legal (Un)Justifiability of Banking Right to Maintenance Fee Regarding the Banking Current Account 755

***Katarina* JOVIČIĆ**

Legal Grounds for Termination of Commercial Contracts in Serbian Law 777

***Maša* MIŠKOVIĆ**

Acts of Public Authorities as Force Majeure in Oil and Gas International Purchase and Sale Agreements 802

<i>Jovana VELIČKOVIĆ</i>	
The Shareholder's Right to Compensation for Reflective Loss: Comparative-Legal and Positive-Legal Analysis.....	821

<i>Milena MITROVIĆ</i>	
Director's Duties in Sustainable Corporate Governance.....	844

PROFESSIONAL PAPERS

<i>Andrej MIČOVIĆ</i>	
Protection of the Competition on the Digital Services Market ...	873

STUDENT PAPERS

<i>Marija SPASIĆ</i>	
Independence Principle and Fraud in Documentary Letter of Credit and Independent Bank Guarantee	891

<i>Nikola DRAGIĆ</i>	
Third-Party Patent Litigation Financing in the United States: Do You Know Who is Sitting in Your Courtroom?.....	913

<i>Ivan RAIČEVIĆ</i>	
Critical Review of the Interpretation of the Subjective Nature of the General Basis of Contractual Liability.....	932

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	974
---------------------------------------	------------

ЧЛАНЦИ

УДК: 339.137.27 ; 346.545

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23301A

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

ЗНАЧАЈ ПРЕВЕНТИВНИХ МЕРА ЗА ОДВРАЋАЊЕ ОД ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА**

Сажетак

Предмет рад је анализа ризика од повреде конкуренције у случајевима доминантног положаја на тржишту у свим развојним фазама. Циљ рада је представљање примарног модела анализе, који осим санкционисања повреде подразумева најпре праћење усклађености пословања са правилима о заштити конкуренције од стране тржишног учесника, а затим и могућности наодбе у ситуацији када је постојао иста повреда конкуренције већ покренути.

Закључак је да у случају преласка доминантног положаја на тржишту у забрањену злоупотребу, с обзиром на неопходност чврстих критеријума оцене, велики значај има ex-ante преглед. Тежиште се помера уназад, са санкционисања понашања на превентивно постојање и значајнију улогу тржишног учесника у домену процене ризика повреде конкуренције.

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

** Рад је подржан средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на основу Уговора о реализацији и финансирању научно-истраживачког рада НИО у 2023. години, број: 451-03-47/2023-01.

Кључне речи: Злоупотреба доминантног положаја на тржишту.
– Самоевалуација ризика. – Програма усклађености
исловања. – Прекид пословања за искључивање повреда
конкуренције. – Култура конкуренције.

И Доминантан положај као тржишна ситуација између (економске) оправданости и (правне) претње

Доминантан положај на тржишту има сложену двовалентну структуру, с обзиром на то да представља разумљиву тежњу ка пословном расту и ефикасности учесника, са једне, и претњу од његове злоупотребе, са друге стране. Тако, са индивидуалног аспекта пословног субјекта посматрано, оправдано понашање јесте истовремено и потенцијално опасна ситуација на односном тржишту спрам интереса конкурената и потрошача.

Домаће право концепт доминантног положаја заснива на тржишној снази учесника која му омогућава значајну независност у пословању у односу на друге категорије субјеката.¹ Европски суд правде у случају *Hoffmann La Roche v. Commission*² доминантан положај на тржишту везује за учесника који „поседује економску снагу која му омогућава да предупреди делотворну конкуренцију на тржишту тиме што она даје моћ да се у знатној мери понаша независно од конкурената, купаца и потрошача.“³

Значајна регулаторна измена у домаћем праву у погледу утврђивања доминантног положаја учињена је укидањем позитивне претпоставке постојања за учесника чији удео на релевантном тржишту износи најмање 40%, односно најмање 50% у случају колективне доминације. Вредност тржишног удела постаје индикатор поседовања значајне тржишне снаге уз друге факторе, као што су висина удела других тржишних

1 Закон о заштити конкуренције – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 15 ст. 1. Категорија тржишне снаге учесника је вишеккомпонентна и променљива; препознаје као основне следеће критеријуме: структуру релевантног тржишта, тржишни удео пословног субјекта – с тим да је значајан индикатор постојања доминације вредност већа од 40% на релевантном тржишту, економска и финансијска снага субјекта, степен вертикалне пословне интегрисаности, стварни и потенцијални конкуренти, правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту, технолошке предности, права интелектуалне својине и објективна тржишна снага купца. Вид. Закон, чл. 15 ст. 2.

2 С 85/76 *Hoffmann La Roche v. Commission* (1979), ECR 461.

3 Маја Станивуковић, *Суд правде Европске уније и право конкуренције*, Београд, 2010, 96.

учесника, постојање и природа препрека уласку на односно тржиште од стране потенцијалних конкурената или постојање доминације на страни купца. У процесном смислу, повољнији положај тржишног учесника огледа се у непостојању категоријалне претпоставке поседовања доминантног положаја, који се утврђује у сваком појединачном случају, а терет доказивања је на Комисији за заштиту конкуренције као надлежном органу.⁴ Са аспекта генералне превенције, међутим, ово решење је мање повољно јер у објективном смислу сужава поље квалификације доминантног положаја увођењем додатних, по правилу квалитативних и комплекснијих критеријума и пошто у субјективном смислу усложњава поступање надлежног органа. Разлози регулаторне измене могу бити вишеструки – од тежње ка прецизнијем и правичнијем решењу које ће укључити већи број разнородних критеријума оцене, преко интенције усклађивања са решењима европског права, до процене да су позитивни ефекти примене ранијег легислативног модела⁵ у домаћем тржишном амбијенту (у односу на потоњи из 2009. године) израженији.

Доминантан положај на тржишту, индивидуалан или колективан, настаје као резултат појединачног раста субјекта или као резултат пословне концентрације, када доминација постаје међустаница ка потенцијалној злоупотреби.⁶ Повећан степен опреза се претпоставља, јер концентрација води доминацији.⁷ Уговорни однос такође представља основ за остваривање злоупотребе доминантног положаја, који се оставарује у истом амбијенту као и повреда у случају рестриктивног споразума.⁸ Олигополске ситуације су често оквир поседовања доминантног положаја једног или групе субјеката, који имају правну или фактичку моћ да самостално одређују услове пословања без обзира на интересе других учесника.⁹

Природан и разумљив циљ учествовања у тржишној утакмици јесте тежња, односно остваривање доминантног положаја, и његовог

4 Претходно законско решење, на снази до 2013. године, терет доказивања постојања доминантног положаја установљавало је за Комисију за заштиту конкуренције само у случајевима када је вредност тржишног удела била мања од 40%, односно 50% у случају колективне доминације.

5 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/05) предвиђао је постојање доминантног положаја на релевантном тржишту у ситуацији када учесник пословне одлуке доноси независно од понашања конкурената, односно добављача, купаца и крајњих корисника робе или услуга.

6 Paul Craig, Grainne de Burca, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford – New York, 2011, 359.

7 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, 487.

8 Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у индустријску и право Европске уније*, Београд, 2020, 331.

9 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 1995, 236.

даљег јачања, сходно каузи максимизације профита као тежишне тачке сваке пословне активности. Наспрам економски разумљиве тежње ка расту пословне моћи, ефикасности и вредности тржишног удела¹⁰ стоји подједнако оправдана подозривост ка иманентној (дакле могућој, или чак вероватној) злоупотреби доминантног положаја. Право конкуренције стога има сложен задатак утврђивања критеријума за дефинисање границе када тржишно понашање из доминантног положаја прелази у злоупотребу, односно повреду конкуренције. Полазна је претпоставка да стицање и одржавање доминације нису недопуштени, укључујући и способност тржишног учесника да сузбије конкуренцију дозвољеним средствима.

За разлику од случајева повреде конкуренције услед рестриктивних споразума када је противправност иницијално заснована на договору и сарадњи субјеката којима је, напротив, иманентан такмичарски однос базиран на супротстављености пословних интереса услед тежње ка остварењу што повољнијег резултата у тржишној утакмици, препознавање преласка доминантног положаја на тржишту у ситуацију злоупотребе,¹¹ којом се значајно ограничава, нарушава или спречава конкуренција, знатно је, у домену квалификације, сложенији поступак.

Са једне стране, јасно је да снага обавезује и захтева од учесника који поседује доминантан положај на тржишту додатне мере опреза како линија ка злоупотреби не би била пређена. Са друге стране, регулаторни критеријуми за одређивање злоупотребе нису и не могу бити сасвим прецизни, што уноси знатан степен правне несигурности у тржишним односима. Циљ овог рада је да укаже на неадекватност модела чије је тежиште на утврђивању и санкционисању повреда конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја, већ се сугерише шири контекст сагледавања и вишестепеност поступања. Сврха рада је истицање значаја делимичног превентивног, претходног поступања и активне улоге тржишног учесника у случају поседовања доминантног положаја на тржишту индиректно, аналогно контроли пословних концентрација.

Правни модел који би подразумевао самоевалуацију, нагодбу, санкционисање повреде и евентуално увођење у домаће право шире могућности примене правила разума – да су позитивни ефекти понашања превалентни у односу на негативне, био би адекватан одговор на сложено питање када летитимна доминација на тржишту прераста у злоупотребу и повреду конкуренције.

10 Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, 179.

11 Закон, чл. 16 ст. 2 наводи ситуације које се нарочито имају сматрати злоупотребом доминантног положаја на тржишту, дакле не све.

II Самоевалуација – анализа и минимизирање ризика

Први корак у поступку који би превенирао поседовање доминантног тржишног положаја од његове злоупотребе јесте самоевалуација, као додатна мера опреза учесника, у циљу оцене и минимизирања ризика од повреде конкуренције. Претходни услов представља дефинисана граница када тржишни положај прераста у злоупотребу, која остаје да буде регулаторно јасно повучена.

Квалификација злоупотребе доминантног положаја везана је преваходно за критеријуме који потврђују да тржишни учесник остварује предности које не би биле могуће при пуном дејству конкуренције на односном тржишту.¹² Са аспекта европског права конкуренције прихваћен је концепт објективне злоупотребе доминантног положаја, при чему се као релевантно узима фактичко тржишно понашање, а не мотиви или намера учесника (који, међутим, касније могу бити релевантни приликом утврђивања санкције). Истоветни поступци „недоминантних“ субјеката, супротно принципу једнаког поступања, не подлежу забрани, заправо разумљиви су са аспекта тежње ка побољшању тржишне позиције. У том смислу, упитна је адекватност термина „објективни концепт“, јер се иницијално полази од категоризације тржишних учесника на доминантне и остале, и даље правно правило за исто понашање примењује „различито према различитима“. Поседовање доминантног положаја тако представља посебну одговорност и додатну обавезу његовог носиоца да оно не би прерасло у злоупотребу.¹³

Околност да учесник који има доминантан положај није изложен пуном дејству конкуренције на тржишту претпостављено не укључују његову одговорност за такав пословни амбијент. Међутим, она постоји у погледу повећаног степена опреза приликом доношења пословних одлука, са аспекта њиховог могућег утицаја на интересе конкурената, потрошача и целокупног тржишног амбијента.

У праву конкуренције Европске уније, забрањена је злоупотреба доминантног положаја који се нарочито састоји у: „посредном или непосредном наметању куповних или продајних цена или других услова трговине; ограничавању производње, испоруке или техничког развоја на штету потрошача: примењивању неједнаких услова на истоветне трансакције са различитим трговинским партнерима стављајући их у

12 У том смислу се као релевантне јављају и околности наступања неправедне штете за конкуренте и потрошаче и постојање неадекватне користи за тржишног учесника – у светлу процене да ли би искоришћавање одређених ефеката било могуће само у случају доминантног положаја или и у другим случајевима.

13 C-322/81 *Michelin v. Commission* (1983), ECR 3461.

неравноправни положај; условљавању уговарања посла прихватањем додатних обавеза од стране партнера, које по својом природи или трговачким обичајима нису везане за предмет уговора.¹⁴

Иницијатива да се тежиште анализе злоупотребе доминантног положаја са претпостављене повреде конкуренције помери уназад и укључи и фазу процене ризика од нарушавања конкуренције и усклађености пословања са регулаторним оквиром од стране самог тржишног учесника, значајно доприноси превенцији негативних ефеката. Израда програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције, као интерног акта пословног субјекта, у складу са Смерницама Комисије за заштиту конкуренције РС,¹⁵ је још један облик додатне одговорности учесника са доминантним положајем. Истовремено, превентивно деловање које доношење и примена овог акта омогућава значајно минимизира ризик од повреде конкуренције и санкционисање таквог понашања, штитећи тиме директно и интересе односног тржишног учесника.

У домаће право је на овај начин уведен значајан вид подршке тржишним субјектима са доминантним положајем у погледу тога како пратити сложена, често недовољно прецизна правила конкуренције и кретати се по танкој линији између економског оснаживања и злоупотребе у комплексном, флуидном тржишном амбијенту.

Средишњу тачку модела представља управљање ризицима, како до повреде конкуренције не би дошло, а усклађено са остваривањем пословних циљева субјекта. Анализа процене ризика заснована је и на следећим битним критеријумима: величина и правна форма учесника, ресурси који се користе, обим пословних активности, специфичности сектора и одлике односног тржишта, природа конкурентског окружења, баријере за улазак на тржиште, државна регулатива, чланство у пословном удружењу.¹⁶

Учесник на тржишту који поседује доминантан положај налази се у сложеној ситуацији јер носи највиши степен ризичног понашања. Он је искључив у погледу радњи затварања тржишта и оних којима се експлоатишу купци, а заједнички је са осталим категоријама учесника у погледу договора о ценама, подели тржишта и рестриктивним споразумима. Злоупотребе које проистичу из поседовања доминантног

14 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 102 ст. 2.

15 Смернице за израду програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције (*Compliance*) – Смернице, Комисија за заштиту конкуренције РС, 2021, доступно на адреси: <https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2021/12/Smernice-za-izradu-programa-uskladjenosti-poslovanja-sa-propisima-o-za%C5%A1titi-konkurencije.pdf>, 15. 3. 2023, 3.

16 *Ibid.*, 6.

положаја могу бити у ценовном домену или везане за неки други вид понашања тржишног учесника – на пример, одбијање пословне сарадње са одређеним субјектом,¹⁷ која претпостављено јесте израз слободног избора. Поседовање доминантног положаја неспорно носи додатну одговорност у погледу опреза приликом доношења пословних одлука, али истовремено не би требало да буде нарушена слобода уговарања и избора пословног модела сарадње уколико то не резултира ризиком од повреде конкуренције.

Тржишна доминација омогућава креирање сопствених услова пословања, а то се првенствено испољава кроз утицај у домену ценовне политике. Доминантан положај се може злоупотребити, односно произвести негативне ефекте¹⁸ у односу на потрошаче или конкуренте. Експлоатативна злоупотреба доминантног положаја, усмерена према купцима, односи се на наметање прекомерних цена. Ексклузивна злоупотреба, усмерена према конкурентима, у ценовном домену најчешће подразумева предаторно формирање цена.¹⁹ У категоризацији према тежини облика повреде конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја, случајеви који имају за циљ или последицу, непосредно или посредно, наметање неправичне куповне или продајне цене спадају у прву групу веома тешких повреда конкуренције.²⁰

Утврђивање нереално ниских цена, наспрам очекиване тенденције наметања што виших, па и неутемељено високих цена ради максимизације профита, води индиректно истом недопуштеном исходу повреде конкуренције. Вредност цена која је нижа од трошкова производње указује на интенцију учесника који има доминантан положај да га ојача истискивањем конкурентата из тржишног такмичења.²¹ Реч је о стратегији која укључује свесно прављење губитка у пословању, како би се са тржишта искључили конкуренти који, мање снажни, у таквом ценовном амбијенту не могу да послују или да се онемогући улазак новима. Концепт предаторних цена²² остварује се у три фазе:

17 Осетљива је граница између пословне и уговорне слободе да се одређена сарадња реализује или не и потенцијалне радње ексклузивне злоупотребе. Вид. Смернице, 9.

18 Mark A. Lemley, Christopher Leslie, *Antitrust*, Chicago, 2004, 138.

19 Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005, 753.

20 Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013, 231. Вид. Смернице, 12.

21 Francesko Russo, Maarten Pieter Schinkel, Andrea Gunster, Martin Carree, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010, 17.

22 У случају *Tetra Pak International SA v. Commission* (Case C-62/86, Court of Justice, (1996) ECR I-5951, (1997) 4 CMLR 662) Европска комисија је утврдила постојање

утврђивање и примена цена које су ниже од трошкова, затим јачање доминантног положаја у циљу истискивања конкурената са тржишта, и најзад наметање политике прекомерних цена или другог модела експлоатативног понашања према потрошачима (као што је дискриминација). Сличан аналитички амбијент као база даље квалификације тржишног поступања постоји и у случају ексклузивне злоупотребе, где штетне последице злоупотребе трпе конкуренти.²³

Опречна ситуација експлоатационе злоупотребе доминантног положаја претпостављено је најлакше установљива у случају прекомерних цена, које нису засноване на реалном трошковном принципу и усмерена је ка купцима. Реч је о повреди која је претпостављено лакше уочљива и доказива, с обзиром на иницијалну допуштеност, па и пожељност са аспекта потрошача ситуације (нереално) ниских цена. Економска анализа као основа за оцену постојања повреде конкуренције има чврсто утемељен и широко постављен основ за извођење закључка да уставновљене цене нису засноване на трошковном принципу.²⁴

У случају *United Brands v. Commission* као прекомерне су оцењене цене које немају разумне везе са економском вредношћу коју производ генерише, односно корисности коју има за потрошаче. Ценовна анализа у оваквим случајевима врши се кроз двостепени тест којим се најпре упоређују трошкови производње, односно пружања услуге и цене, а затим ако је разлика значајна, приступа се даљем истраживању евентуалне неправичности цене *per se* и у односу на цене производа конкурената.²⁵

III Могућност прекида испитног поступка на основу примене мера отклањања повреде конкуренције

Снага значи одговорност, па је основано увести обавезу учесника са доминантним положајем на тржишту да прати своје пословање спрам потенцијалних нарушавања правила конкуренције и процењује ризик

радњи ексклузивне злоупотребе које се односе на предаторске цене, а Суд правде је потврдио решење. Два битна елемента су анализирана у овом предмету. Прво је везано за континуитет предаторног утврђивања цена (у овом случају у периоду од пет година) које су биле значајно ниже од просечних трошкова. Утврђено је и да критеријум намере није конститутиван за постојање злоупотребе у случају предаторских цена, резултантно чему је терет доказивања негативно профилисан и на страни је доминантног тржишног учесника у погледу истискивања конкурената са релевантног тржишта.

23 Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Portland, 2010, 171.

24 Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, 220.

25 *United Brands v. Commission*, 27/76, ECR 207 (1978 1 CMLR 429).

од њене повреде. Друга могућност се односи на нагодбу током поступка испитивања повреде конкуренције који се прекида услед прихвата мера²⁶ које је учесник спреман да предузме ради отклањања, односно спречавање потенцијалних повреда конкуренције. Трећи сегмент остаје санкционисање злоупотребе доминантног положаја, када су штетне последице већ наступиле.

Полазећи од противречне економско-правне природе доминантног положаја на тржишту и његове злоупотребе, као и нејасне границе допуштеног пословног и недопуштеног антиконкурентног понашања у овим случајевима, могућност договора да се поступак испитивања конкуренције прекине има велики значај. Превентивни значај примене мера наглашен је у домену отклањања повреда конкуренције које су потенцијалне и процесно нису утврђене (јер се поступак прекида) – чиме се штетни ефекти предупређују.

Уведен у домаће право 2013. године,²⁷ институт прекида поступка услед нагодбе најшири домен примене има управо у области претпостављене злоупотребе доминантног положаја. На предлог странке која исказује спремност да преузме мере (понашања или структурне) у циљу заштите и подизања нивоа ефективне конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције оцењује њихову подобност. Неопходно је за позитивну одлуку о прекиду поступка да предложене активности буду адекватне да би претпостављена опасност била анулирана и да након њихове примене не би постојао основ оправдане сумње у повреду конкуренције.

Применом овог модела постиже се двоструко позитиван ефекат: ниво ефективне конкуренције је виши у односу на претпостављену ситуацију да односне мере на тржишту нису примењене и позитивне последице по конкуренцију наступају у краћем року, у односу на случај да се чекало на окончање поступка.

Са друге стране, у случају прекида поступка, надзор над тржишним понашањем учесника се наставља и може бити донет закључак о наставку поступка у случају непоштовања договореног или битно измењених околности.²⁸

Потенцијални негативни утицај могућности прекида поступка на генералну превенцију је у значајној мери минимизиран са три аспекта.

26 Реч је о мерама понашања (налога за предузимање или забране) и структурним мерама (уколико је повреда последица тржишне структуре). Вид. Закон, чл. 59 ст. 1–3.

27 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 95/13.

28 Закон, чл. 58 ст. 4: „утврди да је вероватно...“.

Прво, Комисија за заштиту конкуренције има широко дискреционо поље да предлог странке не прихвати (и у ситуацији када објективни показатељи указују другачије) и такву одлуку не мора образложити – дакле, са аспекта тржишног учесника остаје неизвесност (и консеквентан ризик) да ли ће поступак бити прекинут. Друго, прекинут поступак испитивања повреде конкуренције може бити настављен у року од три године од дана доношења закључка о прекиду.²⁹ Најзад, изрицањем мера поље превенције се шири и на потенцијалне – могуће повреде конкуренције, а не само оне које су у поступку испитивања и утврђене.

Услед сложености квалификације и доказивања повреде конкуренције у случајевима злоупотребе доминантног положаја, институт прекида поступка на основу нагодбе представља значајан други круг у коме процена ризика од нарушавања конкуренције може бити изнова сагледана, и одлука коригована у правцу правичног поступања. Радње које могу представљати злоупотребу доминантног положаја квалификују се у сваком појединачном случају с обзиром на његове специфичне околности, имајући у виду да значајан сегмент пословних активности у тој категорији истовремено представља и легитимну стратегију за повећање конкурентности односног учесника на тржишту путем подизања нивоа економске ефикасности.³⁰

IV Уместо закључка

Злоупотреба доминантног положаја као облик повреде конкуренције базирана је на три тежишне тачке: доминантан положај на тржишту–злоупотреба–санкција.

Прва премиса од које се у анализи пошло односи се на унутрашњу противречност економски оправдане тежње тржишног учесника за остваривањем и јачањем доминантног положаја и правне претње коју она може имати по интересе конкурената, потрошача и друштва у целини. Када легитимна тежња постаје нелегално понашање је сложено питање на које одговор не може бити једнообразан.

Друга премиса се односи на околност да утврђивање линије када доминантан положај злоупотребом прераста у повреду конкуренције представља једно од најсложенијих питања у праву конкуренције, с обзиром на непостојање јасних критеријума за утврђивање злоупотребе. Овој врсти квалификације и поступка иманентна је опасност од

29 Закон, чл. 58 ст. 4 и 7.

30 Борис Беговић, Владимир Павић, Душан Б. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019, 91.

погрешног исхода у оба правца – екстензивног или преуског тумачења злоупотребе, што резултира повишеним ризиком у домену правичног поступања. Процена злоупотребе изводи се на основу различитих критеријума, који се између осталог односе на: оцену да ли се ефекти могу остварити само на основу поседовања доминантног тржишног положаја, наступање неправедне штете за трећа лица и постојање неадекватне користи за односног тржишног учесника. Међутим, сложеност, па донекле и флуидност, института проистиче из немогућности претходног давања чврсте и заокружене дефиниције злоупотребе,³¹ при чему стандарди свакако постоје, уз околност да истоветне радње субјекта који нема доминантан положај и не би представљале противправно понашање. Стога је и у домену квалификације и санкционисања оправдано оставити одређени простор за примену правила резона.

Аналогно постојању могућности изузимања од забране рестриктивних споразума, који су *per se* забрањени и ништави,³² и у домену забране рестриктивног споразумевања може се оставити могућност процене прокомпаративног и антикомпаративног дејства тржишне активности и њиховог поређења пре заузимања правног става.

Као трећа премиса стога се јавља недовољна правна сигурност тржишних учесника који имају доминантан положај, у погледу латентне опасности да њихово поступање буде квалификовано као злоупотреба и недозвољено, али и свих других категорија субјеката чији интереси могу бити оштећени. У ситуацији немогућности стипулисана до краја прецизних нормативних критеријума, за тржишне учеснике са доминантним положајем, осим праћења правних стандарда и праксе у овој области, значај превентивног поступања добија на значају, а тиме и израда Програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције како би се евентуално приближавање демаркационој линији преласка доминације у злоупотребу благовремено уочило и избегло.

Полазећи од три наведена става, закључак иде у правцу потребе ширег домена сагледавања овог института и тростепеног модела поступања. Фокус је могуће померити са радње злоупотребе уназад и не акцентовати само моменат повреде конкуренције, нити злоупотребу доминантног положаја „*per se*“. Полазиште је став да снага обавезује, и да тржишни учесник који поседује доминантан положај има значајну улогу у самоконтроли тржишног понашања. Могуће је, дакле, применити и други правац анализе и квалификације доминантног положаја, како би

31 Закон наводи ситуације које се нарочито имају сматрати злоупотребом доминантног положаја (чл. 16 ст. 2).

32 Закон, чл. 10 ст. 3.

се превентивним контролним механизмима минимизирала вероватноћа злоупотребе као последице.

Израда програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције као унутрашњи акт представља стога значајан регулаторни искорак домаћег права, који омогућава праћење и процену ризика од нарушавања конкуренције од самог почетка, и од стране тржишног учесника.

Друга процесна могућност се односи на прекид већ покренутог поступка испитивања повреде конкуренције на предлог странке, који надлежни орган оцени подобним да анулира разумну опасност по нарушавање конкуренције. Реч је о нагодби, над чијим ефектима се на даље спроводи надзор.

Трећи сегмент остаје резервисан за класичан поступак утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја и његово санкционисање.

Анализа ове категорије потенцијалне повреде конкуренције заснива се на два конститутивна елемента, субјективном и објективном. Први се тиче квалификације доминантног положаја одређеног субјекта. Као објективни показатељ јавља се утврђивање преласка границе ка злоупотреби. Да би било реч о повреди конкуренције, оба услова морају бити кумулативно испуњена. Понашања која се квалификују као повреда конкуренције од стране субјекта са доминантним положајем, за друге учеснике могу бити допуштен облик настојања да се тржишна позиција унапреди.³³ Снага обавезује на опрез и обзир.

Домаћи регулаторни оквир имао је реверзибилну динамику, полазећи примарно од последњег, класичног облика поступања, да би 2013. године, кроз измене и допуне Закона, била уведена опција нагодбе, а 2021. и *ex ante* приступ, кроз могућност самопроцене ризика и превентивног поступања, сходно Смерницама. Док је у поступку због повреде конкуренције носећа улога надлежног органа, у ситуацији нагодбе реч је о споразуму две стране, а код израде и примене програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције носилац активности је сам тржишни учесник.

У домаћем праву, доношењем Смерница је иницијално рестриктивни регулаторни оквир сагледан у ширем контексту и индиректно ублажен, а законска решења прецизирана и појашњена. Увођењем још једног степеника процене омогућено је стабилније усмеравање пословања субјеката који имају доминантан положај, како не би била пређена често замагљена демаркациона линија која води у злоупотребу. Тржишним учесницима је олакшано да ситуацију поседовања, односно јачања доминантног положаја квалификују и адекватно прате.

33 Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 87.

Јаснији су критеријуми када она прелази у повреду императивне норме. Омогућено им је да превентивно поступају, а прецизирани су критеријуми када доминантан положај на тржишту прераста у повреду конкуренције. Смернице дају значајну подршку тржишним учесницима у домену усклађивања пословања (превасходно изразом односног програма) са правилима о заштити конкуренције и на тај начин доприносе превенцији.

Тростепени механизам контроле – пре и после ситуације потенцијалне злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту, доприноси вишем степену правичности у домену заштите конкуренције у овој области. Омогућено је како превентивно деловање, тако и могућност нагодбе уколико до покретања поступка дође, а зависно од карактеристика сваког појединачног случаја.

Постоји могућност да је односно понашање било механизам одбране легитимних пословних интереса, или неопходан услов за подизање ефикасности, тако да позитивни ефекти премашују оне негативне по конкуренцију.³⁴ Примена правила резона у овом домену, које домаће право не препознаје, резултирала би искључењем одговорности уколико тржишни учесник докаже да је понашање било неопходно, да су његови позитивни ефекти већи од негативних у погледу нарушавања конкуренције и да такво понашање за последицу нема елиминисање ефективне конкуренције.³⁵

Сегментарни приступ који узима у обзир ужу ситуацију процене и санкционисања повреде конкуренције која је проистекла из доминантног положаја, при чему не постоје директни економски критеријуми као подлога за квалификацију да је осетљива линија ка злоупотреби пређена, чини се недовољним и неретко доводи у питање принципе правичности и правне сигурности. У амбивалентним случајевима непостојање јасних критеријума када пословно разумљива доминација прераста у правно неприхватљиву злоупотребу, потребно је применити шири приступ сагледавања и вишестепеност поступања.

Увођење превентивних мера поступања у област потенцијалне злоупотребе доминантног положаја резултира смањењем степена вероватноће повреде конкуренције. На овај начин подигнут је степен културе конкуренције у домаћем праву, па и етичности пословне конкуренције. Даје се могућност избора учеснику који има доминантан

34 *Ibid.*, 91.

35 Смернице о приоритетима Комисије за спровођење закона у примени члана 82 Уговора ЕЗ о злоупотреби ексклузивног понашања доминантних субјеката (*Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, OJ C 45, 24. 2. 2009).

положај на тржишту и истовремено пружа додатна заштита конкурената, потрошача и јавног интереса.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић В. Душан, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019. (Begović Boris, Pavić Vladimir, Popović V. Dušan, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, Београд, 2001. (Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo*, Beograd, 2001)
- Вукадиновић Радован, Вукадиновић Марковић Јелена, *Увод у институције и право Европске уније*, Београд, 2020. (Vukadinović Radovan, Vukadinović Marković Jelena, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd, 2020)
- Geradin Damien, Layne-Farrar Anne, Petit Nicolas, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012.
- Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Portland, 2010.
- Kaplow Louis, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013.
- Lemley Mark A., Leslie Christopher, *Antitrust*, Chicago, 2004.
- Niels Gunnar, Jenkins Helen, Kavanagh James, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011.
- Russo Francesco, Chinkel Maarten Pieter, Gunster Andrea, Carree Martin, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010.
- Станивуковић Маја, *Суд правде Европске уније и право конкуренције*, Београд, 2010. (Stanivuković Маја, *Sud pravde Evropske unije i pravo konkurencije*, Beograd, 2010)
- Hovenkamp Herbert, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005.
- Craig Paul, De Burca Grainne, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford, 2011.

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

SIGNIFICANCE OF PREVIOUS PREVENTIVE MEASURES FOR INHIBITION OF ABUSE OF A DOMINANT MARKET POSITION

Summary

Subject of this paper is an analysis of the risks of a competition infringement in the case of a dominant position on the market at all development stages. The aim of the paper is to present a tripartite model of analysis, which, apart from the sanctioning of the infringement, assumes firstly synchronisation of carrying out business activities with the rules of protection of competition on the part of the market participant, as well as the possibility of a compromise on the situation when the research procedure has already been started.

It is concluded that in the case of crossing the permitted dominant position at a market into prohibited abuse, having in mind a situation where there are no stable rules for assessment, ex ante approach is of great significance. The market is moving backwards, from sanctioning behaviour to preventive behaviour and a more significant position of the market participant in a role of estimation of the level of risk of the competition infringement.

Key words: *Abuse of a Dominant Market Position. – Risk Self-Assessment. – Compliance Program. – Commitment Decision. – A Competition Culture.*

Датум пријема рада: 30. 3. 2023

Датум исправке рада: 25. 7. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 8. 2023.

УДК: 368.212

CERIF: S 137, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23302A

др *Наташа* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРИНЦИП СРАЗМЕРНОСТИ ПРЕМИЈЕ ТЕЖИНИ РИЗИКА НА ПРИМЕРУ ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ ВЛАСНИКА МОТОРНИХ ВОЗИЛА – ПОДЗАКОНСКА АКТИВНОСТ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ**

Сажетак

Принцип сразмерности премије осигурања тежини ризика је једно од фундаменталних правила права осигурања. Имајући у виду значај осигурања од одговорности власника моторних возила за домаћу привреду осигурања и његов обавезни карактер, тело надзора пројисује редослед корака који треба следити у поступку промене услова осигурања/тарифе премија. Процедурални ред има за циљ да се лакше увери тело надзора у оправданост планиране промене тарифе. Уколико из достављене документације произлази да се друштво за осигурање услед деловања инфлације суочава са повећањем цене резервних делова и

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

** Рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта „Савремени проблеми правног система Србије“ (подтема: „Претходна и накнадна анализа прописа“) који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

уошшше њоскуиљењем које се директно одражава на обавезу обештећења у њоменушој врсти осигурања, логично је да осигуравачи повећају тарифе премија. Штавише, њихова је обавеза да на основу резултата финансијско-њословних њрихода и расхода обезбеде да у сваком њренушску расњолажу довољним средсњивима. Аушорка закључује да се детаљним нормирањем њроцедуре измене тарифе премије доњриноси одрживом надзору у осигурању и зашшшши корисника услужа осигурања, шшшо је неизосшавни део сваке фундиране сштрашшеије одрживој развоја.

Кључне речи: Осигурање од одњоворности власника мошорних возила. – Сразмерности премије тежини ризика. – Повећање премије. – Одрживи надзор. – ESG.

I Осигурање – високо регулисана делатност

Једна од карактеристика по којој се индустрија осигурања издваја од остатка привреде је степен регулисаности. Област осигурања одувек је синоним за *високо рењулисану*, и уз то је подложна утицају трендова како на статусно-надзорном, тако и на плану заштите потрошача. Историјски посматрано, оног тренутка када је осигурање научно засновано, почиње повест о регулисању ове делатности.¹ Док је фокус законодавства у почетној фази развоја био на регулативи уговора о осигурању (по правилу, императивним нормама!),² током времена је постало јасно да уређење уговорне материје није довољно. Интервенција законодавца проширила се и на статусни део регулаторног оквира. Требало је стриктно уредити услове које треба да испуне субјекти који ће се бавити делатношћу осигурања. Стога је у водећим културама осигурања почео да се развија и надограђује статусни део регулаторног оквира осигурања, којим се знатно одступа од општих компанијских режима. Најзад, последњу фазу у развоју законодавства осигурања представља увођење надзора и овлашћења која из тога произлазе. Ради заштите корисника услуга осигурања, процена је да није довољно само законом регулисати сваки сегмент делатности осигурања, већ је неопходно основати тело задужено за вршење надзорне функције. Надзор над обављањем

1 Наташа Петровић Томић, *Право осигурања: Систем*, Књига прва, Службени гласник, Београд, 2019, 60–68.

2 Отуда се уговорно право осигурања разликује од остатка уговорног права управо по одступањима од начела слободе уговарања. Детаљније: Наташа Петровић Томић, „О ограниченој и усмереној слободи уговарања у уговорном праву осигурања: феномен ‘покоравања’ уговара о осигурању“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2020, 100–127.

делатности осигурања је данас нешто што се подразумева у свим културама осигурања. То је тековина модерних правних система. Део истог пакета је и регулаторна активност надзорних тела, која допуњују регулаторни оквир и доприносе свеукупном утиску о нормираности осигурања. Али, једно је нормираност, и за то се увек залажемо, а нешто сасвим друго наднормираност.

Да ли Народна банка Србије (НБС) држи корак са европским и светским трендовима што се тиче регулаторних активности? Да ли су створени услови за креирање одрживог система надзора у осигурању? Подсећања ради, на агенди Европске уније је *концепт одрживој развоја, који када је реч о финансијским организацијама обухвата и одрживи надзор* (енг. *ESG – Environmental, Social and Governance*).³ У којој мери је код нас на снази интервентно законодавство? Да ли се последњим изменама – посебно подзаконских аката – можда и претерало са заштитом корисника услуга осигурања? Одговор на ова питања даћемо на основу анализе регулаторног одговора НБС на повећање премије осигурања од одговорности власника моторних возила.

НБС је усвојила Одлуку о допунама одлуке о систему управљања у друштву за осигурање/реосигурање током 2022. године као одговор на повећање премије у обавезном осигурању од одговорности власника моторних возила за око 22%. Генерално посматрано, сврха измена је стварање⁴ *одрживој система обавезној осигурања у чијем је средишту корисник осигурања*. Ревносна регулаторна политика НБС захтевала би и хитно формирање радне групе за израду новог – европским трендовима прилагођеног – Закона о обавезном осигурању у саобраћају, а не само спорадично решавање горућих проблемских ситуација усвајањем подзаконских аката ороченог дејства.

II Процедура измене услова осигурања и тарифе премија

Након усвајања Одлуке из 2022. године, услови осигурања и тарифе премија у специфичној врсти послова осигурања од одговорности власника моторних возила подвргнути су посебном режиму усвајања/измена, који има за циљ да установи **одређени редослед корака**. Начелно, нисмо против процедуралног реда. Унапред прописана процедура усвајања измена услова осигурања и тарифе има за циљ очување правне

3 Вид. Elizabeth Pollman, „The Making and Meaning of ESG“, University of Pennsylvania Law School Working Paper, No. 659/2022, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4219857, 20. 5. 2023, 3–52.

4 Одлука о допунама одлуке о систему управљања у друштву за осигурање/реосигурање – Одлука, *Службени гласник РС*, бр. 94/2022.

сигурности у условима глобалне финансијске кризе изазване утицајем пандемије, рата, енергентске кризе и порастом инфлације. Заправо, од поменутих системских изазова, на тржиште осигурања најјачи утицај има висока стопа инфлације, и очекивања у вези са њеним растом. Под утицајем негативних инфлаторних кретања осигураваачи су подигли премију осигурања у домену најзначајније врсте осигурања у Србији – осигурања од одговорности власника моторних возила.⁵ Сматрајући да таква политика негативно делује на интересе најширег круга грађана, корисника овог типа осигурања, НБС је одговорила интервентним законодавством. Колико је то мудар, а колико исхитрен потез може се закључити на основу анализе новоустановљене процедуре измена услова осигурања и тарифе премија.

Да пођемо од процедуре на којој НБС инсистира као гаранту правне сигурности и законитости у сектору осигурања. Редослед корака је следећи:

- унутрашњи акт који регулише процедуру промене услова или тарифа и који се доставља НБС најкасније 60 дана пре усвајања;
- редослед активности које треба предузети пре промене услова/тарифа, уз егзактно одређење функција које су укључене у процес;
- обавештење НБС о планираној промени услова/тарифе, праћено релевантном документацијом;
- могућност НБС да тражи допуну документације, уз обавезу друштва да допуну достави у року који НБС одреди, а који не може бити дужи од шест месеци.

Да ли је НБС претерала у формализму? И да ли се иза свега крије примарно *оцена ојравданости* измене услова осигурања, односно тарифа; против које није могуће водити управни спор у пуној јурисдикцији? Одговор на постављена питања даћемо након детаљне анализе сваког елемента процедуре.

Процес промене услова осигурања и тарифа премија уређује друштво унутрашњим актима, а Одлуком су прописани елементи те процедуре, што није новина. НБС је задржала контролну позицију. Контролна улога НБС обезбеђена је како у погледу интерног акта који регулише поступак промене услова осигурања и/или тарифе премија (који треба доставити НБС најкасније 60 дана пре његовог ступања на снагу), тако и у погледу усвајања нових услова или тарифа (чији нацрт треба доставити НБС најкасније 60 дана пре планираног усвајања, праћено

5 Ово осигурање годинама уназад држи примат на домаћем тржишту, што повећање премије осигурања чини интересантним из угла јавног интереса.

релевантним анализама и мишљењима). Иако је документација која треба да увери НБС о оправданости измене тарифа опсежна, Одлуком је НБС дато овлашћење да тражи допуну исте, у одговарајућем року, пре чијег истека друштво не сме доставити допуну.

Наглашавамо: из угла индустрије осигурања најспорнији део Одлуке односи се на давање овлашћења НБС да, и поред детаљног прописивања процедуре коју треба следити и документације коју треба доставити, тражи допуну исте, без прецизирања у којим ситуацијама, односно уз које образложење; и уз остављање превише екстензивног одложеног рока за тако нешто! Зар у конкретном случају нису створени услови за оно што се у праву означава као пренормираност?! Прописати детаљне услове и процедуре, бројну документацију, и поред тога оставити могућност НБС да све то сматра недовољним, као и да захтева допуну документације!?? НБС је овим обезбедила да буде инволвирана у процес промене услова осигурања и/или тарифе премија од самог почетка. И да без њеног „благослова“ не може да протекне ниједна фаза процедуре. То донекле разумемо као комбинацију надзорно-регулаторних овлашћења. Али, нисмо уверени у оправданост могућности регулаторног тела да тражи „папир више“ и тиме додатно компликује ионако сложену и захтевну процедуру. Шта је уопште могуће замислити као додатак детаљно прописаним условима и документацији? Будући да су у поступак инволвиране различите функције у друштву за осигурање, зар то *per se* није гаранција да ће све бити урађено *lege artis*?

III Критеријуми на основу којих се одлука о промени услова или тарифе доноси – редослед корака

Друштво за осигурање је дужно да унутрашњим актима посебно уреди процес промене општих и посебних услова осигурања и тарифе премија обавезног осигурања, а нарочито следеће: 1) процес доношења одлуке о промени услова и тарифе, као и уређивање свих чинилаца које друштво узима у обзир пре доношења те одлуке; 2) начин (методологију) на који се спроводи анализа *ојравданосџи иланиране йромене услова и йтарифе*; 3) начин на који се проверава *усклађеносџи иланиране йромене услова и йтарифе с релеванџиним йројисима, унуџирашњим акџива друшџива, йравилима о уйрављању ризиком, йравилима сџруке осџурања и акџуарске сџруке, добрим йословним обџајима и йословном еџиџком*. Као што ћемо у даљем излагању показати, из језичког и циљног тумачења Одлуке НБС произлази да је кључни елемент целокупне операције *ојравданосџи* планиране промене услова и тарифе. Друштво треба да располаже уверљивим доказима у прилог тврдње да

је промена услова/тарифе оправдана. По нашем суду, у томе лежи слаба тачка успостављеног система: оправданост се може схватити као правни стандард, чија садржина се (креативно) тумачи од случаја до случаја. Али, у зависности од тога да ли се, односно у којој мери се приликом његове оцене узимају у обзир прописани критеријуми, исти се – у мањој или већој мери – може свести на дискрециону оцену. У том случају се удаљавамо од права осигурања и на терену смо који може бити миљама удаљен од чистог права. И који је самим тим тешко нападљив правним средствима. Другим речима, како контролисати контролора?

Чим се у причу укључи анализа оправданости, поред испуњености од стране друштва свих услова које подзаконски акт захтева, контролна овлашћења НБС садрже нужну и одговарајућу, мању или већу, *сйваралачку улоју*. Најважније питање за онога ко примењује подзаконску регулативу при таквом стању ствари је како одредити ширину овлашћења тог органа. Питање опсега његових овлашћења добија на актуелности. Да ли она треба да буду толика да остављају простор одређеној дискреционарности? Или треба да се ограниче на проверу испуњености подзаконских услова, од којих неки могу да буду предвиђени у виду правних стандарда (релативно неодређених појмова, тзв. каучук норми) – уз посебан акценат само на обезбеђење финансијске сигурности корисника услуга осигурања?⁶

Пре промене услова и тарифе, а сходно усвојеном интерном акту, друштво је дужно да предузме следеће активности и радње.

Прво: да сачини *дејталну анализу иланиране йромене услова и йтарифе*, која нарочито садржи: *уйоредни йрејлед услова и йтарифе йре и йосле йе йромене, йроцену ойравданостйи йланиране йромене услова и йтарифе с јасним и дејталним разложима за йромену йојединачних одредаба и износа, коришћене механизме формирања йромењених износа у йтарифи, исказану дејталну сйруктуру йрошкова из осйурања и урачунајне йромене йих йрошкова збој којих друшйво йланира йромену йтарифе имајући у виду да йремија осйурања йреба да буде сразмерна йреузетйом ризику, као и йроцену ушйцаја йромене йтарифе на йословање друшйва и начин обавешйења осйураника о намераваној йромени услова и йтарифе*. Промени услова осигурања, односно тарифе најпре претходи *уйоредно-йравна сйудија* која пружа увид у стање упоредног законодавства пре и после планиране промене. То је сасвим очекивано, будући да податак да друштва у иностранству реагују на сличан начин на, примера ради,

6 Подсећања ради, и у управно-правној доктрини, а и у пракси, систем дозвола који важи у области осигурања – који се финализује конститутивним управним актима – не подразумева самим тим и дискрециону оцену надлежног органа. Вид. Зоран Томић, Наташа Петровић Томић, „Издавање и одузимање дозвола за рад осигуравајућим друштвима“, *Право и йривреда*, бр. 5–8/2008, 185–215.

глобални инфлаторни притисак сигнализира да није реч о самовољи домаћих друштава. Централни део анализе је процена оправданости планиране промене услова и/или тарифе, са јасним образложењем у погледу промене појединачних одредаба и износа. Образложење се нарочито односи на исказану детаљну структуру трошкова из осигурања и урачунате промене тих трошкова због којих друштво планира промену тарифе. Друштво треба да увери НБС да је промена тарифе оправдана са аспекта примене *принципа сразмере премије преузетом ризику*, као и процене утицаја промене тарифе на пословање друштва. Крајње је нејасно зашто је поменуто обавештавање осигураника о намераваној промени услова и тарифа, будући да се измене могу односити само на уговоре који ће бити закључени убудуће. Помињање обавештења осигураника је смислено само под претпоставком да су измењени услови и/или тарифе повољнији за осигуранике, у ком случају се одступа од принципа забране ретроактивне примене. А та претпоставка је тешко замислива у условима повећања тарифе премија. Може евентуално да дође у обзир само када се мењају услови осигурања.

Друго: да сачини *сојсјвену анализу образложеној мишљења овлашћеној актуара о довољности премије осигурања за трајно измирење свих обавеза из уговора о обавезном осигурању и других релевантних елемената тог мишљења пре планиране промене тарифе*, као и да с тим у вези анализира оправданост планиране промене тарифе. Овај део процедуре је прилично контроверзан. Актуарска функција је јасно дефинисана у друштву за осигурање. За њено обављање прописани су услови професионалне стручности, потребног нивоа знања и професионалног искуства.⁷ Увођење сопствене анализе образложеног мишљења овлашћеног актуара може само да значи нарушавање јасног разграничења делокруга кључних функција у друштву за осигурање. И, посредно, довођење у питање кредибилитета мишљења овлашћеног актуара. Јасно је да је за потребе оправданости промене тарифе било довољно увести као обавезан елемент процедуре мишљење овлашћеног актуара. И уредно га доставити НБС са осталом документацијом.

Треће: да прибави *образложено мишљење организационе јединице у чијем је делокругу контрола усклађености пословања друштва о усклађености промене услова и тарифе с релевантним прописима и унутрашњим акцима друштва*. Пре него што одлучи да измени услове и тарифе по прописаној процедури, друштво је дужно да о томе прибави образложено мишљење функције усклађености пословања. Овај део процедуре је оправдано прописан, будући да функција усклађености пословања мора да се консултује приликом сваке измене унутрашњих

7 Meinrad Dreher, *Treaties on Solvency II*, Springer Verlag, Berlin, 2015, 345–424.

аката друштва.⁸ Ова одредба утолико више наглашава непотребност претходног услова. Друштво свакако мора да прибави образложено мишљење функције усклађености пословања, али је нејасно зашто би се друштво изјашњавало о мишљењу овлашћеног актуара о оправданости планиране промене услова или тарифе премије.

Друштво је дужно да НБС достави унутрашња акта, укључујући и измене и допуне тих аката, најкасније 60 дана пре њиховог ступања на снагу.

Шта заправо представља законски употребљена синтагма „оправданост промене услова и/или тарифе“? Два су могућа одговара. Прво – да је посреди *йравни сџандард* – еластична норма чије једино, право правно значење, које је њен творац имао у виду, треба тумачењем пронаћи. Друго – да је реч о законски датом овлашћењу на вршење *дискреционе оцене*, тј. о препуштању бирања, у сваком појединачним случају, оптималне, односно најпригодније правне солуције од стране самог надлежног органа; уз поштовање законских овлашћења и задатог циља. Иначе, код разликовања правног стандарда и дискреционе оцене, тешкоћа није само у објективној сазнатљивости и проверљивости значења једног, мање-више флексибилног правног израза (у конкретном случају „оправданост“) у посматраном комплексном стварносном миљеу. Проблем је у реалној предвидљивости свих могућих одлучујућих компоненти једне правне ситуације. Прецизније: да ли је – у одсуству јасне индикације законописца у погледу неког поступања органа – пред нама *implicite* дата прерогатива за дискреционо одлучивање, или пак обавеза тумачења правно релативно неодређеног појма. Од тога зависи и поље простирања судске контроле произашлог управног акта. Током такве почетне мисаоне операције неопходно је подробно размотрити слово и дух респективне норме, смисао њој сродних правних правила, али и разумети и „осетити“ целокупан друштвени контекст (његове економске, политичке, социјалне, психолошке, етичке, религиозне, историјске, националне компоненте) – што све може да буде опредељујуће у погледу закључка који је модел правног регулисања примењен у конкретном случају.

У правној теорији је одомаћено становиште да је кључно да се дискрециона оцена не подразумева: она мора да буде изричито предвиђена – изразима „може“, „може одлучити“, „ако оцени“, „ако нађе, односно сматра“, „орган одлучује да ли ће...“, „орган је овлашћен...“ и

8 Наташа Петровић Томић, „Начело законитости пословања у сектору осигурања – тезице о одговорности чланова управе друштва за осигурање у светлу *compliance* функције“, *Усклађивање йословној йрава Србије са йравом Евройске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 99–115.

слично. У језичкој сумњи, *йребало би – йо йравилу – узейти да је йосреди йравно везано йодручје, йравни сйандард* (ма колико било йешико да се у њејов смисао йроникне), а не дискрециона моћ у дајшој ситуацији. Но, ни само језичко тумачење нипошто само по себи није довољно, чак и када је употребљена реч „оцењује“, „може“, „одлучује“ и слично. Због тога се посеже нарочито за циљним и систематским тумачењем правног текста да би се претходно утврдило о каквој је правној техници регулисања реч у конкретној одредби.

С тим у вези, неопходно је разликовати разлоге за доношење једног дискреционог решења баш одређене, одабране садржине – од законски пројектованог циља који се увек мора поштовати. Тачно је да ти разлози омогућавају да се провери да ли је у конкретној прилици (и) постављени циљ поштован. Такође, баш из разлога који се наводе у решењу, може да произлази – поред осталог – да је требало изабрати другу (бољу, конкретно подеснију, односно у датим околностима најпогоднију) правну солуцију за постизање истог, законског циља. Следствено, имајући у виду такав циљ, судска контрола пролази кроз „врата“ правног стандарда, испитујући правилност његове, за дати животни догађај вансудски утврђене садржине. Насупрот, у погледу дискреционе оцене судска контрола редовно (о)стаје пред њеним „вратима“, проверавајући једино да ли су она доиста правна и да ли воде предвиђеном законском циљу. С тим у вези, неретко су одлучујући заузети начелни судски ставови шта ће се, у случају сумње, сматрати правним стандардом, а шта подручјем управне дискреционе оцене (што је тада већ ствар судске слободне оцене!).

Код измене услова осигурања и тарифе премије у важећем праву Србије, *„ојравданост“* је језички одвојена од (свих осталих) законских услова процедуре – што упућује на то да се можда имала у виду дискрециона оцена. У суштини, „ојравданост“ планиране промене услова осигурања и/или тарифе премије осигуравајућег друштва значи да ће се његовим радом допринети и јавном интересу и задовољавању потреба потенцијалних корисника, као и остваривању уставног права на слободу предузетништва, уз поштовање равноправности привредних субјеката (у контексту члана 21 Устава). Подносилац, укупношћу предочених података и доказа у свом обраћању НБС, код ње треба да ствари извесност да ће правилно, успешно и уредно пословати^{9 10} након усвајања измена тарифе премија. Питање је заправо када је промена услова осигурања или тарифе премија друштва *ојравдана са йледийшиа законској циља*

9 Устав Републике Србије – УРС, *Службени Гласник РС*, бр. 98/06, чл. 82–83.

10 УРС, чл. 21.

пословања/јружања услуга осигурања. Наиме, ако би измена пред-метних аката одређеног осигуравајућег друштва допринела редовном, потпуном и ефективном задовољавању потреба корисника и уживању њихових права на одређеној територији у предстојећем раздобљу, али и остваривању јавног интереса и правне сигурности – онда је та измена и друштвено и правно оправдана. Системска сврха одредаба ЗО (а самим тим, и подзаконске регулативе!) није ограничење могућности осигуравајућих друштава да мењају услове под којима пружају своје услуге, већ – поред наведеног – омогућавање да, под једнаким условима, уз уважавање неопходних стручних мерила, законито и делотворно пружају своје услуге, да остварују и права клијената али и своја предузетничка права. Све то у општем, јавном интересу нормалног одвијања *избалансираној њривредној живоји* у просперитетном кретању. Главни критеријум о коме најпре друштво за осигурање треба да води рачуна, а који свакако узима у обзир и НБС, јесте принцип сразмерности премије тежини ризика и уопште уважавање свих фактора који утичу на трошкове пословања друштава за осигурање. А сви поменути параметри су објективно сазнатљиви: почев од утицаја инфлаторне стопе до поскуплења делова за аутомобиле. Ако уз све то постоји релевантна документација која подупире одлуку друштва за осигурање, тешко је наћи образложење за тврдњу да нису испуњени услови за оправданост измене тарифе/услова осигурања. Самим тим, маневарски простор НБС код оцене оправданости је одређен правилима струке осигурања. Нема простора за дискрециону оцену у правом смислу те речи, већ за креативно тумачење употребљених правних термина.

Из ових разлога би „оправданост планиране промене“ требало да се утврђује на основу *јравила сјруке осигурања*, имајући у виду одговарајуће одредбе ЗО, као и регулаторни оквир осигурања у целини. У управном праву овакво правно нормирање квалификује се као **тзв. техничка или стручна оцена**, односно чак као „везана оцена“ (нем. „gebundenes Ermessen“), која беспоговорно улази у сферу правне везаности, а не дискреционе оцене.¹¹

11 Ivo Krbeek, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937, 354; Крбек даље каже: „Битно је при овој тзв. техничкој оцени, да се средством посебног стручног знања интерпретира воља закона. А интерпретација је... битно и појмовно опречна дискреционој ојцени. Власт при овој техничкој оцени не бира према властитом назору између више алтернатива, које су са законског гледишта једнаке, већ има, помоћу свог техничког или стручног знања, пронаћи оно одређено рјешење, које има закон у виду.“ Вид. *Ibid.*, 366.

IV Обавештење Народне банке Србије о намераваној промени

Друштво је дужно да обавести НБС о планираној промени тарифе премија и премијског система са техничким основама премије обавезног осигурања власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима, најкасније 60 дана пре планиране промене тарифе премија, и да јој уз то обавештење достави планирани нацрт тарифе премија, као и анализе, податке и мишљења из тачке 15г став 3 алинеје од прве до треће ове одлуке. Друштво које је усвојило интерни акт о промени тарифе премије има обавезу да у складу са њим поступа, као и да о планираној промени обавести НБС најкасније 60 дана пре планиране промене, и да јој достави нацрт планиране промене тарифе. То НБС омогућава да у својству тела надзора буде инволвирана у читав ток поступка промене тарифе премије, а друштву ствара обавезу да уважава одређени, не само процедурални, већ и временски, редослед корака. С друге стране, могло би се поставити питање да ли је рок од 60 дана неразуман, тј. да ли се њиме сувише пролонгира момент примене измењене тарифе премије. Ово утолико пре ако правила струке осигурања налажу ургентну измену и примену тарифе премија и премијског система. *In ultima linea*, треба имати у виду да је тарифа премија основна алатка за обављање пословања; и да се њене измене најчешће јављају као одговор тржишта осигурања на измењене прилике пословања. Сваки друштвено одговоран осигуравач мора бити у стању да препозна тренутак када тарифе треба изменити. А задатак регулаторног оквира је да му на том путу не поставља препреке, које неће моћи да савлада.

Поред документације из става 1 ове тачке, друштво је дужно да достави и друге акте, односно документа којим је утврдило *ојравданост* њихове *тарифе премија*, односно узимајући у обзир следеће:

- *Сразмеру* *узајамних давања у закљученим уговорима* о обавезном осигурању из става 1 ове тачке (нпр. имајући у виду податке из претходних периода о односу премије и штета, односу пословно-функционалних прихода и расхода и др). Принцип сразмере је ослонац друштвима за осигурање у поступку процене да ли треба променити тарифе премија, и кључни аргумент пред НБС. Овде се по логици ствари мисли не на појединачне уговоре, већ на ниво портфеља у тарифи обавезног осигурања. Промену премије осигурања треба оправдати показатељима пословања, будући да премија треба да обезбеди континуирано извршавање обавеза друштава за осигурање из уговора о

осигурању. Уколико према подацима из претходног периода премија није била довољна за покриће штета и уопште пословно-функционалних трошкова, јасно је да се доводи у питање ликвидност друштва за осигурање и да треба изменити тарифе премија. Утицај инфлације је један од најчешћих узрока овакве ситуације. А последњу годину је управо обележио инфлаторни удар. Друго је питање да ли предложено повећање премије представља превелики терет за лица која на основу закона имају обавезу да закључе неко од обавезних осигурања. НБС има контролну улогу управо у процени овог утицаја. И примарно у том смислу треба схватити оцену оправданости промене тарифе.

- *Утицај на заштити права и интереса осигураника и других корисника обавезног осигурања* из става 1 ове тачке. Друштво треба да пружи доказе да ако настави да послује са важећим ценовником, то би се могло негативно одразити на његов пословни резултат и посредно угрозити и права и интересе корисника услуга. С друге стране, и повећање тарифе премија се мора провући кроз исти филтер утицаја на интерес корисника услуга. Ако је повећање премија такво да тангира интересе корисника – чинећи прибављање услуга осигурања скоро недоступним за просечног потрошача – вероватно је да НБС на то неће гледати благонаклоно. Посебно у области обавезних осигурања, у вези са којима постоји изражени јавни интерес над којим НБС бди. Превелики финансијски притисак на потрошаче услед повећања тарифе премије неког од обавезних осигурања свакако се не може сматрати оправданим са аспекта заштите јавног интереса.
- *Солвентности и финансијски положај друштва*. Угрожавање солвентности друштва не долази у обзир. Поставља се питање како успоставити баланс када су претходно поменути услов утицаја на заштиту корисника услуга осигурања и угрожавање солвентности у колизији. С једне стране, финансијски терет за потрошаче услуга осигурања чини неоправданом промену тарифе премија. С друге стране, ако друштво не повећа премију може бити угрожена његова солвентност, што се одражава на права и интересе потрошача. Задатак НБС је да извага поменути интересе и да их доведе у хармоничан однос, те тиме оправда поступак друштва за осигурање.
- *Правила о управљању ризиком, правила струке осигурања и актиуарске струке, добрих пословних обичаја и пословне етике*.

Промена тарифе премија је оправдана ако то налажу правила струке осигурања. Све што је до сада поменуто као посебна детерминанта улази у појам правила струке осигурања. Али, то није све. Друштво које предлаже промену услова/тарифе треба да докаже да и добро пословни обичаји и пословна етика говоре у прилог пословног потеза.

- Друге релевантне податке и информације.

Сва документација коју друштво треба да достави уз нацрт промењене тарифе има само један циљ: да створи уверење код НБС да је намеравана промена тарифе оправдана. Све се, заправо, врти око оправданости. То је централни појам и основна преокупација НБС и приликом израде измена Одлуке и приликом давања зеленог светла друштвима за осигурање. Детаљном регулативом услова о којима се води рачуна НБС је, можда и несвесно, затворила врата дискреционој оцени и учинила сам чин подложним контроли од момента иницирања измене до њеног усвајања.

V Могућност Народне банке Србије да тражи допуну документације – да ли је прописани рок разуман?

Ако је по обавештењу из става 1 ове тачке затражила допуну документације из става 1 и 2 ове тачке, НБС може одредити одговарајући рок пре чијег истека друштво не може доставити допуну те документације. Рок из става 3 ове тачке не може бити дужи од шест месеци. Рок из става 1 ове тачке почиње да тече од дана достављања уредне документације из става 1 и 2 ове тачке.

Да се послужимо реториком НБС: кључно питање је да ли је оправдано прописивање овлашћења НБС да тражи допуну ионако преобимне документације? Који је то „папир више“ који може да недостаје? И зар је морало да се пропише да се иста не може доставити пре истека рока који одреди НБС?! На први поглед, на сцени је типично интервентно законодавство, које истини за вољу није неуобичајено у домену осигурања ни у европским правним културама.

Који је то сплет околности при коме НБС не може бити довољно уверљиво да ли је оправдана промена тарифног система, иако је друштво доставило све доказе који се иначе траже по Одлуци? Ако друштво у свему поступи по Одлуци и предузме препоручени редослед корака, не би требало доводити у питање његово право да измени тарифу премије. Чак и да је посредни некакав изузетан случај и где НБС основано

захтева допуну документације,¹² врло је дискутабилан одложни рок за достављање допуне документације. Који може да изнесе и шест месеци?! У поређењу са роком за одлучивање о захтеву за издавање дозволе за рад (који износи 60 дана), рок од 6 месеци чини се неразумним. Документација коју НБС треба да прегледа у случају издавања дозволе је неупоредиво обимнија од оне која прате измену тарифе премија. Који је *ratio* разлике у дужини рокова који обавезују НБС?

Да ли се њиме *de facto* ТАНГИРА једно од елементарних права сваког привредног субјекта, а то је *право да дефинише, односно измени ценовник својих услуга*? А у осигурању је један од најстаријих принципа принцип сразмере премије тежини ризика. Ако услед деловања инфлације дође до повећања цена резервних делова и уопште поскупљења која се директно одражавају на обавезу обештећења у специфичној врсти осигурања од одговорности власника моторних возила, реално је да осигуравачи повећају тарифе премија. Штавише, њихова је обавеза да на основу резултата финансијско-пословних прихода и расхода обезбеде да у сваком тренутку располажу довољним средствима. То је суштина концепта *адекватне солвенћности*. Основни предуслов за то је да је премија одређена тако да покрива све трошкове који падају на терет осигуравача. Наглашавамо: ако се поскупљење премије превише искомпликује и осигуравачима онемогући да правовремено реагују на пораст цена и уопште инфлаторни притисак, за очекивати је да се створи ситуација на тржишту која није ни у интересу корисника услуга. Заправо, иако не сумњамо у добре регулаторне намере НБС, Одлука је у одређеној мери дискутабилна у погледу *шестиа ефекатиа*. Њоме се *de facto* институционализује превелики процедурални притисак на осигураваче, који по природи ствари с времена на време имају потребу да промене цену својих услуга. Једно је вршење надзорних овлашћења НБС, и то је неспорно у сектору осигурања. Али, специфичност истог не оправдава задирање у слободу привређивања у тој мери да се цена по којој се услуге пружају подвргава процедури која се може сматрати сметњом за обављање пословања по правилима струке осигурања. Јер та правила стварају дужност осигуравача да се стара о томе да тарифе премије буду довољне и из угла тежине ризика и из трошковног угла. Стандард прудентног осигуравача налаже да се премије подигну када за то постоји финансијска потпора. Уосталом, слобода привређивања и

12 Примера ради, сегментација трошкова треба да укаже на основне разлоге за промену премије и да буде у складу са подзаконском регулативом НБС. Из ње би морало јасно да се види које врсте трошкова су условиле недовољност премије. Према околностима случаја, није незамисливо овлашћење НБС да затражи другачију сегментацију трошкова како би била уверена да је промена тарифе оправдана. Ово је један од примера када би НБС основано могла да захтева „папир више“.

тржишни механизам важе и у домену осигурања! А оваквим решењима као да се то заборавља.¹³ Основана је бојазан да би услед прописивања оваквих мера могло доћи до *блокаде* пословања друштава за осигурање. Њима јесте потребна чврста рука што се тиче надзорних овлашћења и редовне контроле ликвидности и солвентности, као и заштите интереса корисника услуга. Али, индустрији осигурања је мање подстицајно задирање у политику цена услуга и уопште одвијање пружања услуга у делу који се тиче ценовног ранга услуга осигурања.

Најзад, могло би се поставити питање да ли се увођењем одложног рока за допуну документације, који није у потпуности у складу са европским стандардима разумног рока, тангира *право на обављање пословања, као манифестација слободе предузетништва*?! Све под плаштом заштите интереса корисника услуга осигурања. *Право друштва за осигурање да се баве пословима осигурања* (енг. *right to do business*) представља манифестацију слободе предузетништва, која је у свим правним системима уздигнута на ранг уставног принципа. Овлашћења централне банке (или другог органа надзора¹⁴) морају бити конципирана тако да се њима не дерогира *слобода предузетништва* као уставна категорија. Када је реч о било ком оперативном питању везаном за рад друштава за осигурање, евентуална ограничења слободе предузетништва морају бити диктирана искључиво разлозима заштите јавног поретка и обезбеђења реализације јавног интереса у овом домену привредног живота. Увођење овлашћења надлежног органа да, поред законом прецизно дефинисаних услова, проверава или цени и оправданост¹⁵ промене услова осигурања и/или тарифног система, има смисла само ако се она користе у циљу утврђивања да ли друштво о коме је реч, у светлу људских ресурса којима располаже (акционара и чланова органа управљања), као и финансијских средстава, знања и искустава, може послове осигурања водити према правилима струке осигурања, ефикасно и у интересу корисника услуга осигурања! То наводи на закључак да оправданост измена услова осигурања и/или тарифе премија друштава за осигурање треба схватити тако да укупност предочених чињеница пружа гаранције да ће друштво ваљано након предложених измена – у

13 Уз уважавање свих разлика, шта би се догодило када продавци у било којој грани индустрије не би имали аутономију да самостално утврђују и мењају цене својих производа.

14 За наше право: УРС, чл. 83 ст. 1.

15 Meinrad Dreher, „Verisicherungsaufsichtsrecht und Verbraucherschutz im Solvency-II- und EIOPA-System“, *Versicherungsrecht*, Heft 10, 2014, 401; Barthélémy Mercadal, Patrice Macqueron, *Le droit des affaires en France*, Edition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2005, 223–225.

интересу корисника услуга, али и у интересу друштвене заједнице – пружати услуге осигурања за које је лиценцирано!

Изменама Одлуке направљен је својеврстан преседан, и то само у погледу једне врсте послова осигурања и једне категорије потрошача. Наиме, само осигураваачи који се баве пословима обавезног осигурања биће подвргнути посебној процедури усвајања и измена услова осигурања и тарифа премија. Од њих се тражи да НБС доставе све измене пре ступања на снагу, што на први поглед може деловати само као део надзорних овлашћења. С обзиром на надзорну улогу НБС и заштиту јавног интереса, посебна процедура је донекле разумљива. Али, Одлука је у извесној мери *недоречена и може йродуковати йравну несиурносй* на тржишту осигурања, можда и већу од оне због које је НБС наложила осигураваачима да корисницима врате износе наплаћених увећаних премија осигурања.

Ако се даље позабавимо последицама подзаконског интервентног законодавства, могли бисмо доћи до запажања да су дискриминисани осигураваачи само у једној линији бизниса, и то најбитнијој са аспекта учешћа у целокупном портфолиу осигурања. То би значило да ће исти осигураваач имати да следи једну процедуру када мења тарифе обавезног осигурања од одговорности власника моторних возила, а другу када мења тарифе осталих врста осигурања (*sic!*). С друге стране, на то се може лепо одговорити: у питању је обавезно осигурање, и управо због виталног значаја за нашу индустрију осигурања и заштиту корисника, оно заслужује издвојени третман! Другим речима, овде постоје аргументи и за и против. И то и јесте, и треба да остане руководни принцип када тумачимо регулативу: настојање да се издигнемо изнад језичког значења термина и да крајњи *ratio* прописа утврдимо узевши у обзир и добре и лоше стране.

На жалост, није спорно само прописивање одложеног рока за допуну документације, као и његове дужине. Анализом Одлуке НБС долази се до запажања да је у погледу интерног акта изричито речено да је друштво дужно да га достави НБС најкасније 60 дана пре ступања на снагу, с тим да није прецизирано овлашћење НБС у вези са његовим садржајем. Да ли из Одлуке *implicite* произлази да НБС може да се изјасни о законитости унутрашњих аката, па и оних којима се успоставља процедура измене услова осигурања и/или тарифе премија? Или је за њу резервисано овлашћење да свој став испољи на најједноставнији начин – мерама надзора?

Шта ово значи за друштва? Како се на њихову позицију одражава одложни рок? Како изгледа узрочно-последични ланац њених решења? Чим је НБС тражила допуну документације, то је сигнал да није

потпуно уверена у оправданост предложене измене тарифа. Да ли се овакав сценарио искључиво може очекивати када НБС сматра да је предложено повећање премије осигурања превисоко? Шта друштво да уради у том случају? Посебно је проблематично ускраћивање права друштвима за осигурање да допуну документације доставе у року који је краћи од онога који одреди НБС. Кључно из угла правне сигурности је да ли друштва могу да усвоје и примењују измењене тарифе? Језички тумачено, и услови осигурања и тарифе се НБС само достављају на увид. Али, имајући у виду позицију НБС, јасно је да се управа друштва која прудентно води пословање неће одважити да примењује услове и/или тарифе у погледу којих је НБС тражила допуну документације. Ово дефинитивно нису *business friendly* решења.

VI Још једном о премији осигурања, њеној структури и начину формирања

Поред ризика, премија је други кључни појам за квалификацију уговора о осигурању. Премија осигурања може да се посматра у техничком и правном смислу. Чисто технички посматрано, премија је цена осигурања, тј. износ који се наплаћује за примање одређеног ризика у покриће. Премија је уско повезана са ризиком. Обрачун премије осигурања за који је задужена актуарска служба повезан је са техничком страном посла осигурања. Правно посматрано, премија је износ који уговарач осигурања или осигураник треба да плати осигуравачу као противпрестацију за обавезу коју он преузима уговором о осигурању (обавеза исплате накнаде или суме осигурања када наступи осигурани случај). Обавеза плаћања премије осигурања израз је правне стране посла осигурања. По овоме се уговор о осигурању не разликује од других теретних уговора. Оно по чему се разликује је значај премије за квалификацију уговора о осигурању. Без плаћања премије од стране осигураника или уговарача осигурања не настаје однос осигурања. Чак и када премија није означена у полиси осигурања (што је случај код комерцијалних осигурања, јер је интерес страна да се тај податак не открива), то не значи да је осигураник добио покриће бесплатно. Ово зато што се на основу премија свих осигураника који чине исту заједницу ризика формирају средства за исплату накнада или сума осигурања.

Будући да је премија битан елемент уговора о осигурању она мора бити одређена или одредива. Премија се одређује на основу различитих околности, међу којима највећи значај има тежина ризика. Премија је, по правилу, сразмерна тежини ризика (*принцип пропорционалности премије*). Она се одређује према просечној јачини ризика и свака проме-

на ризика одражава се на промену премије. Из тога произлази правило да, ако је премија одређена на основу погрешно пријављених околности о тежини ризика или прећуткивања неке значајне околности, осигуравач има право да захтева повећање премије или поништај уговора. Поништај уговора услед погрешно пријављених околности је у принципу *ultima ratio*. Њему се прибегава само ако је осигураник намерно нетачно пријавио или прећутао одређене околности или је ризик такав да га осигуравач, иначе, не прима у покриће. Поред тежине ризика, на висину премије утичу и трошкови осигурања, период закључења уговора, начин улагања средстава прикупљених на име премија осигурања, пореска политика, итд.¹⁶

Уобичајено је да се тарифа премија осигурања означава као ценовник осигурања. То је од помоћи за разумевање начина њеног формирања. Као и цена било ког другог производа или услуге, *тарифа осигурања треба да обухвати цену коштања осигурања, те одређену степен профита коју друштво треба да оствари од продаје услуге осигурања, као и да покрије трошкове које у вези са њим има. У сектору осигурања, цена осигурања треба да обухвати ризик који друштво преузима, обавезу стварања и одржавања законом прописаних резерви осигурања, као и профит друштва. Премија се, дакле, обрачунава у односу на одређену базу, која треба да обезбеди:*

- покриће очекиваних износа одштетних захтева по основу презетих ризика;
- формирање адекватног нивоа резерви;
- покриће трошкова спровођења осигурања; и
- одређени ниво профита.

Премије осигурања треба да буду:

- адекватне (чиме се обезбеђује солвентност друштва);
- разумне (да нису превисоке, посебно у обавезном осигурању, где постоји јавни интерес да се заштите корисници осигурања); и
- недискриминаторне (да сваки осигураник плати стварни део трошкова по основу осигурања и да не зависи од врсте продајног канала).

Када је реч о довољности премије осигурања, треба правити разлику између *довољности са аспекти преузећих ризика* и *довољности са аспекта спровођења трошкова осигурања*. То што је премија осигурања

16 Marcel Fontaine, *Droit des assurances*, 5e édition, Larcier, Bruxelles, 2016, 240; Jérôme Bonnard, *Droit des assurances*, 4e édition, LexisNexis, Paris, 2012, 151.

адекватно процењена са аспекта преузетих ризика не искључује могућност да услед деловања објективних и тржишно проверљивих околности наступи недовољност премије са трошковног аспекта. Ово зато што се трошкови утврђују *a posteriori*, тј. тек након наступања преузетих ризика, који могу бити потпуно коректно процењени. Управо је то случај код осигурања од одговорности власника моторних возила, где поскупљење цена ауто делова итекако може да доведе до недовољности премије посматрано из трошковног угла. Како се та околност директно одражава на трошкове осигурања, услов оправданости промене тарифе је испуњен чим осигуравач успе да образложи недовољност премије из разлога утицаја поскупљења и уопште инфлаторних утицаја.

VII Закључак

Основни циљ регулаторних и надзорних активности НБС треба да буде успостављање одрживог система надзора у осигурању. Шта то у ствари значи? И да ли се подзаконском активношћу НБС остварује интервентни приступ тржишту осигурања, што се иначе среће у упоредном законодавству.

Када се каже одрживи систем надзора у осигурању, мисли се на балансирани приступ. Иако је неспорно *ex lege* сврха надзора заштита интереса корисника услуга осигурања, зарад остварења овог циља не може се директно задирати у пословну политику и уопште начин вођења пословања друштва за осигурање. Надзор над њиховим радом тиче се контроле законитости пословања и уважавања правила струке осигурања. Али, када је реч о овлашћењима која произлазе из струке осигурања мора се признати извесна слобода осигуравачима приликом доношења пословних одлука. У питању су предузетничка права, чије уважавање је део економског јавног поретка. Другим речима, као што НБС располаже и дискреционом оценом приликом вршења надзора, и осигуравачима се мора уважити њихова процена бонитета пословања. Бонитет и ликвидност пословања, као и солвентност могу бити итекако нарушени ако се инсистира на неоснованом задржавању одређеног нивоа премија осигурања, као мере очувања животног стандарда грађана. Тако нешто не долази у обзир ни у специјалној врсти осигурања од одговорности власника моторних возила.

Када се оцењује домашај подзаконске регулативе која се односи на обавезна осигурања, треба имати у виду присуство јавног интереса. То је основни аргумент који може да оправда шира овлашћења НБС. Ми нисмо против улоге коју НБС има на тржишту осигурања. Само скрећемо пажњу на редослед корака који се захтева након најновије одлуке НБС

како би се извршила измена услова осигурања/тарифе премија. Иако је сваки корак који осигуравач треба да предузме у циљу измене тарифе премија детаљно прописан и праћен релевантном регулативом, за праксу може бити спорно помињање оправданости промене тарифе. Ово зато што из угла правника појам оправданости може да се тумачи као правни стандард или као дискрециона оцена, већ према правном миљеу у коме се помиње. Код измене услова осигурања и тарифе премије у важећем праву Србије, „оправданост“ је језички одвојена од (свих осталих) законских услова процедуре – што упућује на то да се можда имала у виду дискрециона оцена. У суштини, „оправданост“ планиране промене услова осигурања и/или тарифе премије осигуравајућег друштва значи да ће се његовим радом допринети и јавном интересу и задовољавању потреба потенцијалних корисника, као и остваривању уставног права на слободу предузетништва, уз поштовање равноправности привредних субјеката (у контексту члана 21 Устава). Питање је заправо када је промена услова осигурања или тарифе премија друштва оправдана са гледишта законског циља пословања/пружања услуга осигурања. Наиме, ако би измена предметних аката одређеног осигуравајућег друштва допринела редовном, потпуном и ефективном задовољавању потреба корисника и уживању њихових права на одређеној територији у предстојећем раздобљу, али и остваривању јавног интереса и правне сигурности – онда је та измена и друштвено и правно оправдана. Системска сврха одредаба ЗО (а самим тим, и подзаконске регулативе!) није ограничење могућности осигуравајућих друштава да мењају услове под којима пружају своје услуге, већ – поред наведеног – омогућавање да, под једнаким условима, уз уважавање неопходних стручних мерила, законито и делотворно пружају своје услуге, да остварују и права клијената, али и своја предузетничка права. Све то у општем, јавном интересу нормалног одвијања избалансираног привредног живота у просперитетном кретању. Главни критеријум о коме најпре друштво за осигурање треба да води рачуна, а који свакако узима у обзир и НБС, јесте принцип сразмерности премије тежини ризика и уопште уважавање свих фактора који утичу на трошкове пословања друштва за осигурање. А сви поменути параметри су објективно сазнатљиви: почев од утицаја инфлаторне стопе до поскупљења делова за аутомобиле. Ако уз све то, постоји релевантна документација која подупиरे одлуку друштва за осигурање, тешко је наћи образложење за тврдњу да нису испуњени услови за оправданост измене тарифе/услова осигурања. Самим тим, маневарски простор НБС код оцене оправданости је одређен правилима струке осигурања. Нема простора за дискрециону оцену у правом смислу те речи.

Из ових разлога „оправданост планиране промене“ треба да се утврђује на основу правила струке осигурања, имајући у виду одговарајуће одредбе ЗО, као и регулаторни оквир осигурања у целини.

Коришћена литература

- Bonnard Jérôme, *Droit des assurances*, 4e édition, LexisNexis, Paris, 2012.
- Dreher Meinrad, „Vericherungsaufsichtsrecht und Verbraucherschutz im Solvency-II- und EIOPA-System“, *Versicherungsrecht*, Heft 10, 2014.
- Dreher Meinrad, *Treaties on Solvency II*, Springer Verlag, Berlin, 2015.
- Krbek Ivo, *Diskreciona ocjena*, Zagreb, 1937.
- Mercadal Barthélémy, Macqueron Patrice, *Le droit des affaires en France*, Edition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2005.
- Петровић Томић Наташа, „Начело законитости пословања у сектору осигурања – тезице о одговорности чланова управе друштва за осигурање у светлу *compliance* функције“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (Petrović Tomić Nataša, „Načelo zakonitosti poslovanja u sektoru osiguranja – tezice o odgovornosti članova uprave društva za osiguranje u svetlu *compliance* funkcije“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2021)* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021)
- Петровић Томић Наташа, „О ограниченој и усмереној слободи уговарања у уговорном праву осигурања: феномен ‘покоравана’ уговара о осигурању“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2020. (Petrović Tomić Nataša, „O ograničenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja u ugovornom pravu osiguranja: fenomen ‘pokoravanja’ ugovara o osiguranju“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2020)
- Петровић Томић Наташа, *Право осигурања: Систем*, Књига прва, Службени гласник, Београд, 2019. (Petrović Tomić Nataša, *Pravo osiguranja: Sistem*, Књига прва, Службени гласник, Београд, 2019)
- Pollman Elizabeth, „The Making and Meaning of ESG“, University of Pennsylvania Law School Working Paper, No. 659/2022, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4219857, 20. 5. 2023.
- Томић Зоран, Петровић Томић Наташа, „Издавање и одузимање дозвола за рад осигуравајућим друштвима“, *Право и љривреда*, бр. 5–8/2008. (Tomić Zoran, Petrović Tomić Nataša, „Izdavanje i oduzimanje dozvola za rad osiguravajućim društvima“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008)

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

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

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY OF THE PREMIUM TO THE WEIGHT OF THE RISK IN THE FIELD OF MOTOR THIRD PARTY LIABILITY IN- SURANCE – BY-LAW ACTIVITY OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA

Summary

Principle of the proportionality of the premium to the weight of the risk is one of the fundamental rules of insurance law. Having in mind the importance of the motor liability insurance for the national market of insurance as well as its compulsory character, supervisory body prescribes the sequence of steps which should be taken in order to change premium tariffs. Procedural order aims to make it easier for the supervisory body to convince itself of the justification of the tariff change. If it emerges from the submitted documentation that the insurance company is faced with an increase in the price of auto parts due to inflation, it is logical to increase tariffs. Author concludes that detailed standardization of the procedure for changing the premium tariff contributes to sustainable supervision in insurance and the protection of consumers of insurance services, which is an indispensable part of well-founded strategy of ESG.

Key words: *Motor Liability Insurance. – Proportionality of the Premium to the Risk Weight. – Increase of Premium. – Sustainable Supervision. – ESG.*

Датум пријема рада: 5. 6. 2023.

Датум прихватања рада: 17. 7. 2023.

УДК: 347.91:347.77(4)

CERIF: S 124, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23303A

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

УНИТАРНА ПАТЕНТНА ЗАШТИТА – ИЗАЗОВИ ПОЧЕТКА ПРИМЕНЕ СПОРАЗУМА О ЈЕДИНСТВЕНОМ ПАТЕНТНОМ СУДУ

Сажетак

Дана 1. јуна 2023. савуило је на снагу Споразум о Јединственом патентном суду (СЈПС). С обзиром на то да је Споразум потписан пре десет година, а рад на јединственом систему заштите проналазака у Европи отпочео је више од пола века, често се у европским круговима савуилање Споразума на снагу пореди са светлошћу на крају тунела. Остало је да се види колико је гуначак тунел и каква је та светлост. Рад настоји да осветли изазове почетка примене СЈПС. Најпре су размислени разлози за одлагање савуилања на снагу СЈПС. Након тога је представљена структура ЈПС и начин избора судија. Затим је истражена комплексност унитарне патентне заштите која се, између осталог, оледа у посвојању унитарног патента заједно са националним и европским патентима и асиметричношћу система решавања патентних спорова. Најослеику је размислена унитарност заштите; другим речима, да ли овако конципирана унитарна патентна заштита дорони смањењу фрагментације патентног пежажа у Европи.

* Електронска адреса аутора: ceranicj@gmail.com.

Кључне речи: Унитарни патиенти. – Споразум о Јединственом патиентном суду. – Европски патиенти. – Патиентни спор. – Европска унија.

I Уводне напомене

Дана 1. јуна 2023. ступио је на снагу Споразум о Јединственом патентном суду (СЈПС).¹ Сам Споразум потписан је пре десет година, а рад на јединственом систему заштите проналазака у Европи отпочет је пре више од пола века. Узимајући у обзир ове временске параметре, није изненађујуће што се у европским круговима ступање на снагу Споразума пореди са светлошћу на крају тунела.

Непосредно након оснивања Европских заједница, крајем педесетих година 20. века, препозната је важност успостављања јединственог система заштите проналазака у Европи. Међутим, рад на томе трајао је деценијама због неслагања земаља у вези са одређеним аспектима заштите, поглавито у вези са режимом превођења.

У међувремену је, у октобру 1973. године, у Минхену потписана Конвенција о издавању европских патената, познатија као КЕП. На тај начин успостављен аутономни правни систем за признање европских патената.² Међутим, материјално европско патентно право, на наднационални начин, уређује патентну заштиту проналазака од тренутка подношења европске пријаве до тренутка признања европског патента. После тога, престаје применљивост наднационалних норми, те се европски патент „распада“ на онолико независних националних патената колико има земаља чланица КЕП-а које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се и даље назива „европски патент“, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права. Његова правна судбина је независна у односу на правну судбину осталих европских патената за исти проналазак, који су признати на основу исте одлуке Европског завода за патенте (ЕЗП).³

Овакав систем заштите има низ мањкавости. Осим што доприноси фрагментацији патентног пејзажа у Европи, као највећи недостаци,

1 Споразум о Јединственом патентном суду (*Unified Patent Court Agreement*, OJ C 175, 20. 6. 2013; даље у фуснотама: СЈПС).

2 Martin Stierle „The Rise of the Unified Patent Court: A New Era“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 54, Nr. 5/2023, 631.

3 Слободан С. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 318.

из перспективе титулара патента, издвајају се: високи трошкови превођења и објављивања, високе таксе за одржавање, сложен административни поступак и правна несигурност.⁴

Стога су и након усвајања КЕП-а, државе чланице ЕУ наставиле да раде на успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ.⁵ Након неколико неуспелих покушаја, напослетку је у децембру 2012. године усвојен тзв. патентни законодавни пакет који се састоји од три компоненте: Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите,⁶ Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења⁷ и Споразума о Јединственом патентном суду.

Уредбе су ступиле на снагу у јануару 2014. године, а почињу да се примењују од датума ступања на снагу СЈПС. Предвиђено је да Споразум ступа на снагу када га ратификује тринаест држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи, укључујући Немачку, Француску и Уједињено Краљевство.

Међутим, девет година након што су уредбе ступиле на снагу, и даље је у области унитарне патентне заштите владао *status quo*. Година 2023. донела је битне помаке. У фебруару 2023. године Немачка је ратификовала СЈПС. Споразум је ступио на снагу 1. јуна 2023. што према мишљењу дела доктрине представља почетак нове ере у области патентне заштите проналазака у Европи.⁸

С обзиром на комплексност унитарне патентне заштите, с једне стране, и велика очекивања оних који ступање на снагу СЈПС пореде са светлошћу на крају тунела, рад настоји да размотри колико је дугачак тунел и каква је светлост на крају тунела.⁹ Другим речима,

4 Јелена Теранић, *Унитарни патенти*, Институт за упоредно право – Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд, 2015, 21–25.

5 Aurora Plomer, „A Unitary Patent for a (Dis)United Europe: The Long Shadow of History“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 46, Nr. 5/2015, 508–533.

6 Уредба (ЕУ) бр. 1257/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите (*Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection*, OJ L 361, 31. 12. 2012).

7 Уредба (ЕУ) бр. 1260/2012 од 17. децембра 2012. о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите која се тиче превођења (*Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements*, OJ L 361, 31. 12. 2012).

8 M. Stierle, 631–633.

9 Florence Hartmann-Vareilles, „The Unitary Patent System: what is this light at the end of the tunnel?“, *ERA Forum*, Vol. 23, Nr. 2/2022, 143–147.

указујући на неке аспекте комплексности, како процедуране, тако и материјалне природе, рад настоји да осветли изазове почетка примене СЈПС. У раду су најпре размотрени разлози због који је одлагано ступање на снагу СЈПС. Након тога представљена је структура ЈПС и начин избора судија ЈПС. Затим је испитана комплексност унитарне патентне заштите која се, између осталог, огледа у постајању унитарног патента заједно са националним и европским патентима и асиметричности система за решавање патентних спорова. Напослетку је размотрена сама унитарност заштите, другим речима да ли овако концептирана унитарна патентна заштита, укључујући и систем решавања патентних спорова, допрноси повећању или смањењу фрагментације европског патентног пејзажа, као једног од највећих изазова заштите проналазака у Европи.

II Одлагање ступања на снагу Споразума о Јединственом патентном суду

Иако је патентни законодавни пакет усвојен у децембру 2012. године, а уредбе ступиле на снагу почетком 2014. године, протеклу деценију обележиле су бројне правне и политичке препреке успостављању унитарне патентне заштите. Предвиђено је да ће уредбе почети да се примењују када СЈПС ступи на снагу. На одлагање ступања на снагу Споразума утицали су нарочито следећи догађаји: 1) тужбе Суду правде ЕУ; 2) излазак Уједињеног Краљевства из ЕУ; и 3) уставне жалбе Уставном суду Немачке.

1. Унитрани патент пред Судом правде ЕУ

Судбина унитарне патентне заштите два пута је била предмет одлучивања Суда правде ЕУ.

Уредбе о унитарној патентној заштити предвиђале су тројезични систем, што значи да се патентни списи преводе на један од три службена језика ЕЗП (енглески, француски, немачки), а само патентни захтеви на преостала два. Две државе чланице ЕУ, Шпанија и Италија, оштро су се противиле оваквом режиму превођења. Стога је, на предлог неколико држава чланица, Савет министара ЕУ 10. марта 2011. донео одлуку о покретању ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите.¹⁰

10 Bonadio Enrico, „The EU Embraces Enhanced Cooperation In Patent Matters: Towards A Unitary Patent Protection System“, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 2, Nr. 3/2011, 416–420.

Ближа сарадња је инструмент права ЕУ предвиђен Оснивачким уговорима којима се одобрава различит положај држава чланица у оквиру неке од политика ЕУ.¹¹ Одлуку о одобрењу ближе сарадње, под условом да у њој учествује најмање девет држава чланица, доноси Савет, као последња инстанца.¹²

Две земље које се нису сложиле са предвиђеним режимом превођења, Шпанија и Италија, у мају 2011. године, поднеле су тужбе против одлуке Савета од 10. марта 2011, којом се одобрава покретање ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите.¹³ У априлу 2013. године Суд правде ЕУ донео је пресуду којом се одбијају тужбе Шпаније и Италије. Интересантно је да је након тога Италија одлучила да се укључи у унитарну патентну заштиту, искористивши могућност предвиђену Оснивачким уговорима, а то је да ближа сарадња остаје отворена за све државе чланице које јој иницијално нису приступиле.¹⁴

У марту 2013. године, Шпанија је поново поднела две тужбе Суду правде ЕУ, овога пута против већ усвојених уредби о унитарној патентној заштити. Пресудама из маја 2015. године Суд правде ЕУ одбио је и ове две тужбе.¹⁵

Дакле, у систему унитарне патентне заштите учествује 25 држава чланица ЕУ. За остатак изван определиле су се само Шпанија и Хрватска.

2. Излазак Уједињеног Краљевства из Европске уније

На референдуму одржаном у јуну 2016. године, Уједињено Краљевство (УК) определило се за излазак из ЕУ. Овакав исход референдума имао је последице на све европске политике, укључујући и унитарну патентну заштиту која у том тренутку још није почела да се примењује.¹⁶

Упркос Брегзиту, у априлу 2018. године УК је ратификовало СЈПС што је указивало на то да ће држава покушати да остане део пројекта.

11 Уговор о Европској унији (*Treaty on European Union*, ОЈ С 326, 26. 10. 2012), чл. 20 ст. 1 тач. 1.

12 УЕУ, чл. 20 ст. 2.

13 Јелена Ђеранић, „Законитост ближе сарадње у области унитарног патента – случај Шпанија и Италија против Савета“, *Правна ријеч*, бр. 37/2013, 111–126.

14 УЕУ, чл. 20 ст. 1 тач. 2.

15 Јелена Ђеранић, „Пресуда Европског суда правде у предмету Краљевина Шпанија против Савета – режим превођења патентних списа унитарног патента“, *Ревизија за европско право*, бр. 1/2016, 93–114.

16 Јелена Ђеранић, „Перспективе унитарне патентне заштите након Брексита“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2017, 275–289.

Међутим, већ 2020. године УК се изјаснило да ипак неће учествовати у унитарној патентној заштити. Будући да ЈПС примењује прописе ЕУ, учешће УК у систему ЈПС, након Брегзита, неспојиво је са независношћу судства УК у односу на Суд правде ЕУ. Стога се у јулу 2020. године УК повукло из СЈПС.

3. Уставне жалбе Уставном суду Немачке

Упркос Брегзиту, 2017. године чинило се да ће СЈПС ступити на снагу. Да би до тога дошло, потребно је било да га ратификује најмање тринаест држава чланица, укључујући Француску, Немачку и (након Брегзита) Италију.¹⁷ Немачка је била последња од три земље које су биле обавезне да ратификују Споразум и депонују инструменте о ратификацији како би СЈПС ступио на снагу. Међутим, непосредно након првог немачког покушаја ратификације, поднета је прва уставна жалба са аргументацијом да је немачки закон којим је потврђен СЈПС усвојен без потребног кворума у парламенту. Сходно томе, Савезни уставни суд затражио је од немачког савезног председника да не потпише тај акт. Након што је немачки парламент 26. новембра 2020. исправио грешку и потврдио Закон двотрећинском већином, ратификација је заустављена други пут. Наиме, поднете су две жалбе на Закон о ратификацији због повреде основних права. Савезни уставни суд је 23. јуна 2021. жалбе одбио уз аргументацију да њихови подносиоци нису успели да, у довољној мери, поткрепе тврдње о повреди основних права.

Најзад, 17. фебруара 2023. Немачка је ратификовала СЈПС и он је ступио на снагу 1. јуна 2023.

III Јединствени патентни суд

Споразум о Јединственом патентом суду потписале су 24 државе чланице ЕУ, изузев Шпаније, Хрватске и Пољске. У овом тренутку, ЈПС је специјализовани суд за седамнаест земаља, које су ратификовале Споразум и у перспективи 24 државе чланице ЕУ када ратификују СЈПС.

Будући да СЈПС садржи 89 чланова, представљање свих одредаба превазилази границе овог рада. Стога ће бити разморене само одредбе које се односе на структуру ЈПС и избор судија ЈПС, а које су интересантне у контексту изазова почетка примене СЈПС.

17 Предвиђено је да је неопходно да СЈПС ратификују оне државе чланице ЕУ које имају највише патентних пријава. Пресек је рађен 2012. године, и поред Француске, Немачке и УК, на четвртм месту је била Италија.

1. Структура Јединственог патентног суда

Јединствени патентни суд састоји се од Суда прве инстанце, Апелационог суда и Регистра.¹⁸ Децентрализовани Суд прве инстанце подељен је на одељења. У његовом саставу се налазе три различита типа одељења: локална, регионална и централно одељење.¹⁹

Државе потписнице Споразума дуго нису могле да се договоре у погледу седишта новог правосудног органа за решавање патентних спорова. Знано се да ће земља у којој буде успостављено седиште Суда, осим економске користи, уживати и углед у свету иновација.²⁰ Стога не изненађује да три велике економије ЕУ – Немачка, Француска и Уједињено Краљевство, више од пола године нису могле да се усагласе. Свака је лобирала да седиште буде на њеној територији, односно у Минхену, Паризу или Лондону.²¹

Најзад, 2012. године постигнут је компромис тако што је предвиђено да седиште централног одељења буде у Паризу, а тематске јединице у Лондону и Минхену.²² Апелациони суд је смештен у Луксембургу, као и Регистар, а Центар за обуку судија у Будимпешти, док су патентна арбитража и Центар за медијацију подељени између Лисабона и Љубљане. Будући да се Уједињено Краљевство определило за излазак из ЕУ, касније и повукло из Споразума, морало је доћи до прерасподеле седишта тематских јединица. Централна јединица остала је у Паризу, а тематске јединице распоређене су између Минхена и Милана.

Свака држава потписница СЈПС може да захтева успостављање локалног одељења коме се касније одређује седиште.²³ Држава може тражити највише четири локална одељења уколико има сто или више патентних парница годишње током три узастопне године.²⁴ За сада овај услов испуњава само Немачка.

Регионална одељења могу да се успоставе за две или више држава које заједнички одреде своје седиште, а суђења се могу одвијати на више локација. Већа регионалних одељења чине двоје судија из државе у којој је установљено регионално одељење и трећи из неке друге државе чланице.²⁵

18 СЈПС, чл. 6 ст. 1.

19 СЈПС, чл. 7 ст. 1.

20 Такав углед нпр. ужива Лондон у свету финансија или Силицијумска долина у области истраживања и развоја.

21 Ј. Теранић (2015а), 67–68.

22 СЈПС, чл. 7 ст. 2.

23 СЈПС, чл. 7 ст. 3.

24 СЈПС, чл. 7 ст. 4.

25 СЈПС, чл. 7 ст. 5.

Сва одељења Суда прве инстанце имају међународни састав и суде у већима која чине двоје судија.²⁶ Свако локално одељење у држави чланице потписници које, током периода од три године пре или после ступања на снагу СЈПС, има мање од 50 предмета годишње, заседа у већу које чине један правно квалификовани судија националности државе чланице у којој је успостављено локално одељење и двоје правно квалификованих судија из других држава чланица.²⁷ За локална одељења која имају више од педесет предмета годишње, предвиђено је да веће чине двоје националних и један страни судија.²⁸ Страни судија би требало да допринесе повећању ефикасности рада локалног одељења.

На захтев једне од страна, свако веће, локално или регионално одељење, може да тражи од председника Суда прве инстанце да му додели додатног технички квалификованог судију са квалификацијама и искуством у одговарајућој техничкој области. Такав захтев може да поднесе пошто је саслушало стране у поступку и проценило да је то прикладно.²⁹ Поред тога, могуће је да се стране сложе да о њиховом предмету суди један правно квалификовани судија по убрзаном поступку.³⁰

На основу СЈПС-а, адвокати који су овлашћени за представљање пред националним судовима држава чланица, потписница СЈПС-а, представљају стране у поступку пред ЈПС-ом.³¹ Алтернативно, стране у поступку могу представљати и правници који имају право да раде као професионални представници пред ЕЗП и поседују одговарајуће квалификације у патентним парницама.³²

Будући да је ЈПС успоставио јединствени процесни систем у Европи, обе категорије овлашћених представника похађаће обуке у вези са релевантним правилима поступка и патентним правом ЕУ.³³

2. Судије Јединственог патентног суда

Споразум предвиђа две категорије судија: правно квалификоване судије и технички квалификоване судије.³⁴ Судије морају бити

26 СЈПС, чл. 8 ст. 1.

27 СЈПС, чл. 8 ст. 2.

28 СЈПС, чл. 8 ст. 3.

29 СЈПС, чл. 8 ст. 5.

30 СЈПС, чл. 8 ст. 7.

31 СЈПС, чл. 48 ст. 1.

32 СЈПС, чл. 48. ст. 2.

33 F. Hartmann-Vareilles, 146.

34 Julia Zöchling, „Specialised patent judges and the interactions of patent law with other areas of law“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Im-*

држављани државе чланице потписнице СЈПС-а који испуњавају највише критеријуме за обављање судијске функције у својој земљи. Поред тога, судије морају имати искуства у области патентних парница и добро знаће бар једног од страних језика ЕЗП-а.³⁵

Правно квалификоване судије морају имати квалификације које се траже за обављање судијске функције у држави потписници Споразума.³⁶ Технички квалификоване судије морају имати универзитетску диплому и доказе о стручности у области технологије, као и доказе о познавању грађанског права и поступака релевантних за патентне парнице.³⁷

У погледу начина избора судија, кандидати подносе пријаве директно ЈПС-у. Саветодавни одбор ЈПС-а утврђује листу најпогоднијих кандидата за обављање судијске функције, а на основу те листе Управни одбор ЈПС-а именује судије.

Саветодавни одбор ЈПС-а чине патентне судије и стручњаци за патентно право и патентне парнице са највишим признатим квалификацијама.³⁸ Управни одбор састоји се од по једног представника из сваке државе потписнице СЈПС. Европска комисија присуствује састанцима Управног одбора, али само у својству посматрача.³⁹

IV Комплексност система унитарне патентне заштите

Неспорно је да је унитарна патентна заштита веома комплексна. На њену комплексност утиче пре свега постојање унитарног патента заједно са европским и националним патентима и асиметрија система решавања патентних спорова. Тиме се ствара вишеслојни систем патентне заштите у Европи. Подносилац захтева за патентну заштиту има слободу избора. Након што ЕПО, као међународна организација, призна европски патент (скуп националних патената), титулар патента може да захтева унитарно дејство, чиме добија унитарни патент који обезбеђује унитарну патентну заштиту у 25 држава чланица ЕУ.

provements and Alternatives (eds. Luc Desaunettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023, 347–356.

35 СЈПС, чл. 15 ст. 1.

36 СЈПС, чл. 15 ст. 2.

37 СЈПС, чл. 15 ст. 3.

38 СЈПС, чл. 14 ст. 1.

39 СЈПС, чл. 12 ст. 1.

1. Постојање унитарног патента заједно са европским и националним патентима

Заштита проналазака европским патентом са унитарним дејством (унитарним патентом) представља додатну могућност за титуларе патентата у ЕУ. Унитарни патент постоји заједно са европским и националним патентима, што Европу чини јединим регионом у свету који, поред националног, има још три нивоа патентне заштите проналазака.⁴⁰

Захваљујући овако конципираној унитарној патентној заштити, европски патентни пејзаж познаје четири категорије, тј. четири система патентне заштите, и то:⁴¹

- 1) Традиционални национални патент који признаје национални патентни завод и за који је надлежан национални суд;
- 2) Традиционални европски патент, који признаје ЕЗП, а који је изузет из надлежности ЈПС-а (*opt-out*),⁴² те су за европски патент, који заправо представља сноп националних патената, надлежни судови држава чланица у којима је признат;
- 3) Европски патент, који признаје ЕЗП и за који је надлежан ЈПС у државама чланицама које су ратификовале СЈПС;
- 4) Унитарни патент који признаје ЕЗП и за који је надлежан ЈПС, без могућности да буде изузет (*opt-out*) из његове надлежности.

Према томе, корисници имају могућност избора између ова четири система заштите. Штавише, могу се одредити и за комбинације различитих система. Овај принцип који корисницима омогућава да сами одаберу систем патентне заштите проналазака назива се принцип слободе избора или принцип добровољности (*principle of optionality*).

Сам СЈПС суду предвиђа надлежност ЈПС-а и за класични европски патент и за европски патент са унитарним дејством – унитарни патент. Могућност да и за класични европски патент буде надлежан

40 The Economist, The EU's unitary patent: Yes, ja, oui, no, no, 2012, доступно на адреси: <http://www.economist.com/news/business/21568436-after-40-years-trying-europe-has-unified-patent-system-sort-yes-ja-oui-no-no>, 12. 8. 2023.

41 Heinz Goddar, Konstantin Werner, „The lack of harmonization and consequently fragmentation in the patent field“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Improvements and Alternatives* (eds. Luc Desaunettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023, 206.

42 Marie Liens, Thomas Leconte, Stéphanie Rollin de Chambonas, „Practitioner's view on the on the UPC and opt-out“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Improvements and Alternatives* (eds. Luc Desaunettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023, 427–438.

ЈПС представља додатни квалитет за европски патент, у смислу да европски патент више није само резултат „рационализације поступка признања“.⁴³ Међутим, услед примене механизма ближе сарадње и одсуства хармонизације неких значајних аспеката патентне заштите, и даље у ЕУ није успостављено јединствено тржиште патената. Наиме, на класични европски патент и европски патент са унитарним дејством примењују се различити закони у вези са статусом патента као предмета својине. Осим тога, европски патент, за разлику од унитарног, може бити изузет из надлежности ЈПС.⁴⁴

2. Асиметричност система

Јединствени патентни суд је, у овом тренутку, специјализовани суд за седамнаест држава чланица и у перспективи 24 државе чланице; другим речима, још седам земаља је потписало, али није ратификовало СЈПС. Три државе чланице ЕУ, Шпанија, Пољска и Хрватска, одбиле су да учествују у систему ЈПС-а. Сама чињеница да су се три земље определиле да не учествују у овом систему доприноси асиметричности европског система за решавање патентних спорова.

Асиметричност ће посебно доћи до изражаја током прелазног периода. Јединствени патентни суд има искључиву надлежност за спорове који у вези са унитарним патентом и конкурентну надлежност са националним судовима за решавање спорова у вези са тзв. „класичним“ европским патентом у току прелазног периода од седам година (који се може продужити на четрнаест година). Након прелазног периода, ЈПС ће такође имати искључиву надлежност над европским патентима у државама чланицама ЕУ које учествују у систему ЈПС-а. Само ће национални патенти остати изван надлежности ЈПС. Током прелазног периода, титулари европских патената имају могућност да изузму (*opt-out*) свој патент из надлежности ЈПС, све до самог почетка поступка пред ЈПС. Међутим, када ЈПС покрене поступак по тужби, европски патент не може бити изузет из његове надлежности. Стога ће ЈПС своју надлежност за прве спорове о унитарном патенту заснивати превасходно на месној надлежности (*ratione loci*).⁴⁵

Упркос комплексности и вишеслојности патентног система у Европи, нова унитарна патентна заштита требало би да има низ предности. Успостављањем ефикасног форума за спровођење и оспоравање

43 Nina Machek, „How ‘Unitary’ is the Unitary Patent?“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 12. 8. 2023, 42.

44 *Ibid.*, 43.

45 F. Hartmann-Vareilles, 144.

патената у Европи, очекује се да ће ЈПС умањити број паралелних парница у различитим земљама, повећати правну сигурност кроз хармонизовану судску праксу у области повреде и признања патената, и обезбедити брже судске поступке.⁴⁶

V Унитарност заштите?

Један од основних мотива за увођење унитарног патента и ЈПС јесте фрагментација патентне заштите у Европи. Међутим, ни унитарни патентни пакет није успео да елиминише фрагментацију патентне заштите на европском континенту. Фрагментација се иначе испољава у два облика, као тзв. „материјална фрагментација“ и тзв. „територијална фрагментација“. Материјална фрагментација огледа се у томе да се у оквиру унитарне патентне заштите на исте или сличне првне ситуације примењују различите одредбе материјалног права. Територијална фрагментација подразумева да се у различитим државама чланица ЕУ на исте или сличне правне ситуације примењују различити прописи.

Начин на који је конципирано решавање патентних спорова СЈПС-ом може имати импликације на фрагментацију патентног пејзажа у Европи. Управо разматрањем материјалне и територијалне фрагментације, рад настоји да одговори на питање колико унитарни патент заправо оправдава назив „унитаран“?

1. Материјална фрагментација

Под материјалном фрагментацијом патентног система подразумева се да се у оквиру унитарне патентне заштите на исте или сличне правне ситуације примењују различите одредбе материјалног права. Она може бити последица постојања више нивоа, тј. више система патентне заштите у Европи, што имплицира могућност избора између њих и/или може бити последица упућивања у одређеним ситуацијама на национално законодавство држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи

а) Принципи слободе избора

Унитарни патент постоји заједно са националним и европским патентима, што Европу чини јединим регионом у свету који, поред националног, има још три нивоа патентне заштите проналазака. Захваљујући принципу слободе изборе или принципу добровољности (*principle of*

46 *Ibid.*, 144–145.

optionality), корисницима је омогућено да сами одаберу систем патентне заштите проналазака.

У погледу саме унитарности заштите, принцип слободе избора може да утиче на продубљивање фрагментације. Овај принцип *per se* нема негативну конотацију јер омогућава титулару патента да изабере систем који најбоље одговара његовим потребама и интересима. Међутим, друга страна медаље примене овог принципа је да се четири нивоа патентне заштите проналазака у Европи преклапају и имплицирају постојање паралелних прописа и судских надлежности. У том смислу веома је битно да се успостави однос сарадње између Суда правде ЕУ и Јединственог патентног суда, а у циљу хармонизације судске праксе. Уколико Суд правде ЕУ и ЈПС не нађу начин да проактивно консолидују различите нивое заштите, врло је вероватно да ће конфликти у тумачењу права довести до суштинске фрагментације, угрожавајући саму идеју унитарне патентне заштите.⁴⁷

б) Ујућивање на националне ѿройисе држава чланица ЕУ

Уредба о спровођењу ближе сарадње у области успостављања унитарне патентне заштите упућује на национално право држава чланица⁴⁸ у погледу неких веома значајних питања, као што су права ранијег корисника, промета имовинскоправних овлашћења која чине садржину унитарног патента и принудне лиценце.⁴⁹

Иако се већина критичара овако конципираног система унитарне патентне заштите сложила са тим да су нека упућивања на национално право неизбежна (нпр. у вези са прометом имовинскоправних овлашћења која чине садржину унитарног патента),⁵⁰ чини се да унитарни патентни пакет не обезбеђује минимум униформности и транспарентности

47 N. Machek, 59.

48 Johanna Östlund, „Impact on patent owners caused by use of national law in the Unified Patent Court“, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=9104504&fileId=9106948>, 15. 8. 2023.

49 Hanns Ullrich, „Patent Dependency under European and European Union Patent Law – A Regulatory Gap“, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 23–04/2023, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/patent-dependency-under-european-and-european-union-patent-law-a-regulatory-gap.html>, 15. 8. 2023, 1–56.

50 Reto Hilty, Thomas Jaeger, Matthias Lamping, Hans Ullrich, „The Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 12–12, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/the-unitary-patent-package-twelve-reasons-for-concern.html>, 15. 8. 2023, 2.

за учеснике на тржишту.⁵¹ Након свих компромиса, оно што је остало од раскошног пројекта успостављања јединственог система заштите проналазака у ЕУ, заправо је скромни патентни пакет који садржи само онолико права ЕУ да би се уопште могао сматрати патентом ЕУ. У погледу осталих питања, нови систем патентне заштите проналазака у ЕУ ослања се на међународно право и национална права.⁵² Такво решење ипак није оно што се очекивало, посебно у контексту растућег значаја преноса и лиценци, и с тим у вези потребе за транспарентношћу и једнаким приступом тржишту свих учесника, а у циљу повећања конкурентности Европе на светском тржишту.⁵³

2. Територијална фрагментација

Територијална фрагментација подразумева да се у различитим државама чланицама ЕУ, на исте или сличне правне ситуације, примењују различити прописи. Овај облик фрагментације узрокован је пре свега применом механизма ближе сарадње и тзв. *forum shopping*-ом.⁵⁴

а) Ближа сарадња

Утицај који ће територијална фрагментација, проузрокована применом механизма ближе сарадње, имати на унитарну природу унитарног патента тешко је предвидив. У овом тренутку, не зна се да ли ће ближа сарадња трајно онемогућити успостављање јединственог система заштите проналазака у ЕУ или ће, као привремени инструмент, мотивисати државе чланице, које се иницијално нису укључиле, да то учине. Државе чланице ЕУ које не учествују у ближој сарадњи немају право да утичу на доношење одлука у оквиру ближе сарадње. Аргумент немогућности утицаја на одлучивање може бити јак мотивациони фактор за те земље, што је својевремено потврђено на примеру Италије.⁵⁵

51 Јелена Ђеранић, „Примена националних прописа држава чланица ЕУ у оквиру система унитарне патентне заштите“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015, 73–87.

52 Hanns Ullrich, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 2012–03, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/de/publikationen/details/harmonizing-patent-law-the-untameable-union-patent.html>, 15. 8. 2023, 25.

53 *Ibid.*, 37 fn. 123.

54 Ј. Ђеранић (2015а), 129.

55 *Ibid.*, 149.

б) *Forum shopping*

Пракса тзв. *forum shopping*-а појављује се када тужилац има могућност избора суда пред којим ће покренути поступак. Наравно, он се опредељује за онај суд, који по својим карактеристикама и начину рада најбоље одговара специфичностима његовог случаја.⁵⁶

Управо због принципа слободе избора (*principle of optionality*), постоји опасност од пролиферације судова, у смислу да се не зна који ће суд бити надлежан да тумачи и примењује патентно право у Европи. Међутим, у јавној расправи се занемарује чињеница да оваква пракса већ постоји у оквиру постојећег система заштите, не само на међународном нивоу, већ и на националним нивоима.⁵⁷ Искуства указују на то да *forum shopping* нема нужно негативне последице. Напротив, примена института *forum shopping*-а, омогућава тужиоцима да најбоље заштите своје интересе, а мотивише судове да покажу највиши квалитет у раду како би остали конкурентни.

Наравно, могуће је да пракса избора система патентне заштите и *forum shopping*-а ослаби развој хомогеног патентног права у Европи.⁵⁸ Међутим, у овом стадијуму, када је СЈПС тек ступио на снагу, нема довољно елемената да се о томе дају оцене. Остаје да се претпостави да ће ЈПС у сваком појединачном предмету узимати у обзир све релевантне факторе и пажљиво балансирати интересе када врши своје дискреционо право. Осим тога, Апелациони суд може деловати као регулаторна власт.⁵⁹

VI Завршне напомене

Пројекат успостављања унитарне патентне заштите остаће запамћен и по великом расколу између академских кругова и политичких елита. Стиче се утисак да су се припадници академског миљеа утркивали у томе ко ће сликовитије, наравно увек у негативном контексту, дочарати унитарни патент. Називали су га „сумњивом сенком оригиналног плана“,⁶⁰ „монструозним“,⁶¹ „неукротивим ство-

56 M. Liens, T. Leconte, S. Rollin de Chambonas, 331–332.

57 *Forum shopping* одавно постоји у Немачкој као земљи која има највећи број патентних парница у Европи.

58 N. Machek, 61.

59 *Ibid.*, 50.

60 Thomas Jaeger, „What’s in the Unitary Patent Package?“, *Max Plank Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 14–08, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/whats-in-the-unitary-patent-package.html>, 15. 8. 2023, 8.

61 H. Ullrich (2012), 5.

рењем са бројним пипцима“,⁶² „ванбрачним дететом патента Уније“.⁶³

Очигледно је да унитарни патент донекле заостаје у односу на оно што његово име обећава. Ипак, овај систем требало би да има низ предности, које се огледају у смањењу броја паралелних спорова у различитим земљама, унапређењу правне сигурности кроз хармонизовану судску праксу, обезбеђењу бржих судских поступака и смањењу трошкова за титуларе патента захваљујући једној релативно ниској накнади за обнављање и уштеде у трошковима превођења. Наравно, све то би требало да допринесе повећању конкурентности ЕУ на светском тржишту.

У овом тренутку, неколико недеља након што је СЈПС суду ступио на снагу, преурањено је дати коначни суд о томе да ли ће нови систем обезбедити ефикаснију и јефтинију заштиту. Чини се да унитарна патентна заштита, заједно са новим системом решавања патентних спорова, јесте напредак у односу на постојеће стање или му бар представља озбиљну алтернативу. А време ће најбоље показати да ли овако конципирана заштита може да одговори на потребе корисника у Европи.

Коришћена литература

Goddard Heinz, Werner Konstantin, „The lack of harmonization and consequently fragmentation in the patent field“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Improvements and Alternatives* (eds. Luc Desautettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023.

Enrico Bonadio, „The EU Embraces Enhanced Cooperation In Patent Matters: Towards A Unitary Patent Protection System“, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 2, Nr. 3/2011.

Zöchling Julia, „Specialised patent judges and the interactions of patent law with other areas of law“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Improvements and Alternatives* (eds. Luc Desautettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023.

Jaeger Thomas, „What’s in the Unitary Patent Package?“, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 14–08, доступно

62 *Ibid.*

63 Hanns Ullrich, „Select from Within The System: The European Patent With Unitary Effect“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 12–11, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/select-from-within-the-system-the-european-patent-with-unitary-effect.html>, 15. 8. 2023, 5.

- на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/whats-in-the-unitary-patent-package.html>, 15. 8. 2023.
- Liens Marie, Leconte Thomas, Rollin de Chambonas Stéphanie, „Practitioner’s view on the on the UPC and opt-out“, *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court Problems, Possible Improvements and Alternatives* (eds. Luc Desautettes-Barbero, Fernand de Visscher, Alain Strowel, Vincent Cassiers), Ledizioni, Milano, 2023.
- Марковић Слободан С., Поповић Душан В., *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013. (Marković Slobodan S., Popović Dušan V., *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013)
- Machek Nina, „How ‘Unitary’ is the Unitary Patent?“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407357, 12. 8. 2023.
- Östlund Johanna, „Impact on patent owners caused by use of national law in the Unified Patent Court“, доступно на адреси: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=9104504&fileOid=9106948>, 15. 8. 2023.
- Plomer Aurora, „A Unitary Patent for a (Dis)United Europe: The Long Shadow of History“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 46, Nr. 5/2015.
- Stierle Martin „The Rise of the Unified Patent Court: A New Era“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 54, Nr. 5/2023.
- Теранић Јелена, „Законитост ближе сарадње у области унитарног патента – случај Шпанија и Италија против Савета“, *Правна ријеч*, бр. 37/2013. (Ćeranić Jelena, „Zakonitost bliže saradnje u oblasti unitarnog patenta – slučaj Španija i Italija protiv Saveta“, *Pravna riječ*, br. 37/2013)
- Теранић Јелена, *Унитарни патенти*, Институт за упоредно право – Правни факултет Универзитета у Бањалуци, Београд, 2015. (цитирано као Ј. Теранић [2015a]) (Ćeranić Jelena, *Unitarni patent*, Institut za uporedno pravo – Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, Beograd, 2015. (citirano kao J. Ćeranić [2015a]))
- Теранић Јелена, „Примена националних прописа држава чланица ЕУ у оквиру система унитарне патентне заштите“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015. (цитирано као Ј. Теранић [2015b]) (Ćeranić Jelena, „Primena nacionalnih propisa država članica EU u okviru sistema unitarne patentne zaštite“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2015. (citirano kao J. Ćeranić [2015b]))

- Ђеранић Јелена, „Пресуда Европског суда правде у предмету Краљевина Шпанија против Савета – режим превођења патентних списа унитарног патента“, *Ревивија за евројско љраво*, бр. 1/2016. (Ѕеранић Јелена, „Presuda Evropskog suda pravde u predmetu Kraljevina Španija protiv Saveta – režim prevođenja patentnih spisa unitarnog patenta“, *Revija za evropsko pravo*, br. 1/2016)
- Ђеранић Јелена, „Перспективе унитарне патентне заштите након Брек-сита“, *Право и љривреда*, бр. 7–9/2017. (Ѕеранић Јелена, „Perspektive unitarne patentne zaštite nakon Breksita“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2017)
- Ullrich Hanns, „Harmonizing Patent Law: The Untamable Union Patent“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 2012–03, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/de/publikationen/details/harmonizing-patent-law-the-untameable-union-patent.html>, 15. 8. 2023.
- Ullrich Hanns, „Patent Dependency under European and European Union Patent Law – A Regulatory Gap“, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 23–04/2023, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/patent-dependency-under-european-and-european-union-patent-law-a-regulatory-gap.html>, 15. 8. 2023.
- Ullrich Hanns, „Select from Within The System: The European Patent With Unitary Effect“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 12–11, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/select-from-within-the-system-the-european-patent-with-unitary-effect.html>, 15. 8. 2023. (ци-тирано као Н. Ullrich [2012a])
- Hartmann-Vareilles Florence, „The Unitary Patent System: what is this light at the end of the tunnel?“, *ERA Forum*, Vol. 23, Nr. 2/2022.
- Hilty Reto, Jaeger Thomas, Lamping Matthias, Ullrich Hans, „The Unitary Patent Package: Twelve reasons for concern“, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, No. 12–12, доступно на адреси: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/the-unitary-patent-package-twelve-reasons-for-concern.html>, 15. 8. 2023.

Jelena ČERANIĆ PERIŠIĆ, PhD

Professor, Principal Research Fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

CHALLENGES OF UNITARY PATENT PROTECTION – THE BEGINNING OF IMPLEMENTATION OF THE AGREEMENT ON A UNIFIED PATENT COURT

Summary

On June 1, 2023, the Agreement on the Unified Patent Court (UPC) entered into force. The Agreement was signed ten years ago, and the work on unified patent protection began more than a half century ago. Therefore, the beginning of implementation of the Agreement is compared to the light at the end of the tunnel. It remains to be seen how long the tunnel is and what is that light. The paper seeks to shed light on the beginning of the implementation of the Agreement and its challenges. First, the reasons for delaying its entry into force are discussed. Then the structure of the UPC and the appointment of judges are presented. Thereafter, the complexity of the unitary patent protection is analyzed. Finally, the unitary nature of the protection is considered in order to examine whether the unitary patent protection contributes to reducing the fragmentation of the European patent landscape.

Key words: *Unitary Patent. – Agreement on a Unified Patent Court. – European Patent. – Patent Disputes. – European Union.*

Датум пријема рада: 20. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 9. 2023.

УДК: 336.717.4

CERIF: S 130, S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23304A

др **Свeйислав ЈАНКОВИЋ***

ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРАВНА (НЕ)ОСНОВАНОСТ НАКНАДЕ ЗА ОДРЖАВАЊЕ БАНКАРСКОГ ТЕКУЋЕГ РАЧУНА**

Сажетак

У раду се разматра питање основаности банчиној права на накнаду основних трошкова у погледу текуће рачуна попут накнаде за одржавање и провизије по извршеној илајвној трансакцији. Иако на први поглед делује несјорно да банка ипаква права има, након увида у праву и правну природу текуће рачуна, долази се до закључка да банка има условно право на најлапју ипаквих појраживања. У случају Net и M-banking-a чини се праведним да банка не би требало да има право на провизију за извршену трансакцију из разлоја шпо клијент самостално, својом радњом и упојребом свој рачунарској уређаја испуњава и сироводи налој за илаћање.

У погледу накнаде за одржавање рачуна, било би праведно да банчино право на накнаду буде уравнојежено са клијентовим правом на пасивну камату. У раду се дејтално разматрају појам и правна природа банкарској текуће рачуна сирам законодавства, праксе и теорије.

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

** Рад је настао као резултат истраживања на пројекту *Савремени проблеми правној система Србије за 2023. годину* чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Кључне речи: Банкарски њекући рачун. – *M-Banking*. – Провизија. – Накнада за одржавање рачуна.

I Уочавање проблема

Основна хипотеза, односно тврдња која се износи јесте правна неоснованост накнаде коју корисник текућег рачуна плаћа банци у циљу његовог „одржавања“ (шта год одржавање као радња значило).¹ И не само то, тврдња о правној неоснованости такве накнаде се шири и на банчину провизију коју наплаћује кориснику текућег рачуна када врши плаћања са средстава које представљају салдо текућег рачуна. Потоње описана правна неоснованост може се ближе представити као правна недоследност једног концепта какав је банкарски систем, а састоји се у наплати провизије за извршени пренос новчаних средстава са текућег рачуна и у неплаћању кориснику тзв. пасивне каматне стопе на позитивни салдо који има на рачуну.²

Тежња пословне банка да наплати кориснику накнаду за одржавање текућег рачуна се састоји у томе да она из збира таквих накнада (наплаћених за све рачуне које води) финансира своје текуће пословање у виду исплата зарада службеницима, одржавање софтверског система, те одржавање пословних просторија и плаћања закупнине за њих.³ На

1 Објашњење: Израз одржавање (у енглеском говорном подручју одређен као *maintenance*, а отуда и банкарска провизија у том симслу као *maintenance fee*) текућег рачуна је у исто време и смислен, и бесмислен. Са једне стране, указује на банчину радњу (уједно и обавезу) трајног чувања података о стању и променама на корисниковом рачуну која подразумева не толико активну банкарску радњу, колико само рачунарску, односно тежњу да рачунарски програм који је посвећен чувању и управљању података о текућим рачунима буде функционалан и сачуван. Са друге стране банка нема активну обавезу да нешто „држи“, „одржава“, нити она, у ту сврху, прегледа и фактички мотри на податке на текућем рачуну, већ они остају похрањени у рачунарском програму који је за ту сврху створен и као такви ће остати потпуни, нетакнути, чак и да банка не предузме ни једну радњу према њима (у смислу провере, прегледа, прављења извода са рачуна итд.).

2 Банкарски систем, односно идеја зараде у банкарској делатности почива на три врсте основних банкарских послова – депозитним, кредитним и услужним. Банка остварује зараду када постоји позитивна разлика између камате коју јој плаћају клијенти на дате им кредите и камате коју она плаћа клијентима на претходно јој дате депозите (који, заправо, представљају основу за будуће кредите).

3 Потребно је имати у виду да у Републици Србији, према процени Народне банке Србије (за 2020. годину) постоји нешто више од 10 милиона платних (претежно банкарских текућих) рачуна. Ако се узме у обзир само најмањи износ накнаде за одржавање текућег рачуна који варира у износу од 1 до 2 евра (без пратећих услуга), онда се долази до податка да пословне банке у Републици Србији, за само

тај начин, банка покушава да оправда и учини основаним терет на рачун клијента представљајући да се чини дба одржавања текућег рачуна састоји, управо, од рада банчаних службеника, рачунарског програма у коме су уписани подаци текућих рачуна, те пословних просторија. Тачније, таква банчина инфраструктура представља својеврсну претпоставку отварању и вођењу текућег рачуна, јер би у одсуству тога било немогуће уписивати и руковати са подацима који се тичу таквог рачуна.

Међутим, ако би се такво становиште доследно и до краја спровело, онда би се дошло до закључка да су банке повлашћене у односу на друге привредне субјекте, јер им се „дугује“ накнада од стране клијената за њихово основно пословање, а што је истоветно трошковима основног пословања других привредних субјеката попут обављања телефонских разговора, рачунарске опреме, закупа пословних просторија, зарада запослених лица итд. Штавише, ако би други привредни субјекти имали истоветно право на накнаду као што имају банке, онда би и они могли да својим сталним, дугорочним клијентима наплаћују накнаду само зато што су им клијенти, иако им не пружају ни једну конкретну услугу. Тачније, могли би да правно заснују своје право на накнаду на чињеници да је таква накнада неопходна управо за инфраструктуру њиховог пословања која је претпоставка пружања сваке будуће услуге њиховим клијентима. Отуда, могло би се неправилно закључити да је таква накнада неопходна за њихово пословање на исти начин као што је и за банке та, почетна накнада, без непосредне противчинидбе, неопходна.

Најзад, у 21. веку постаје свеприсутније самостално обављање трансакција од стране корисника текућег рачуна путем банчиног рачунарског програма познатијег као *Net-banking* и *M-banking* (у зависности да ли се рачуном руководи путем рачунара или мобилног вишефункционалног телефона).⁴ Корисник, са својом шифром самостално приступа наведеном рачунарском програму и у зависности од избора рукује

један месец, за одржавање рачуна (које не подразумева активну банчину радњу) приходују између 10 и 20 милиона евра. Када се тај износ подели са укупним бројем банака у Србији (њих је тренутно 20), долази се до закључка (ако је равномерно распоређен број текућих рачуна међу банкама) да свака банка по основу одржавања текућег рачуна приходује милион евра месечно. Подаци доступни на адреси: <https://www.nbs.rs/sr/scripts/showcontent/index.html?id=16276&konverzija=no>, 15. 8. 2023. Поставља се питање, које је у оквиру хипотезе овог рада, да ли је заиста банчин трошак на одржавању текућих рачуна грађана и привреде толики, односно сразмеран приходу од по милион евра по банци месечно, односно 12 милиона евра по банци годишње?

4 Више о појму електронског банкарства и електронског новца вид. Stefan Dzaja, *Legal aspects of internet banking related to international business transactions*, GRIN Verlag, Norderstedt, 2005, 3 и даље.

новчаним средствима на свом рачуну (плаћање, пренос средстава, мењачница валута, изводи стања итд.).⁵ Чини се да за такве, самосталне операције од стране корисника (када на сопственом уређају располаже са средствима и могућностима са свог рачуна) нема места наплати банкарске накнаде за одржавање рачуна. Утолико пре је неоправдано да банка зарачунава провизију за пружену услугу преноса новца, јер у таквој трансакцији, осим почетно успостављеног програма за такве трансакције, не учествује ни на један други начин.

Да би се извели правилни закључци поводом постављене хипотезе, неопходно је размотрити банкарски текући рачун из два угла. Прво, потребно је приспитати традиционални правни појам текућег рачуна и његов однос са сличним/различитим рачунима, попут новчаног депозита и улога на штедњу. И друго, потребно је традиционално схватање текућег рачуна ускладити са савременим могућностима попут *Net-banking* и *M-banking* у којима корисник рачуна самостално располаже са средствима на њему вршећи радње које су, у традиционалној, дотадашњој концепцији, вршене од стране банкарских службеника.⁶

II Банкарски текући рачун

1. Појам

Банкарски текући рачун представља правни посао на основу кога се банка обавезује да врши плаћања (у границама расположивих средстава и одобреног кредита) и прима уплате за рачун клијента, а клијент јој се обавезује да плати одређену накнаду.⁷ Такво правно одређење

5 О идентификацији, тачније утврђивању идентитета корисника у електронском банкарству, вид. Chris Reed, Ian Walden, Laura Edgar, *Cross-Border Electronic Banking*, 2nd edition, Informa Law, New York, 2000, 145.

6 Управо је таквој самосталности и, уопште, установљавању могућности да корисник сопственим радњама и оперативно располаже допринео интернет, стварајући првобитно „интернет банкарство“. Више о настанку и развоју интернет банкарства вид. Joachim Häcker, *Internet-Banking, Gestaltungsformen, Rechtsfrage, Sicherheitsaspekte*, Springer, Wiesbaden, 1998, 40 и даље.

7 Банкарски текући рачун је потекао из своје основе, текућег рачуна који, иако у конкретном правном послу има историјски значај, постоји и даље као савремени облик обрачунавања између држава превасходно, али и привредних субјеката. Традиционално, текући рачун је био начин обрачуна између два привредна субјекта који је подразумевао да се на кроз две колоне (у табели) уписују међусобна дуговања за дате робе и пружене услуге и да се након одређеног периода врши коначни обрачун (преко правне радње пребијања) путем којег би требало да се на крају одреди један од два субјекта који има дуг. Тај дуг је, заправо, био салдо, у зависности од угла посматрања позитивни (из угла привредника повериоца) или негативни (из угла привредника дужника). Такав облик текућег рачуна је

банкарског текућег рачуна представља најопштији увид у његову суштину која се састоји у банчиним радњама поступања по клијентовим налозима (било да су они усмерени на повећање или смањење новчаних средстава која, у ужем смислу, и представљају фонд текућег рачуна, односно рачун као такав).⁸

олакшавао и убрзавао трговину између привредника посебно из разлога што се коначни биланс потраживања и дуговања израчунавао периодично (на годишњем или полугодишњем пресеку). Супротно, банкарски текући рачун који је настао на приципу описаног текућег рачуна представља однос обрачуна клијента и банке у међусобним дуговањима. При томе, у односу на класични текући рачун постоје две разлике. Прво, банкарски текући рачун није однос између два привредника који служи само обрачуна међусобних дуговања, већ однос банке и клијента у коме банка поступа по клијентовим налозима који за свој предмет имају новац одређен у салду. Друго, позитивни салдо у банкарском текућем рачуну је „моментално расположив“ (правно тачније, дугован од стране банке), што значи да се не чека протек одређеног периода за обрачун између клијента и банке, већ се, практично, истог тренутка по обављеном банкарском налогу може располагати са оним средствима која постоје на рачуну са кога је извршен прилив или одлив средстава. Више о томе вид. Ronald Kandelhard, „Kontokorrent“, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht* (Hrsg. Peter Derleder, Kai-Oliver Knops, Heinz Georg Bemberger), Zweite Auflage, Springer, Berlin, 2009, 1150–1151; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999, 599–600; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 389–390; Стеван Шогоров, *Банкарско право*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009, 161; Jože Mencinger, „The ‘Addiction’ with FDI and Current Account Balance“, *ICER Working Paper*, No. 16/2008, доступно на адреси: <https://www.bemservizi.unito.it/repec/icer/wp2008/ICERwp16-08.pdf>, 15. 8. 2023, 4; Malcolm Knight, Fabio Scacciavilliani, „Current Accounts: What is Their Relevance for Economic Policymaking?“, *IMF Working Paper*, No. 98/71, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882350, 15. 8. 2023, 5 и даље. О појму класичног текућег рачуна доступно на страници: <https://www.investopedia.com/terms/c/currentaccount.asp>, 12. 8. 2023; Nicholas Ryder, Margaret Griffith, Lachmi Singh, *Commercial Law – principles and policies*, Cambridge University Press, New York, 2012, 446.

- 8 Чини се да су у српској правној терминологији изједначени банкарски текући рачун и платни рачун, свдећи на тај начин, практично, све платне рачуне на банкарске текуће рачуне. Међутим, такву уједначеност је потребно узети само условно, јер заиста неретко и редовно долази да преклапања та два рачуна, али им суштина ипак није иста. Платни рачун (делује да је израз преузет из немачке правне терминологије – нем. *Zahlungskonto*) представља рачун који се употребљава за извршење платних трансакција. Истоветну улогу може имати (и редовно има) и банкарски текући рачун, с том разликом што је могућност садржине правних односа банке и клијента шири на начин да се кроз банкарски текући рачун може клијенту одобрити и кредит (тзв. негативни салдо). Углавном, платни рачун се своди на услужну природу банкарске услуге, док банкарски текући рачун поред такве природе може да се прошири и на депозитну и кредитну. Упор. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл 1054 и Закон о платним услугама, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014 и 44/2018, чл. 2 ст. 1 тач. 3. Платни рачун је свеобухватнији у

Банкарски текући рачун се може уже појмовно одредити кроз економско и правно разматрање односа банке и њеног клијента. Економски посматрано, банкарски текући рачун представља својеврсно складиште (оставу, резервоар) клијентовог новца.⁹ Ниво новца у складишту се може смањивати и повећавати само на основу банчине радње коју клијент активира својим налозима упућеним банци. Тако, примањем уплата на рачун, ниво „ускладиштеног“ новца на банкарском текућем рачуну се повећава и, супротно, исплаћивањем новца се ниво у „резервоару“ смањује.¹⁰

Из правног угла посматрано, банкарски текући рачун представља низ појединачних правних односа банке и њеног клијента који су засновани на поверилачко-дужничком принципу. То је најочљивије у случају тзв. салда, односно износа расположивог новца на банкарском текућем рачуну који представља обавезу банке према клијенту. Дакле, такав позитивни салдо који, економски, представља новчана средства, правно је одређен не као клијентов новац, већ као банчин новац, а поводом кога (тачније, поводом износа који је представљен као салдо) банка има обавезу исплате клијенту.¹¹ Клијент поводом такве банчине обавезе има наспрамно право да тражи такав новац, у салду представљен, а што чини кроз различите банкарске инструменте који сви имају заједнички именуатељ у налогу који даје банци. Такав налог може бити упрошћен у мери да клијент жели да подигне (тачније да му банка исплати) новац из банчине службене просторије или банкомата, а може бити и сложенији,

појмовном одређењу, па поред банкарског текућег рачуна може да се односи и на жиро рачун, али и на различите врсте депозитних рачуна са којих се могу вршити плаћања. Вид. Martin Kruger, Thomas Tonner, *Bankrecht*, Nomos, Berlin, 2022, 115, 126.

9 E. P. Elinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Modern Banking Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 182–183.

10 За разлику од жиро рачуна, као подврсте платног, текућег рачуна, а са кога корисник може да располаже са новчаним средствима само док је салдо позитиван, то јест док има новца у том „резервоару“, у случају банкарског текућег рачуна је могуће да корисник располаже и са позајмљеним средствима, односно да буде кредитиран од стране банке, стварајући тако тзв. негативни салдо. Вид. Hans-Michael Krepold, Sandra Fischbeck, *Bankrecht*, Vahlen Verlag, München, 2011, 2–5.

11 Да је новац који представља салдо на банкарском текућем рачуну банчин, а не клијентов потврђује и ситуација стечаја банке, када тај новац улази у банчину стечајну масу, а клијент као необезбеђени поверилац (за износе преко 50 хиљада евра који нису осигурани посебним уговором) стаје у ред са осталим необезбеђеним повериоцима у нади да ће се из стечајне масе можда делимично намирити. Дакле, клијент нема тзв. излучно право које је својствено имаоцима својинског права према стварима које су се затекле у банчиној државини у тренутку отварања стечајног поступка. Вид. Светислав Јанковић, „Чији је, заправо, салдо на банкарском текућем рачуну“, *Правни животи*, бр. 3/2013, 634 и даље.

кроз одређени сложенији инструмент, попут чека, менице, акредитива, или уопште платног промета.¹²

Најзад, при појмовном и правном одређивању банкарског текућег рачуна, пословна пракса је да банка наплаћује клијенту најмање две врсте накнада – ону за одржавање самог рачуна и ону за клијентово располагање са новцем (провизију), а неретко, у случају сложенијих банкарских инструмената и додатну накнаду за банчине ванредне трошкове, каква је она која се плаћа код банкарског документарног акредитива. Супротно, банка према општој пословној пракси не плаћа клијенту камату на позитивни салдо, без обзира на време које је као такав остао позитиван, недирнут и када је, у суштини, више од користи банци (кроз могућности кредитних пласмана), него клијенту. Како би се схватила суштина односа који постоје или би требало да постоје између банке и клијента, неопходно је одредити правну природу банкарског текућег рачуна.

2. Правна природа

а) Уопштено

Уопштено посматрано, одредити правну природу неке установе значи пронаћи јој што више сличности са установом која је општија, раније настала и дуже у пракси примењивана. Циљ проналаска везе са општијом, старијом и дуже у примени установом се налази у обезбеђивању допуњујућег, резервног сета правила за случај да посебна правила установе којој се одређује правна природа постану недостатна за одређену ситуацију.

Међутим, потреба за одређивањем правне природе у овом случају није само традиционалног типа, односно да се пронађу сличне установе грађанског права као својеврсне претече банкарског текућег рачуна, а како би се у евентуалној недостатности посебних правила могла да попуни правна празнина. Циљ трагања за правном природом у овом случају јесте боље схватање банкарског текућег рачуна у смислу почетног одређивања и позиционирања клијента и банке у правном односу какав произлази закључењем уговора о таквом типу рачуна.

Правна природа уговора о банкарском текућем рачуну се може одредити имајући у виду основно разврставање банкарских послова на депозитне, кредитне и услужне. Истовремено, и шире посматрано, правна природа овог посла се може одредити и спрам агенцијског односа

12 Jamie Darin Prenkert, A. James Barnes, Joshua E. Perry, Todd Haugh, Abbey R. Stemler, *Business Law*, 18th edition, McGraw Hill Education, New York, 2021, 20–34.

банке према клијенту и сврставања у неки од већ правно уређених полова какво је заступање или комисион.¹³

б) Дeyозиyна yрyрода рачуна

Одређивање банкарског текућег рачуна као депозитног посла подразумева увођење структуре односа који су својствени депозитном послу и видљиви по смеру односа банке према кориснику текућег рачуна. Смер је дужнички управљен на начин да банка представља дужника клијенту за новчана средства која представљају салдо на рачуну.¹⁴ Стога, клијент је поверилац према банци за конкретан салдо који је банка дужна да му исплати на неки од правно могућих начина (исплатом готовине, кроз задужење рачуна, чеком, меницом, акредитивом итд.).¹⁵ Чини се да такву одређеност према банкарском текућем рачуну има постојеће српско право изражено у Закону о облигационим односима, тако што банчиног уговорника у том послу одређује као депонента што је, само по себи, довољно да се закључи да је такав посао, у основи, депозитан.¹⁶ Суштина таквог одређивања се састоји у томе да клијент,

- 13 У својој основи, банкарски текући рачун претпоставља уговорни однос између банке и њеног клијента одређен на дужничко-поверилачкој равни спрам новца који је представљен у салду таквог рачуна. У зависности да ли је салдо позитиван или негативан опредељена је и улога банке према клијенту (дужнички положај у случају позитивног, а поверилачки у случају негативног салда). Вид. Len S. Sealy, Richard J. A. Hooley, *Commercial Law – text, cases and materials*, 4th edition, Oxford University Press, New York, 2009, 615.
- 14 Ross Cranston, Emiliios Avgouleas, Kristin van Zwieten, Christopher Hare, Theodor van Sante, *Principles of Banking Law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2017, 220 и даље.
- 15 Сматра се да тренутком предаје новца од стране клијента банци (било да је у питању лична предаја, или уплата за клијента), новац постаје „власништво“ банке поводом кога банка може да поступа по нахођењу, а истовремено, услед депозитности посла, има обавезу повраћаја (додуше, моменталну) према свом клијенту. Вид. N. Ryder, M. Griffith, L. Singh, 444.
- 16 ЗОО, чл. 1054, 1055 и 1057. Међутим, српски (и некадашњи југословенски) ЗОО унеколико на збуњујући начин уређује природу поменутог банкарског текућег рачуна, јер се првобитни уговорник банке одређује као *дейоненит* у члановима 1054, 1055 и 1057 српског ЗОО, односно у члановима 1009, 1010 и 1012 хрватског ЗОО (одређујући депонента истозначним изразом *položitelj*). Затим се одређује и као *корисник* (чланови 1056 и 1057 српског ЗОО и члан 1011 хрватског ЗОО) и најзад, као *клијент* (члан 1060 српског ЗОО). Додуше, хрватски преводиоци ЗОО су уместо израза клијент употребили израз *suigovaratelj* (срп. саговорник) указујући да је корисник текућег рачуна друга уговорна страна из тог банкарског посла (члан 1015 хрватског ЗОО). Упор. *Zakon o obveznim odnosima – hrvatski ZOO, Narodne novine*, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, 114/22 и 156/22, чл. 1007–1015. Тако, у распону од само девет чланова ЗОО који уређују банкарски текући рачун, банчин саговорник се одређује као корисник, клијент и депонент, а што додатно ствара

корисник текућег рачуна, у свом правном положају представља депонента који оставља новац банци, а банка депозитара, односно лице коме је новац остављен. При томе, у питању је тзв. неправи депозит (лат. *depositum irregulare*) у коме је депозитар, односно банка у овом случају, овлашћена да користи депонована средства, а у обавези је да врати депоненту само исту количину (питање је да ли и исте каквоће, тачније вредности када је у питању новац као предмет депозита) тих средстава. То јој омогућава да врши своју кредитну улогу на тржишту новца и да на тај начин остварује зараду, не угрожавајући клијентов интерес за промтним исплатама, односно другим банкарским трансакцијама.¹⁷

Међутим, одређивање природе банкарског текућег рачуна као депозитног није доследно и коначно, јер банка као депозитар не дугује клијенту накнаду, тачније пасивну каматну стопу на депонована средства, а што је иначе један од основних, битних састојака сваког депозитног банкарског посла.¹⁸ Штавише, банка не само да не дугује такву накнаду, већ себи самостално, наметљиво даје за право да наплаћује накнаду за одржавање таквог рачуна, као и накнаду приликом обављања било какве трансакције са салдом са тог рачуна (провизија). Тако се, постепено, од депозитне природе посла прелази у услужну природу банкарског текућег рачуна.

забуњу у погледу правне природе тог посла јер је она у тих девет чланова и кредитна, и депозитна, и услужна.

- 17 Неспорно је да депонован, банчин новац не представља једини извор за кредитне пласмане, већ је банка у обавези да нарочито води рачуна о равнотежном начину употребљавања новца, односно да не уђе у положај да превише „позајмљује“ новац, а да истовремено не може да га врати депонентима. Отуда низ строгих правила у тзв. Базелским споразумима, али и познати принцип уравнотежене покривености кредитних пласмана кроз банчину способност да врати депонентима новац (енг. *Liquidity Coverage Ratio – LCR*). Вид. R. Cranston *et al.*, 57.
- 18 Депозитни банкарски рачуни се најчешће одређују као они који са собом повлаче, носе, дају камату клијенту (енг. *interest-bearing accounts*), а што представља једну од основних сврха приступања таквом рачуну. У зависности од врсте депозитног рачуна износ камате је виши или нижи. Тако, у случају ороченог депозита (енг. *fixed deposit*) камата је највиша, јер је у периоду орочености клијент онемогућен да користи средства са рачуна, док је банка овлашћена да их употребљава кроз кредитне пласмане и тако зарађује на њима. Супротно, код неорочених депозита пасивна камата је мања, а нарочито је мала (иако теоријски треба да постоји и таква) код банкарског текућег рачуна када се креће неретко и испод једног процента (најчешће 0,5% и ниже). Отуда изненађује српска банкарска пракса у којој се, чак ни на нивоу теорије и минималне каматне стопе, не дугује депоненту из банкарског текућег рачуна одређена пасивна камата. Супротно, у *common-law* системима постоји обавеза банке, макар и у теорији, да се депоненту текућег рачуна дугује одређена пасивна камата. Вид. E. P. Elinger, E. Lomnicka, R. Hooley, 304; Michael Collins, *Money and Banking in the UK – A History*, Routledge, Abington, 2012, 427–428.

в) Услужна природа рачуна

Услужна природа подразумева да се банка не налази ни у положају дужника (како је код депозитних), ни у положају повериоца (како је код кредитних послова) поводом новца који представља салдо, већ се налази само у положају лица које је обавезно да изврши одређену услугу пријема, односно преноса новчаних средстава и њиховог књижења.¹⁹ Имајући у виду да банка не дугује одређену количину новца клијенту, већ само одређену услугу са тим новцем, јасно је да она има право да за своју извршену услугу клијенту наплати накнаду (провизију за пренос средстава, на пример). Но, видеће се доцније у раду да није оправдано да банка наплаћује такву накнаду за пренос средстава ако није непосредно учествовала у тој радњи, већ је клијент самостално, кроз алгоритам тзв. *Net* или *M-Banking*-а извршио такву трансакцију.

Чини се да је одређивање уговора о банкарском текућем рачуну услужним послом суштински најисправније, јер је сврха због које клијент приступа таквом рачуну управо банкарска услуга у вези са руковањем његовим новчаним средствима, а не његово чување, што је својствено депозитним банкарским пословима.²⁰ Дакле, корисник текућег рачуна, уопште, приступа таквом рачуну, са циљем да би та своја (евентуално кредитна) средства употребљавао за разноврсне платне трансакције у којима му банка преко своје инфраструктуре пружа услугу њихове реализације. Циљ текућег рачуна, стога, није штедња, већ употреба новца.²¹ По томе се, у основи, разликује од депозитних банкарских послова иако се таква разлика, имајући у виду поједине класичне депозитне послове (попут неороченог новчаног депозита), у великој мери губи (с обзиром на то да је и са новцем са таквог, депозитног рачуна такође могуће располагати кроз платне трансакције).²²

і) Мешовита природа са у основи агенцијским деловањем банке

У најширем погледу на однос између банке и њеног клијента, може се закључити да је у основи таквог односа агенцијски посао.²³ При томе, агентура, односно агенцијски посао (енг. *agency contract*) како је схваћен

19 О сврставању уговора о банкарском текућем рачуну у услужне банкарске послове вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 504 и даље.

20 С. Јанковић, 640–641.

21 И. Јанковец, 602.

22 Е. Р. Elinger, Е. Lomnicka. R. Hooley, 304.

23 R. Cranston *et al.*, 190.

у англосаксонској правној књижевности има веома широк обухват, јер поред класичног заступничког односа укључује и комисиони однос.²⁴

Суштина „агенцијског“ односа банке и клијента подразумева да банка иступа као клијентов агент у правним односима са трећим лицима. Тачније, банкарски текући рачун јесте претеча таквих односа у којима банка улази у однос са трећим лицима, а због свог клијента и за његов рачун. Отуда, широки обухват агенцијског посла и основе таквог односа увршћује у себи две своје основне врсте – заступање и комисион.²⁵

Но, питање је да ли банка у односима са трећим лицима, а за рачун свог клијента иступа као заступник или комисионар. Тачније, када се врши, на пример, прост пренос новца са клијентовог рачуна на рачун неког трећег лица, питање је да ли банка то чини у заступничком или комисионом правном „руху“. Сама природа такве трансакције, у којој клијент „својим“ новцем плаћа неку чинидбу трећем лицу, а преко „своје“ банке и „свог“ рачуна, указује да банка иступа заступнички, односно у име и за рачун свог клијента. То значи да је, формалноправно посматрано, клијент учинио ту трансакцију својим новцем, а не банка, која је била прост инструмент његове воље у том случају, као истински налогопримац и исплатилац новца лицу које је клијент одредио.

Ако се таква трансакција размотри из угла преовлађујућег мишљења о депозитној природи банкарског текућег рачуна, онда се долази до закључка да банка иступа комисионо, исплаћујући свој новац, а за рачун свог клијента. Тачније, банка исплаћује свој новац на основу претходно закљученог уговора о банкарског текућем рачуну и обрачунаог салда (позитивног или негативног, када се овај тип рачуна у својој природи протеже и на кредитне послове). До таквог закључка се долази због депозитне природе рачуна, према којој је новац на текућем рачуну банчин, а поводом кога она има обавезу исплате клијенту или неком трећем лицу по његовом налогу. Тако, када добије клијентов налог за исплату трећем лицу, делује да тада исплаћујући ту новчану своту

24 Напомена: Израз англосаксонско право се у правној књижевности употребљава у циљу олакшаног разумевања читаоцу, а услед изобичајености употребе тог израза за систем *common law*-а. У српском праву, као основне трговинске услуге са основом у уговору о налогу се појављују посредовање, заступање и комисион, што је у англосаксонским земљама сврстано у јединствени заступнички однос који мења своју изражајност у зависности од отворености заступника према трећим лицима (заступник или комисион). Детаљније о томе вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 281 и даље.

25 Подсећање: Комисионо иступање подразумева да комисионар предузима правну радњу у своје име, а за рачун комитента, док заступничко иступање представља предузимање правне радње у име и за рачун властодавца.

иступа као да исплаћује свој новац. И, заиста, тако и јесте. Због генеричне одлике новца, банка заиста исплаћује свој новац трећем лицу, који је, претходно, била дужна свом клијенту. У таквом распореду односа су видљиви обриси асигнације према којој би банка била асигнат (налогопримац), клијент асигнант (налогодавац), а треће лице асигнатар (корисник налога).

Међутим, иако делује да у таквом случају банка исплаћује трећем лицу одређену своту новца, правно се такво размишљање не би могло прихватити, јер банка не преузима личну, своју обавезу исплате свог новца трећем лицу које је клијент одредио, већ то чини, ипак, у име клијента. То је видљиво, у крајњем исходу, кроз одређивање самог банчног клијента као уплатиоца новчаних средстава трећем лицу. Дакле, као уплатилац није одређена банка која је, *de facto*, то учинила, већ клијент који је такав налог упутио банци. Наравно, могуће је да и сама банка изричито преузме обавезу исплате новца трећем лицу које клијент одреди, али тада то не чини кроз основно испољавање из текућег рачуна, већ преко неког другог инструмента плаћања, попут банкарског документарног акредитива или, пак, менице. У случајевима таквих инструмената, банка преузима личну, своју обавезу према трећем лицу које одреди њен клијент (на основу претходног договора са клијентом) и тада не само да исплаћује свој новац (што је случај и са текућим рачуном), већ испуњава и своју обавезу (што није случај са текућим рачуном, јер тада исплаћује клијентову обавезу).²⁶

Тиме се долази до коначног закључка о природи уговора о банкарском текућем рачуну која би могла да се одреди као мешовита.²⁷ По својој природи је *дејоозићан* (због обавезе банке да исплати своту из салда), по сврси *услужан* (јер му није сврха штедња, већ употреба новца са рачуна), док је по начину иступања према трећим лицима *заступнички*.

III Неусклађеност природе и сврхе рачуна на штету корисника

1. Почетна неравнотежа

Уговорна неравнотежа постоји између корисника и банке, јер банка има право на провизију као посебну накнаду, као и на накнаду

26 О самосталности банчине обавезе у меници вид. Светислав Јанковић, „Правни безначај покрића код менице и чека“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2020, 178–180.

27 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 505.

трошкова (члан. 1059 ЗОО), а клијент заузврат нема право на пасивну каматну стопу за средства која су салдо, а која није користио одређени период. Неуједначеност између уговорника је утолико већа уколико се узме у обзир ситуација стечаја банке када се читав новац на том, појединачном текућем рачуну, а због утапајуће и асимилирајуће особине новца, сврстава у стечајну масу банке.

Дакле, клијент са једне стране плаћа накнаду за одржавање текућег рачуна, затим накнаду за посебне трошкове и посебну провизију за сваку платну трансакцију, а притом је дужан да трпи последицу стечаја банке тако што ће се тада тај, њему расположив новац уврстити у стечајну масу банке.²⁸ Са друге стране, банка није дужна да плаћа клијенту накнаду у виду пасивне каматне стопе када користи тај, „његов“ новац (тачније, њему расположив) пласирајући га кроз кредите другим клијентима. Штавише, клијенту се ни у случају стечаја, када се, за њега расположив, новац „улије“ у банчину стечајну масу, не плаћа накнада за њено коришћење, иако би могла кроз својеврстан трошак стечајне масе.

2. Банчино право на накнаду

а) Врсте накнада

Банка, као субјект који пружа банкарске услуге, свакако, има право на накнаду за њихово пружање, ма како се она правно обликовала и изразила – накнада, награда, провизија или накнада трошкова.²⁹ Међутим, неопходно је банчина потраживања по основу текућег рачуна према клијенту разврстати на начин да је видљива суштина и структура банчине услуге и потраживања по основу њеног пружања. Тако, првобитно је потребно разврстати таква потраживања на банчине накнаде (провизије) и накнаде трошкова. *Провизије*, односно банчине накнаде су износи који у себи обухватају не само банчин трошак поводом пружања

28 То се дешава због тога што након што клијент повери банци, до тада његов, новац (без обзира на правни оквир поверавања – ночани депозит, текући рачун итд.), банка има право да помеша новац свих клијената како би изгубио индивидуалност (тачније, везаност за одређеног клијента и рачун) и да га као таквог, генеричног, неиндивидуалног употребљава за кредитне пласмане, а да истовремено поводом таквог новца установи обавезу повраћаја својим клијентима. Вид. Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, C.V.M. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford University Press, New York, 2011, 120.

29 О различитим врстама банкарских накнада вид. Johannes Köndgen, „The Legal Framework for Prices and Charges in Banking Services“, *German Banking Law and Practice in International Perspective* (ed. Norbert Horn), Walter de Gruyter, Berlin, 1999, 116–117.

такве услуге, него и саму банчину зараду, профит услед бављења својом делатношћу.

Истовремено, од провизија је потребно разликовати и накнаде по основу активних каматних стопа које, с обзиром на кредит као типичан банчин производ, представљају својеврсну *цену* за тај производ. При томе, структура цене кредита је одређена спрема цене (пасивне каматне стопе) по којој банка (од депонената) „набавља“ новац, затим трошкови обраде података, процене кредитне способности и, уопште, уговарања, које банка сноси, и најзад саме зараде, додате вредности на потоњи трошак, која у крајњем исходу образује цену кредита кроз активну каматну стопу.

Такође, у оквиру банчних потраживања према клијенту се могу уочити и накнаде које у основи имају обештећење банке које је претрпела услед клијентовог понашања, какво је прекорачење дозвољеног минуса на рачуну. Тада банка трпи штету у мери што покрива сопственим средствима тај неодобрени клијентов негативни салдо. Банка трпи штету у мери ускраћености да та средства пласира у кредите (и тако заради активну каматну стопу).

Најзад, банка има право на накнаду трошкова које је поднела због свог клијента. При том, она има право само на оне конкретне трошкове које је поднела за свог клијента, односно за конкретну платну трансакцију коју је обавила за његов рачун. То значи да нема право на накнаду трошкова који представљају, заправо, личне банчине трошкове пословања попут успостављања инфраструктуре, рачунарског система, зарада запослених, телефонирања, основних средстава рада попут папира, рачунара итд.³⁰

б) Правна основаност банчине накнаде

Банка, уопштено посматрано, неспорно има право на накнаду за учињене услуге клијенту.³¹ У том смислу, она има право и на накнаду за учињене услуге поводом банкарског текућег рачуна. Такво право јој је изричито дато и у српским законским и подзаконским прописима.³² При томе, потребно је уочити да је природа таквог права диспозитивна, што значи да се банка са клијентом може друкчије споразумети.³³

30 *Ibid.*, 127.

31 Више о правној основаности такве накнаде доступно на адреси НБС: <https://www.nbs.rs/sr/scripts/showcontent/index.html?id=17037&konverzija=no>, 15. 8. 2023.

32 ЗОО, чл. 1059; Закон о платним услугама, чл. 12; Одлука НБС о платном рачуну са основним услугама, доступно на адреси: https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/propisi/propisi-ps/platni_racun_osnovne.pdf, 15. 8. 2023, чл. 3–7.

33 И. Јанковец, 602.

Међутим, слобода таквог банчиног уговарања је једнострано ограничена на штету банке, а у корист клијента на начин да банка може да мења своје право само у граници дозвољеног јој од стране органа власти у банкарској делатности, какав представља централна, односно Народна банка Србије.³⁴

Са друге стране, банка има право на накнаду, без обзира на њен изражајни облик (накнада трошкова, провизија, цена, обештећење), према свом клијенту само ако је у стању да докаже материјалну оправданост. Такво право на накнаду је условљено, дакле, доказивањем њене оправданости кроз мерила адекватности и висине поднесених трошкова од стране банке.³⁵ Такав модел структурирања банчине накнаде је, додуше, установљен само за услуге пружања додатних обавештења, али је као такав нужно примењив и на остале банчине накнаде.

Управо, поменуто мерило о сразмери банчине накнаде учињеној услузи и висини поднесених трошкова одговара и правној природи банчиног положаја заступника своме клијенту, јер и заступник има, у крајњем исходу, право на провизију.³⁶ Конкретно, банка би требало да има право на накнаду увек када би могла да оправда своје потраживање претходно учињеним клијенту. Супротно, када клијенту није пружила чинидбу, не би требало да има право на накнаду. При томе, утемељеност банчиног права на накнаду би требало да буде реална и конкретна, односно не паушална и неодређена. Тако, право на провизију при преносу новчаних средстава са клијентовог рачуна би требало да има само ако је непосредно у таквом преносу учествовала. Супротно, као што је случај са *Net* и *M-banking*-ом у коме клијент самостално располаже салдом са свог рачуна, банка не би требало да има право на накнаду.

в) Правна неоснованост накнаде у електронском банкарству

Чињеница да банка није активно учествовала у преносу средстава са клијентовог рачуна одузима јој право да клијенту зарачуна накнаду/провизију према висини пренесеног новца са тог рачуна. У случају употребе алгорита *M-banking*-а клијент користи постојећи рачунарски

34 Такво је, на пример, правило из Одлуке Народне банке Србије о највишем износу накнаде за одржавање почетног, најједноставнијег типа банкарског текућег рачуна, која не сме да пређе износ од 150 РСД на месечном нивоу. Вид. Одлука НБС платном рачуну са основним услугама, чл. 3. То значи, дакле, да пословна банка може да се споразуме са клијентом да му наплати мањи износ или не наплати уопште, али не и да наплати виши износ.

35 Закон о платним услугама, чл. 12 ст. 4.

36 Весна Бесаровић, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, 331.

програм банке на начин да самостално руководи рачунским операцијама и представља одлучујућег чиниоца, у оперативном смислу, за пренос новца. Тачније, такав рачунарски програм је предвиђен и скројен искључиво за клијента, и мимо њега, односно лица које има његов рачунарски потпис (кроз бројчано/словно/знаковну комбинацију), банка, односно банчин службеник не може да изврши пренос новца са салда. Због тога, чини се потпуно неоправданим да банка у таквој, самостално обављеној трансакцији новца од стране клијента, наплаћује провизију. Неоправданост је очигледна због тога што банка не може правно да утемељи своје потраживање спрам трошкова и услуге клијенту која му је пружена, јер конкретне трошкове није имала, а услугу је клијент, дословно, сам себи пружио.³⁷

Такав, рачунарски програм, алгоритам је присутан не само у банкарству, већ и у туризму, али и општој трговини, кроз самостално креирање туристичких аранжмана (на пример, *booking.com*) или продају различитих роба и услуга (од одеће до техничких уређаја). У таквим, осталим алгоритмима, корисник, такође, самостално обавља одабир и плаћање робе/услуге. Штавише, корисници, односно потрошачи су подстакнути да употребљавају такве могућности, јер добијају попусте на такве робе/услуге у односу на њихове цене у традиционалним продавницама као местима обављања трговине. Умањење цене је, управо, образложено због неучешћа радне снаге, односно продаваца, већ корисник кроз алгоритам самостално креира, бира и плаћа свој туристички аранжман, односно другу робу/услугу.

Насупрот томе, банка зарачунава провизију на сваку извршену трансакцију новца кроз *M-banking* апликацију, иако нема реалног основа за то с обзиром на то да нема учешћа банкарског службеника у креирању и извршавању налога за исплату новца са клијентовог рачуна. Упркос банкарском аргументу да је таква провизија нужна да би

37 Таква је основа правила из Закона о платним услугама (чл. 12 ст. 4.) према којем, додуше у погледу додатних банчаних обавештења, накнада може да се зарачуна клијенту само у висини сразмере пружене му услуге и трошкова које је банка имала. Ако се ближе размотре правила из члана 12 Закона о платним услугама, долази се до закључка да у погледу додатних обавештења која би банка пружала кориснику, банка и корисник могу да се договоре о додатној накнади коју би корисник плаћао банци за то. При томе, таква накнада мора да буде у сразмери са пруженом услугом и учињеним трошком банке. Имајући то у виду, јасно је да се корисник и банка морају споразумети и о накнадама за остале банчине услуге, а не само оне које се спомињу у члану 12 Закона о платним услугама. Такође, при споразумевању о висини накнаде за такве, друге услуге неопходно је имати у виду мерило сразмере, вредности и трошка такве банчине услуге. Тако, закључује се, када корисник самостално, употребом *Net/M-Banking* апликације изврши пренос новца, чини се потпуно неоправданим да банка буде овлашћена на било какву конкретну накнаду, с обзиром на то да није имала трошак поводом конкретне трансакције.

се такав рачунарски програм одржавао и усавршавао, како би корисницима омогућио да га самостално користе, чини се да је истина, ипак, да је такав трошак заправо банчин, а не клијентов, те да сходно томе он и не треба да га сноси. Наиме, банка сноси трошак инсталирања и одржавања рачунарског система због свог пословања, а такав трошак је удаљен од појединачне трансакције коју клијент сам обавља. Трошак одржавања рачунарског система се не може конкретизовати спрам једне клијентове трансакције у смислу већег/мањег оптерећења у зависности од вредности трансакције, а што (вредност) јесте мерило за одређивање висине банчине провизије у таквом случају.

Стога, предлог је да банка у случају електронског банкарства (које у себи обухвата *Net* и *M-banking*) приступи обрачуна накнаде клијенту по начелу „или-или“, односно да има право да наплати или месечну накнаду за одржавање рачуна или провизију по свакој обављеној трансакцији. Дакле, никако обе истовремено, односно по истом рачуну истом клијенту. Ако банка наплаћује почетну, авансну накнаду за одржавање текућег рачуна, онда би требало да у оквиру ње буде увршена могућност да клијент не плаћа провизију за пренос новца другим лицима.³⁸ Супротно, ако би се банка одрекла права на месечну накнаду за одржавање рачуна, онда би било оправдано да оптерети корисника рачуна са провизијом по свакој извршеној трансакцији, па чак и по оној коју корисник самостално обави (кроз апликације *Net* и *M-banking*). Међутим, у таквом распореду односа, оправдано би било да клијент потражује од банке и пасивну каматну стопу коју би му плаћала на позитивни салдо (ако се, на пример, он не би умањивао у року од најмање месец дана када се врши, уобичајено, месечни извештај са рачуна).

38 Евентуално, право на провизију би банка могла да има у случају реализације вреднијих платних трансакција (на пример, преко 100 хиљада РСД или преко милион динара), али и тада само у случају када се пренос новца врши упућивањем налога банчином службенику у просторијама банке, а не и кроз *M-banking*. Према делује логично да банка не би требало да има право на провизију ни када су у питању налози за исплату преко 100 хиљада динара, јер је банчина услуга, практично, иста и за мање и за веће платне трансакције, ипак се чини оправданим да би банка у класичном, обичном платном (текућем) рачуну требало да има право на такву накнаду. Разлог томе је услуга, тачније банчина противчинидба у виду веће пажње приликом извршења такве, веће платне трансакције, али и њене обавезе везане за спречавање прања новца, односно претходне провере порекла новца. Наравно, такво право на провизију се чини неоснованим ако се платна трансакција извршава у целости путем корисникових радњи кроз тзв. *M-Banking*, јер тада банка, осим кроз рачунарски програм, не учествује у платној трансакцији ни на један други начин.

IV Закључак

Имајући у виду природу банкарског текућег рачуна и положај корисника рачуна према новцу на салду, долази се до закључка да такав новац не представља корисникову, већ банчину својину, те да поводом њега, а на основу уговора о текућем рачуну, банка има обавезу његове исплате. И не само то, банка има обавезу поступања по корисниковим налозима у погледу тог новца, а што може, што је и сврха текућег рачуна, водити банчиним исплатама новца корисниковог салда трећим лицима. Чини се да је правно одређење накнаде коју банка зарачунава клијенту таквог преноса новца и уопште самог текућег рачуна врло спорно у законодавству, теорији и пракси. Супротстављене ставове банкарске и корисничке стране о праву на накнаду је неопходно решити на правно заснованом начину. Тако, чини се потпуно неоправданим да банка наплаћује накнаду за пренос новца са корисниковог салда, ако је претходно већ наплатила основну, месечну/годишњу накнаду за одржавање текућег рачуна. Такав став је оправдан због депозитног дела природе уговора о текућем рачуну по коме банка има право да кредитно употребљава корисников позитивни салдо (принцип неправог депозита), а да му за то не плаћа накнаду у виду пасивне каматне стопе. Стога, ако се већ плаћа основна накнада за одржавање, тачније вођење текућег рачуна (у оквиру које је увршћено и основно обавештавање и састављање месечних/годишњих извода), онда је праведно, правно равнотежно да банка не наплаћује накнаду за пренос средстава са салда по корисниковом налогу, ако већ нема обавезу да њему плаћа накнаду за коришћење новца са салда који се води под његовим именом. Чини се да се те две радње, активности (поступање по налозима корисника и употреба новца који му се дугује) међусобно компензују. Праведно је, дакле, да се не ствара једнострана неравнотежа у том односу на терет корисника тако што би само банка имала право на накнаду када корисник даје налоге банци, а не и корисник када банка редитно употребљава новац намењен кориснику, односно поводом кога банка има обавезу моменталне исплате.

Изнесено образложење је утолико убедљивије уколико се посматра пренос новчаних средстава у оквиру аутономног електронског банкарства (Net/M-banking). У случају електронског преноса новца који обавља корисник потпуно самостално, односно без помоћи банчиног службеника, чини се потпуно неоправданим да банка има право на накнаду по таквом преносу новца. Наиме, банка тада нити ствара, нити извршава корисников налог за уплату новца трећем лицу, већ корисник самостално креира и спроводи свој налог за пренос, обезбеђујући

своју појединачну присутност кроз шифровани потпис. Дакле, у трансакцији у којој банка нема учешћа у њеном спровођењу, већ су у њеном спровођењу основни чиниоци рачунарски програм и корисникова радња (употребе таквог аутоматизованог програма), потпуно је неосновано да банка зарачунава накнаду за такву појединачно спроведену трансакцију. Штавише, у сфери електронског *Net/M-banking*-а чини се да банка не би имала право ни на основну месечну накнаду за одржавање таквог рачуна, ако при томе, у истој равни, не би плаћала кориснику пасивну каматну стопу на кредитну употребу новца са његовог рачуна. Осим почетног трошка инсталације мобилног банкарства, а који је заправо трошак њене делатности, а не трансакције њеног корисника, банка нема ни један други трошак везан за корисникову трансакцију.

Имајући у виду реалну ситуацију на банкарском тржишту, није за очекивати да ће се банке без отпора и лако одређи својих, па и одржајем стечених права на разноврсне накнаде по основу само једног текућег рачуна (основне накнаде за одржавање, провизије, накнаде за трошкове одређених услуга, те накнаде обештећења попут услуге из недозвољеног прекорачења минуса на рачуну). Због тога је предлог, а уједно и закључак, да се таквом реалном и свакодневном банкарском систему приступи постепено. Тако, предлог је да месечна накнада за одржавање текућег рачуна опстане у разумном (сразмерно пруженој услузи) износу, а да се не наплаћује провизија на пренос новца, нарочито у погледу тзв. потрошачких рачуна, односно рачуна грађана до одређеног износа (на пример, 100 хиљада РСД по једној платној трансакцији). Супротан модел, односно решење је, такође, могуће; да банке не наплаћују месечну накнаду за одржавање текућег рачуна, али да онда имају право на провизију по свакој извршеној трансакцији за њиховог клијента (осим у случају мобилног банкарства где, заправо, клијент сам креира и извршава „своју“ платну трансакцију). Најзад, могућ је и трећи модел, у коме би банка имала право да наплати основну накнаду за одржавање рачуна, али и обавезу плаћања накнаде (пасивне каматне стопе) за кредитну употребу новца са таквог клијентовог рачуна, уз право на провизију за сваку извршену корисникову трансакцију.

Суштина предложених решења се састоји у легитимитету права на банкарску накнаду, односно у равнотежи уговорних страна у уговору у банкарском текућем рачуну. Чини се основаним и праведним да обе стране у таквом уговору имају равноправан положај у погледу договања, а нарочито у погледу основне месечне накнаде за одржавање рачуна и провизија и камата поводом употребе новца, на начин да није важно ко употребљава новац (банка или корисник), па се према томе камата (пасивна и активна) увек зарачунава.

Коришћена литература

- Бесаровић Весна, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985. (Besarović Vesna, „Pravo zastupnika na proviziju i posebnu naknadu u našem i uporednom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/1985)
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)
- Dzaja Stefan, *Legal aspects of internet banking related to international business transactions*, GRIN Verlag, Norderstedt, 2005.
- Elinger E. P., Lomnicka Eva, Hooley Richard, *Modern Banking Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Јанковец Ивица, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд, 1999. (Jankovec Ivica, *Privredno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1999)
- Јанковић Светислав, „Чији је, заправо, салдо на банкарском текућем рачуну“, *Правни живот*, бр. 3/2013. (Janković Svetislav, „Čiji je, zapravo, saldo na bankarskom tekućem računu“, *Pravni život*, br. 3/2013)
- Јанковић Светислав, „Правни безначај покрића код менице и чека“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2020. (Janković Svetislav, „Pravni beznačaj pokrića kod menice i čeka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2020)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015)
- Kandelhard Ronald, „Kontokorrent“, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht* (Hrsg. Peter Derleder, Kai-Oliver Knops, Heinz Georg Bemberger), Zweite Auflage, Springer, Berlin, 2009.
- Knight Malcolm, Scacciavilliani Fabio, „Current Accounts: What is Their Relevance for Economic Policymaking?“, *IMF Working Paper*, No. 98/71, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882350, 15. 8. 2023.

- Köndgen Johannes, „The Legal Framework for Prices and Charges in Banking Services“, *German Banking Law and Practice in International Perspective* (ed. Norbert Horn), Walter de Gruyter, Berlin, 1999.
- Kruger Martin, Tonner Thomas, *Bankrecht*, Nomos, Berlin, 2022.
- Mencinger Jože, „The ‘Addiction’ with FDI and Current Account Balance“, *ICER Working Paper*, No. 16/2008, доступно на адреси: <https://www.bemservizi.unito.it/repec/icr/wp2008/ICERwp16-08.pdf>, 15. 8. 2023.
- Prenkert Jamie Darin, Barnes A. James, Perry Joshua E., Haugh Todd, Stemler Abbey R., *Business Law*, 18th edition, McGraw Hill Education, New York, 2021.
- Reed Chris, Walden Ian, Edgar Laura, *Cross-Border Electronic Banking*, second edition, Informa Law, New York, 2000.
- Nicholas Ryder, Griffith Margaret, Singh Lachmi, *Commercial Law – principles and policies*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- Sealy Len S., Hooley Richard J. A., *Commercial Law – text, cases and materials*, 4th edition, Oxford University Press, New York, 2009.
- Häcker Joachim, *Internet-Banking, Gestaltungsformen, Rechtsfrage, Sicherheitsaspekte*, Springer, Wiesbaden, 1998.
- Hans-Michael Krepold, Fischbeck Sandra, *Bankrecht*, Vahlen Verlag, München, 2011.
- Collins Michael, *Money and Banking in the UK – A History*, Routledge, Abington, 2012.
- Cranston Ross, Avgouleas Emilios, van Zwieten Kristin, Hare Christopher, van Sante Theodor, *Principles of Banking Law*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Шогоров Стеван, *Банкарско право*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009. (Šogorov Stevan, *Bankarsko pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2009)

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

LEGAL (UN)JUSTIFIABILITY OF BANKING RIGHT TO MAINTENANCE FEE REGARDING THE BANKING CURRENT ACCOUNT

Summary

In the article, the author considers the justifiability of banks' right to charge the client with the basic costs and fees regarding the banking current account. Although it seems fair that the bank has the right to a maintenance fee and provision, after reviewing the legal nature of bank current account, the author concludes converse. It is particularly present in the case of M-Banking where the client completely autonomously creates and performs the payment order. This is because the client does it on its own mobile phone or PC with his own actions and not the bank's servants' actions. Therefore, it seems fair to deprive the bank of this right in favor of its client, or if one wants to be more equitable, to entitle the bank with the aforementioned rights, but at the same time to entitle the client with a right to interest on his positive balance.

Key words: *Banking Current Account. – Maintenance Fee. – M-Banking. – Provision.*

Датум пријема рада: 15. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 9. 2023.

УДК: 347.74(497.11)

CERIF: S 130, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23305A

др *Кашарина* ЈОВИЧИЋ*

виши научни сарадник Института за упоредно право у Београду,
Србија

ОСНОВИ ПРЕСТАНКА ТРГОВИНСКИХ УГОВОРА У СРПСКОМ ПРАВУ**

Сажетак

Предмет рада су основи престанка трговинских уговора по правилима Закона о облигационим односима. Полазећи од чињенице да су трговински уговори двострано-обавезујући, они престиају у складу са посебним правилима Закона за те уговоре која обухваћају: исцупење свих уговорних обавеза онако како је предвиђено, раскид уговора збои неццупења, немоцупности исцупења и судски раскид уговора збои цпромењених околности. У раду се разматра и ситуација када се изврши ацсолуцино нишцпав уговор, односно релативно нишцпав уговор који није конвалидирао, зацио шци се цу цосцпављају исца цишцања као код престиања уговора. Коначно, цполазећи од ццоца да је уговор један од цвора облигација, за цихов престиањак значајна су и оцшца цправила Закона о престиању обавеза независно од цвора циховоц настиања која,

* Електронска адреса аутора: *k.jovicic@iur.rs*. ORCID: 0000-0001-9803-5292

** 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).

по одређеним околностима, моју довести и до пресјанка уговора. То су: ојказ, комјензација, ојросиј дуја, новација, сједињење, као и смрји предузејника, односно пресјанак привредној субјектиа код уговора који су закључени *intuitu personae*. Анализа свакој основа пресјанка уговора и дејсјава која услед тоја насјујају би моја бији предмет јосебној научној рада и у домаћој лијератури се они редовно обрађују на тај начин. У овом раду се ово ијиње излаже на заокружен и целовији начин, шјо може дојринети предујређењу сјорних сјиуација у извршењу уговора, односно јравилној јримени јрава у јосјуику њиховој решавања.

Кључне речи: Раскид уговора. – Немојћности исјуњења уговора. – Нишјави уговори. – Ресјуиуција. – Накнада шјетје.

І Увод

Уговор се квалификује као трговински на основу тога што их међусобно закључују трговци ради обављања привредне делатности за коју су регистровани. Да би остварио очекивани профит од тих послова, сваки трговац као уговорна страна мора да пружи другој нешто заузврат, па се трговински уговори редовно закључују као двострано-обавезујући.¹ Уговори по редовном току ствари престају испуњењем, а двострано-обавезујући када обе уговорне стране испуне све преузете обавезе онако како је предвиђено. Ако оне накнадно увиде да им не одговара уговор који су закључиле, могу се споразумети да га раскину. У оба случаја престанка уговора (испуњењем и споразумним раскидом)

1 Лица која се уговорно обавезују то чине зато што верују да на тај начин могу да остваре неке циљеве. Разлог, односно побуда због које неко закључује уговор представља каузу или основ уговора. Кауза као услов пуноважности уговора је утемељена у француском Грађанском законнику из 1804. године (чл. 1108) и под његовим утицајем је прихваћена и у нашем ЗОО (чл. 51). О доктрини каузе вид. Henri Capitant, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Troisième Édition, Paris, 1927, 195–259. Вид. и Јожеф Салма, „Кауза облигационих уговора“, *Зборник радова Правној факултетиа у Новом Саду* бр. 2/2006, 178 и даље. У англосаксонским правима кауза није позната, већ се основ обавезивања схвата као корист за обећаоца или уштрб за другу страну, или као цена за обећање извршења уговорне обавезе. О доктрини *consideration* вид. Миодраг Орлић, „Consideration и опозивост понуде“, *Анали Правној факултетиа у Београду*, бр. 1–3/1991, 235–237. О доктрини каузе и доктрини *consideration* вид: Reinhard Zimmermann, *The law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 549–559; Basil Markesinis, „Cause and Consideration: A Study in Parallel“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 37, Nr. 1/1978, 55 и даље. За додатну литературу вид. Атила Дудаш, „Преглед релевантне литературе о основу (циљу) уговорне обавезе у европско-континенталном (*causa*) и англосаксонском праву (*consideration*)“, *Зборник радова Правној факултетиа у Новом Саду*, бр. 3/2009, 411–438.

гаси се облигационо-правни однос између уговорних страна тако да оне након тога више нису у дужничко-поверилачком односу на основу закљученог уговора, нити поводом тог уговора.

Пуноважни уговор који се не испуни како је предвиђено престаје најчешће тако што га савесна уговорна страна раскине једностраном изјавом воље. Ако је уговорну обавезу постало немогуће испунити и под условом да за то није одговорна ни једна уговорна страна, уговор се раскида по сили закона. Раскид се може остварити и на основу одлуке суда по тужби дужника који то тражи позивајући се на институт промењених околности.

Уговор који није пуноважно закључен не производи правна дејства, али је могуће да буде извршен и да се накнадно, у судском поступку, утврди да није пуноважан. Одлука суда којом се то утврђује је декларативна, али суд може истом пресудом да одлучи и о судбини дужничко-поверилачког односа који је настао испуњењем таквог уговора између лица која су га закључила. Иако је тај облигациони однос, на први поглед, произашао на основу неоснованог обогаћења, он се не решава по правилима која регулишу тај извор облигација већ применом посебних правила Закона о облигационим односима² којима се уређује питање ништавих уговора и последице ништавости, која имају приоритет у примени на основу правила *lex specialis derogat legi generali*.³

Уговорне обавезе могу престати и по другим основима за престанак облигација који нису специфични за двострано-обавезујуће уговоре, већ се примењују на све облигације независно од извора њиховог настанка. То су: компензација, новација, опрост дуга, смрт односно престанак дужника, као и сједињење дужника и повериоца у истом лицу. Када по неком од ових основа престане уговорна обавеза тада, под одређеним околностима, истовремено престаје и уговор на основу кога је она настала.

Престанак уговора производи дејства која се, у начелу, своде на две могућности: прва је да иза уговора настаје правни вакум јер стране уговорнице више нису у облигационо-правном односу, а друга је да се

2 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени гласник РС*, бр. 18/20. Поред тога, за питање престанка уговора о међународној продаји робе примењује се и Конвенција уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе која је ратификована Законом о ратификацији конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/1984 (даље у фуснотама: Бечка конвенција).

3 Ова посебна правила су систематизована у оквиру Главе II под насловом: „Настанак обавеза“ Одсек 4 „Неважност уговора“, чл. 103–117 ЗОО, који је подељен у две целине: I „Ништави уговори“ (чл. 103–110 ЗОО) и II „Рушљиви уговори“ (чл. 111–117 ЗОО).

облигационо-правни однос између њих не гаси након престанка уговора било зато што их и даље обавезују неке уговорне одредбе, било зато што уместо њих настају нове обавезе. Шта ће бити у конкретном случају зависи од начина на који је уговор престао, односно од специфичних околности тог случаја.

II Основи престанка уговора

1. Испуњење уговора

Уговори се закључују да би били испуњени, па је уредно извршење свих уговорених обавеза очекиван и редован начин његовог престанка.⁴ Некада дужник приликом извршења обавезе одступи од уговорених правила, али друга страна то прихвати. И у том случају уговор престаје испуњењем јер је извршен у складу са договором о измени уговорних обавеза.⁵

Могуће је, међутим, да се уговорне стране договоре да пуноважно закључени уговор раскину.⁶ Да ли ће након престанка уговора по том основу престати и облигационо-правни однос између њих зависи од тога да ли су уговором о раскиду предвиђена посебна дејства престанка уговора. Ако су та дејства предвиђена онда ће она и наступити, подразумева се под условом да не пробијају границе слободе уговарања.

2. Раскид уговора

Ако је дужник повредио уговор, а околности случаја су такве да су испуњени законом прописани услови за раскид уговора, онда савесни поверилац стиче право да једностраном изјавом воље раскине уговор због неиспуњења.⁷ У интересу очувања што већег броја уговора на снази и омогућавања њиховог извршења ово право поверилац може стећи само за најтеже повреде уговора.⁸ Међутим, то само по себи није

4 ЗОО, чл. 296–320.

5 Катарина Јовичић, „Одређење појма неизвршења уговора с освртом на неизвршење уговора о продаји робе“, *Сѝрани љрави живој*, бр. 1/2014, 70 и даље.

6 Полазећи од тога да је уговор сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дјество, на исти начин а у складу са начелом слободе уговорања стране уговорнице могу да се споразумеју и да пуноважно закључени уговор раскину у било ком тренутку.

7 Право повериоца да захтева раскид двостраног уговора због неиспуњења установљено је у чл. 124 ЗОО.

8 Катарина Јовичић, „Услови под којима поверилац стиче право да раскине уговор због неиспуњења и ограничења за употребу тог права“, *Сѝрани љрави живој*, бр. 1/2015, 144–145, 149–151.

довољно да би се спречиле могуће злоупотребе од стране повериоца који би желео да се ослободи уговора који је за њега у међувремену постао неисплатив, па се већ стечено право на раскид уговора додатно ограничава. У српском праву је с тим у вези прописано да поверилац губи право да једностраном изјавом раскине уговор ако није у стању да врати другој страни оно што је од ње примио на име испуњења;⁹ да делимично извршење није основ за раскид целог уговора осим изузетно, под условом да се делимичним испуњењем не може остварити сврха уговора за повериоца;¹⁰ да је право на једнострани раскид уговора због неиспуњења временски ограничено како би га поверилац користио без непотребног одуговлачења.¹¹

Раскидом уговора због неиспуњења стране уговорнице се ослобађају од обавезе да изврше преостале уговорне обавезе зато што је уговор, као правни основ тих обавеза, престао. Ако су у међувремену (пре него што је уговор раскинут) већ нешто испуниле, онда је свака страна дужна да врати другој све што је од ње примила на име извршења уговора. На основу овог правила се испољава ретроактивно дејство раскида уговора (*ex tunc*). Међутим, ретроактивно дејство раскида има ограничени домашај на уговоре којима се заснива трајни дуговински однос између уговорних страна зато што се раскид таквог уговора у односу на већ примљене испоруке допушта само изузетно, под законом предвиђеним условима. Због тога је за ове уговоре правило да раскид делује за убудуће (*ex nunc*). Поред тога, раскид уговора не утиче на неке уговорне одредбе, које производе правно дејство и после раскида. То се, по правилу, односи на договоре о решавању спорова који

9 Чл. 132 ст. 2 ЗОО као и чл. 495 ЗОО који регулише питање губитка права да се раскине уговор о продаји због недостатака ствари када је купцу немогуће да врати ствар, које се правило примењује на одговорност за материјалне и правне недостатке испуњења и на друге двостране уговоре на основу правила чл. 121 ст. 3 ЗОО. Реституција је по правилу натурална осим када то није могуће, на пример код раскида уговора о пружању услуга или уговора који су у основи уговори о налогу онда то није разлог због кога се раскид уговора не може остварити. Према неподељеним мишљењима у домаћој правној литератури тада треба применити новчану реституцију. Вид. Слободан Перовић, „Коментар члана 132“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд, 1995, 258–259; Љубиша Милошевић, „Коментар члана 132“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 396; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978, 526.

10 ЗОО, чл. 129. Ово правило применљиво је не само на уговоре са узастопним обавезама, већ и на остале уговоре код којих је радња извршења делива.

11 ЗОО, чл. 130. Да ли је право на једнострани раскид уговора благовремено или не процењује се на основу околности конкретног случаја и с обзиром на уобичајене стандарде понашања.

проистекну поводом уговорених обавеза, клаузуле поверљивости, одредбе о реституцији, одредбе о уговорној казни и др.¹²

Осим на основу једностране изјаве савесног повериоца уговор може бити раскинут и по сили закона (*ex lege*). У нашем праву је то прописано у два случаја: по истеку рока за испуњење уговорне обавезе под условом да је рок битни елемент уговора (чл. 125 ЗОО) и протеклом накнадног рока за испуњење уговора (чл. 126 ЗОО).

Поред тога, уговор по сили закона престаје и на основу чл. 357 ЗОО који уређује престанак трајног дуговинског односа, што је примењиво на уговоре са узостопним испорукама односно уговоре са трајним извршењем. Протеклом уговореног рока трајања уговора он престаје по сили закона, под условом да уговором или законом није одређено да се после истека рока дуговински однос заснован на уговору продужава за неодређено време ако не буде благовремено отказан.

3. Немогућност испуњења уговора

У неким случајевима дужник не поступа у складу са уговором зато што га у томе ометају околности које се нису могле предвидети у време његовог закључења, на које се није могло утицати нити су се могле спречити. Другим речима, дужнику је постало немогуће да изврши уговор и немогућност испуњења је, под законом предвиђеним условима, један од начина на који уговор престаје. Да би се то остварило, неопходно је да је немогућност наступила због догађаја за који није одговорна ни једна, ни друга страна. У овој ситуацији уговор престаје по сили закона (чл. 137 ст. 1 ЗОО).¹³

Немогућност може да погоди део уговорне обавезе и у том случају уговор не престаје већ остаје на снази у делу у коме је могуће испунити га, с тим да друга страна има право на сразмерно умањење своје обавезе како би се поново успоставила равнотежа између међусобних уговорних давања. Изузетно, због делимичне немогућности је могуће раскинути цео уговор, али само на захтев друге стране због тога што делимично испуњење не одговара њеним потребама.¹⁴

12 Вид. Дамјан Можина, „Раскид уговора: Скица и Закон о облигационим односима“, *Анали Правној факултету у Београду: Посебан број у част професора Михајла Констјантинковића*, 2022, 492–493.

13 Вид. Катарина Јовичић, Слободан Вукадиновић, „Утицај пандемије COVID-19 на уговорну одговорност“, *Проиврјечја савременој права* (ур. Станка Стјепановић, Радомир В. Лукић, Димитрије Ђеранић), Источно Сарајево, 2022, 152–159.

14 ЗОО, чл. 137.

4. Раскид уговора због промењених околности

Уговор се може раскинути и у судском поступку по тужби једне стране уговорнице којом она тражи од суда да раскине уговор на основу тога што су након његовог закључења наступиле околности због којих јој је постало претерано тешко да испуни уговор, или се због тих околности сврха уговора за њу не може остварити. Ова тужба, као и предмет тужбеног захтева прописани су у чл. 133 ЗОО, којим се одређују и услови који су потребни за усвајање тужбеног захтева, и то су: да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна, те да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је (чл. 133 ст. 1 ЗОО).¹⁵

5. Ништави уговори

Уговори закључени противно принудним прописима или моралним императивима друштва су ништави и као такви не производе правна дејства. Ти уговори се закључују под различитим околностима и неретко се и извршавају као да су пуноважни. Апсолутно ништави уговори су они који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 103 ЗОО) док су релативно ништави, односно рушљиви уговори код којих је приликом закључења била присутна мана воље, као и у другим случајевима када је то одређено Законом о облигационим односима или другим посебним прописом. (чл. 111 ЗОО). Апсолутно ништави уговори не производе правно дејство, док релативно ништави уговори нису пуноважни до њихове конвалидације.¹⁶

6. Остали начини престанка обавеза као основ престанка уговора

Овде је реч о више основа за престанак обавеза који су систематизовани у оквиру главе IV, одељак 3 ЗОО која носи наслов „Престанак обавеза“ и обухватају обавезе из свих извора облигација, укључујући и оне које су настале на основу уговора. За престанак трговинских уговора су значајни следећи начини престанка обавеза: отказ (чл. 358 ЗОО); компензација (чл. 336–343 ЗОО); отпуштање дуга (чл. 344–347 ЗОО);

15 Вид. Марија Караникић Мирић, „Промењене околности и расподела ризика“, *Српска јолићичка мисао*, бр. 3/2020, 301–304.

16 О ништавим уговорима вид. Катарина Доловић, „Непостојећи уговори“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011, 266–267; Сања Радовановић, Николина Мишћевић, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2020, 277–279.

новација (чл. 348–352 ЗОО); сједињење (чл. 353 ЗОО); и престанак привредног друштва, односно смрт предузетника (чл. 359 ЗОО).¹⁷

III Дејства престанка уговора с обзиром на начин престанка уговора и околности случаја

Престанак уговора производи одређена правна дејства (правне последице) и она могу да буду предвиђена самим уговором. Ако таквог споразума нема, онда ће наступити дејства која су прописана законом, и то су, по правилу, обавеза реституције и обавеза на накнаду штете.

У претходном излагању је већ наведено да се престанком уговора због испуњења, на основу договора о раскиду уговора, протеком уговореног времена трајања уговора под условом да је за то време уредно извршен и да уговор није продужен, као и због немогућности испуњења за коју не одговара ни једна страна и под условом да друга страна није ништа испунила од своје обавезе, долази до гашења облигационо-правног односа између уговорних страна. У свим осталим случајевима престанка уговора наступају дејства која зависе како од начина на који је уговор престао, тако и од околности сваког појединог случаја. У наставку излагања ће се детаљније анализирати ово питање систематизовано према начинима престанка уговора.

1. Раскид уговора

а) Једностраном изјавом воље

Дејства раскида двостраних уговора су прописана Законом и подразумевају: 1) уговорне обавезе престају, али на њихово место ступа дужност накнаде евентуалне штете; 2) ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, онда настаје обавеза реституције; 3) свака страна дугује другој накнаду за користи које је у међувремену имала од онога што је дужна вратити, односно надокнадити; 4) страна која враћа новац дужна је да плати затезну камату од дана када је примила исплату.¹⁸

17 У оквиру одељка 3 Главе IV ЗОО су као остали начини престанка обавеза систематизовани и: немогућност испуњења (чл. 354–356 ЗОО); протек времена, отказ (чл. 357–358), што су питања која се обрађују у тексту претходног поднаслова у раду.

18 ЗОО, чл. 132. Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе такође уређује питање дејства раскида уговора, и то у чл. 81 који гласи: (1) Раскидом уговора обе стране се ослобађају својих уговорних обавеза, изузев евентуалне обавезе да се накнади штета. Раскид не утиче на одредбе уговора о решавању спорова или на било коју одредбу уговора која уређује права и обавезе страна

У случају када се раскида уговор са узастопним обавезама, али не делимично, већ у целини, тада такође наступају наведена дејства. Међутим, ако се овај уговор раскида само за будуће испоруке, онда не настаје обавеза реституције у погледу онога што су стране у међувремену примиле на име испуњења уговора. Штавише, у овој ситуацији поверилац који није примио испуњење по некој уговорној обавези која је доспела до момента раскида уговора може да захтева њено испуњење, као и да користи и остала доступна правна средства за случај повреде уговора.

б) По сили закона

Два су начина раскида уговора због неиспуњења по сили закона: након истека рока за извршење уговорне обавезе ако је рок битни елемент уговора (чл. 125 ЗОО) и протеком накнадног рока за испуњење уговора (чл. 126 ЗОО). У оба случаја су правна дејства иста као код раскида уговора једностраном изјавом.

Специфичност раскида уговора по сили закона је само у томе што се у наведена два случаја процедура раскида поједностављује тако што се од повериоца не захтева да изјави раскид. Ово решење доприноси правној сигурности у том смислу што отклања неизвесност у погледу тога да ли је уговор раскинут и, што је још важније, када је раскинут. Поверилац коме не одговара да се уговор раскине може да отклони примену овог правила тако што ће без одлагања (по истеку фиксног рока, односно по истеку накнадног рока) обавестити дужника да и даље захтева испуњење.

2. Престанак уговора због немогућности испуњења обавезе

Опште правило о дејству немогућности испуњења обавезе једне стране у двостраном уговору постављено је у чл. 137 ст. 1 ЗОО и предвиђа да та околност има за последицу да се, поред обавезе коју је постало немогуће испунити, гаси и обавеза друге стране у двостраном уговору. Услов за примену овог правила је да ни једна страна није одговорна за немогућност испуњења дужникове обавезе. У овом случају уговор престаје по сили закона, а стране уговорнице не стичу право на накнаду штете чак и ако су се изложиле трошковима у вези са припремом за извршење уговора док су веровале да ће бити испуњен јер

после раскида уговора; (2) Страна која је извршила уговор у целини или делимично може захтевати од друге стране враћање онога што је на основу уговора испоручила или платила. Ако су обе стране дужне да изврше враћање, узajамна враћања врше се истовремено.

ниједна страна није одговорна за престанак уговора. Међутим, ако је обавезу једне стране постало немогуће испунити, а друга страна је већ започела испуњење своје уговорне обавезе, онда престанком уговора настаје обавеза реституције.

У случају да немогућност испуњења само делимично погађа обавезу једне уговорне стране, уговор остаје на снази у погледу дела обавезе који је могуће испунити. Ради повраћаја равнотеже уговорних давања изричито је прописано да друга страна има право да се и њена обавеза сразмерно умањи (чл. 137 ст. 2 ЗОО). Због делимичне немогућности испуњења обавезе изузетно је могуће да страна једностраном изјавом раскине цео уговор, али само ако делимично испуњење уговора не одговара њеним потребама (чл. 137 ст. 2 ЗОО). Услов за примену ових правила је, такође, да ни једна страна уговорница није одговорна за делимичну немогућност испуњења.¹⁹

Некада је поверилац из двостраног уговора одговоран за немогућност испуњења обавезе дужника и у том случају се гаси обавеза дужника коме је постало немогуће да испуни уговор, али не и обавеза повериоца из тог уговора (чл. 138 ст. 1 ЗОО). Тада је могуће да се обавеза повериоца умањи за износ користи коју је дужник остварио због тога што није могао да испуни уговор (на пример, није се изложио трошковима које би морао да поднесе да је извршио обавезу). На тај начин се уговорна давања враћају у равнотежу и спречава се неосновано обогаћење повериоца.

Могуће је и да су обе стране допринеле немогућности испуњења обавезе једне уговорне стране или целог уговора. У тој ситуацији постоји подељена одговорност за накнаду штете која наступа чак и ако је због немогућности испуњења престао уговор (на пример, обавезе обе стране је постало немогуће испунити, а за то су одговорни и поверилац и дужник).²⁰ Поред тога, дужник чија је обавеза престала (због немогућности испуњења за коју одговара поверилац) је дужан да повериоцу уступи сва права која би имао према трећим лицима у вези са предметом своје обавезе чије је испуњење постало немогуће (чл. 138 ст. 2 ЗОО).²¹

19 Небојша Јовановић, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и њивреда*, бр. 1/2020, 43–47.

20 Према чл. 192 ст. 1 ЗОО оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била има право само на сразмерно смањену накнаду. Ст. 2 истог члана предвиђа да када није могуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње суд досуђује накнаду водећи рачуна о околностима случаја.

21 На пример, пропала је ствар која је предмет уговора о купопродаји, а која је била осигурана. Ако би купац од продавца тражио цену он би био дужан да му уступи право на накнаду из осигурања, јер би се у супротном случају неосновано

На последице немогућности испуњења уговорне обавезе се поред наведених правила примењују и правила ЗОО која уређују питање немогућности испуњења обавеза, независно од њиховог извора.²² Према полазном правилу тог дела Закона прописано је да обавезе које је постало немогуће испунити престају по сили закона ако дужник докаже да за то није одговоран (чл. 354 ЗОО). То је скоро идентично полазном правилу за двостране уговоре из чл. 137 ст. 1 ЗОО, са једном битном разликом која се огледа у томе што овде нема захтева да и поверилац, такође, није одговоран за догађај који је узроковао немогућност. То и није потребно зато што се стране у облигационом односу који нема основ у двостраном уговору не налазе истовремено у улози повериоца и дужника, већ свака има једну улогу: или је поверилац, или дужник. Чињеница да је дужникова обавеза престала због немогућности испуњења утиче на повериочева права, али не и на повериочеве обавезе јер их он и нема.

Међутим, за престанак двостраног уговора због немогућности испуњења је значајно правило из чл. 355 ЗОО које је примењиво на уговорне обавезе чији су предмет ствари одређене по роду. Тај случај је специфичан по томе што је предмет испуњења обавезе шири од предмета испуњења уговора, па пропашћу такве ствари не наступа објективна немогућност испуњења, односно неко друго лице би могло испунити уговорну обавезу која терети дужника. Једино ако су предмет обавезе ствари одређене по роду које се имају узети из одређене масе тих ствари, па пропадне цела та маса, обавеза се гаси (чл. 355 ст. 1 и 2 ЗОО). С обзиром на наведено, пропаст предмета уговора који чине ствари одређене по роду није разлог због кога би уговор престао по сили закона, а не испуњава ни услове за једнострану раскид уговора (осим ако је реч о наведеном изузетку).

И на крају, ако је дужник обавезе (па тако и уговорне обавезе) запао у доцњу па је након тога наступила немогућност испуњења те обавезе, онда се он сматра одговорним и на место немогуће обавезе наступа обавеза да повериоцу надокнади штету. Од тога се може ослободити само ако докаже да није крив за доцњу, као и да би ствар која је предмет

обогатио. Драган Павић, „Коментар члана 138“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд, 1995, 276.

22 Реч је о правилима која су која су систематизована у Глави IV под насловом: „Престанак обавеза“, Одељак 3 „Остали начини престанка обавезе“, Одсек 5 „Немогућност испуњења“ (чл. 354–356 ЗОО). У питању су општа правила која се примењују само ако исто питање које регулишу није другачије уређено посебним правилима за престанак двостраних уговора (која су систематизована у Глави II под насловом „Настанак обавеза“, Одељак 1 „Уговори“, Одсек 5 „Двострани уговори“, део V „Немогућност испуњења“, чл. 137–138 ЗОО).

обавезе пропала чак и да је на време испунио своју уговорну обавезу (чл. 262 ст. 2 и 4 ЗОО).

3. Престанак уговора одлуком суда по тужби за раскид уговора због промењених околности

Закон о облигационим односима прихвата институт *clausula rebus sic stantibus* и изричито допушта тужбу једне уговорне стране да од суда тражи да раскине уговор због тога што се, услед околности које су наступиле након његовог закључења, више не може остварити сврха уговора.²³ Раскидањем уговора у описаној ситуацији наступају правне последице које и иначе наступају по раскиду уговора.²⁴

Једина разлика у дејствима раскида по одлуци суда због промењених околности и раскида уговора због неиспуњења је у томе што страна којој је отежано испуњење у том случају не дугује накнаду штете по општим правилима, већ само накнаду за правичан износ претрпљене штете.²⁵

4. Ништавост уговора

а) *Апсолутно ништав уговор*

Апсолутно ништав уговор није пуноважан и као такав не производи правна дејства од момента када је закључен (*ex tunc*),²⁶ а пресуда суда којом се утврђује његова ништавост је декларативна. Ако су

23 Тужба је основана ако је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна, те да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је (чл. 133 ст. 1 и 3 ЗОО). Да би тужба била допуштена неопходно је да суд буде уверен да тужилац није био дужан да у време закључења уговора узме у обзир ове околности, нити их је могла избећи или савладати (чл. 133 ст. 2 ЗОО).

24 Чл. 132 ЗОО гласи: (1) Раскидом уговора обе стране су ослобођене својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете. (2) Ако је једна страна извршила уговор потпуно или делимично, има право да јој се врати оно што је дала. (3) Ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања се врше по правилима за извршење двостраних уговора. (4) Свака страна дугује другој накнаду за користи које је у међувремену имала од онога што је дужна вратити односно надокнадити. (5) Страна која враћа новац дужна је да плати затезну камату од дана када је примила исплату

25 Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2205/2013 од 16. јануара 2014. године, наведено према: М. Караникић Мирић, 314.

26 На ништавост уговора суд пази по службеној дужности, а право да се позове на ништавост уговора има свако заинтересовано лице. Право на истицање апсолутне ништавости уговора се не гаси, а одлука суда којом се утврђује ништавост има

обавезе из таквог уговора испуњене онда, након што је суд утврдио да је уговор ништав, настаје обавеза реституције, односно враћања у стање које је било пре закључења уговора. Правило је да се враћање врши у натури, а ако то није могуће или се природа онога што је испуњено противи враћању (на пример, пружена је нека услуга, итд.), примениће се новчана реституција (чл. 104 ст. 1 ЗОО). У неким случајевима суд може наложити да се реституција не врши у корист стране уговорнице која је знала да је уговор ништав, већ у корист општине на чијој територији та страна има седиште, односно пребивалиште, односно боравиште. Приликом доношење одлуке о овом питању суд ће водити рачуна о савесности обе уговорне стране, о значају угроженог добра или интереса, као и о моралним схватањима.²⁷

Поред реституције, иза апсолутно ништавог уговора, чија је ништавост утврђена правоснажном пресудом, може настати и обавеза на накнаду штете, али само када је једна страна крива за закључење таквог уговора и под условом да је друга страна била савесна.²⁸ Штете које могу настати у овом случају по правилу се односе на трошкове којима се савесна страна изложила верујући да је закључила пуноважан уговор.²⁹ У правној теорији је ова штета позната као негативни уговорни интерес, који се доводи у везу и са штетом због неоснованог прекида преговора за закључење уговора (*culpa in contrahendo*).³⁰

Ако уговор може опстати и без ништавих одредби, што је могуће само ако ништавост не погађа одредбе које су биле услов уговора или одлучујућа побуда због које је уговор закључен, онда ће уговор бити само делимично ништав и важиће без одредби које су ништаве.³¹

декларативно дејство. Вид. Слободан Перовић, *Забрањени ујовори у имовинско-правним односима*, Београд, 1975, 21 и даље.

27 ЗОО, чл. 104 ст. 2 и 3.

28 ЗОО, чл. 108.

29 Бранко Мораит, *Облијационо право, Књига прва: Облијације и ујовори*, Бања Лука, 2010, 421–422.

30 Јаков Радишић, *Облијационо право: Ојшњи гео*, Ниш, 2016, 225.

31 ЗОО, чл. 105. Међутим, уговор ће и тада остати на снази ако је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње (чл. 105 ст. 2 ЗОО). На пример, када се у уговор о позајмици унесе затезна камата која је виша од прописане стопе затезне камате, или када је уговорена цена горива виша од прописане цене. Ове одредбе су апсолутно ништаве јер су супротне императивним прописима, али оне неће бити поништене, већ ће остати на снази до границе прописане камате, односно до износа прописане цене. Пример наведен према Врлета Круљ, „Коментар уз члан 105“, *Коментар Закона о облијационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983, 355.

б) Релативно ништав уговор

Релативно ништави (рушљиви) уговори производе правна дејства док се судском одлуком не пониште. Ако се судски поступак у коме се постави питање релативне ништавости уговора не покрене у законом прописаном року (три године од дана закључења уговора, односно у року од једне године од сазнања за разлог рушљивости), онда се његова пуноважност више не може довести у питање и такав уговор се сматра пуноважним од момента када је закључен.³²

Поништењем релативно ништавог уговора судском одлуком настаје обавеза реституције која подразумева да ће свака страна вратити другој оно што је од ње примила на име извршења уговора, и то по правилу у природи, а ако то није могуће, онда као новчана реституција.³³ Поред тога, за уговорну страну која је узроковала ништавост настаје обавеза накнаде штете другој страни, али само ако је она била савесна.³⁴ У овом случају је, као и код апсолутно ништавог уговора, реч о накнади штете у виду негативног уговорног интереса.

5. Остали начини престанка обавеза као основ за престанак уговора

а) Ошказ уговора

Отказ је један од начина за престанак облигација из трајног дуговинског односа коме није одређено време трајања. Такав дуговински однос може настати и закључењем уговора који се извршавају из више радњи чињења. Они се по правилу закључују са одређеним роком трајања, али то није услов њихове пуноважности, па када тај рок није одређен тада свака страна може путем отказа да га оконча.

Отказ уговора је сличан раскиду уговора по томе што се реализује једностраном изјавом стране уговорнице. Међутим, између њих је битна разлика у томе што отказ није везан за повреду уговора, а то значи да право да откаже уговор припада свакој уговорној страни и да га она може користити у свако доба, осим у невреме.³⁵

32 ЗОО, чл. 117.

33 ЗОО, чл. 113.

34 ЗОО, чл. 115.

35 Да би отказ производио правно дејство, изјава о отказу мора бити достављена другој страни, али уговор не престаје тада, већ након истека отказног рока. Отказни рок може бити одређен уговором, а ако такве одредбе у уговору нема, онда у трајњу одређеном законом или обичајем, а у крајњем случају истеком примерног рока (чл. 358 ст. 4 ЗОО).

Када трајни уговор престане на основу отказа, тада наступају иста дејства као код раскида уговора са узастопним испорукама за убудуће. То значи да отказом не настаје право на реституцију онога што се већ испунило пре него што је уговор престао, као и да обавезе које до тог момента нису испуњене не престају и поверилац има право да захтева њихово принудно извршење, као и да користи и друга правна средства за случај неиспуњења уговорне обавезе. Исто правило важи и када таква уговор престане због протекла рока.³⁶

б) Пребијање (компензација)

Компензација је начин престанка облигација на основу обрачунавања међусобних потраживања између учесника компензације. Када је то потраживање из уговорног односа, онда се компензација врши на основу изјаве уговорног дужника да пребија потраживања које има према уговорном повериоцу са оним што тај поверилац потражује од њега.³⁷ Није нужно да потраживања која се пребијају потичу из истог извора, нити да имају исти правни основ, као ни да су једнаке вредности, али јесте нужно да оба потраживања гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и истог квалитета, као и да су оба доспела и утужива.³⁸

Пребијање доводи до дефинитивног гашења оба потраживања ако су она једнаке вредности.³⁹ Под одређеним околностима гашење потраживања дужника из уговорног односа на основу компензације може да има за резултат престанак уговора на основу његовог испуњења. Да би та последица наступила нужно је да је дужник из тог уговора, а то је по правилу онај чија обавеза представља карактеристичну престајацију (нпр. обавеза продавца да испоручи робу), испунио своју уговорну обавезу према повериоцу пре компензације. У том случају компензација води престанку уговора јер су обе стране испуниле своје уговорне обавезе.

в) Општање (опрост) дуга

Отпуштање или опростај дуга је споразум између страна уговорница којим поверилац из тог уговора изјави да неће тражити испуњење

36 Отказ као престанак трајног дуговинског односа уређује чл. 358 ЗОО.

37 У суштини, код компензације свака страна плаћа себи оно што дугује другој страни; свака гаси тражбину друге жртвовањем vlastите тражбине. Ј. Радишић, 413.

38 ЗОО, чл. 336.

39 Ако је дуг дужника из уговора мањи од потраживања према повериоцу, онда се повериочева обавеза према уговорном дужнику само умањила за пребијени износ.

уговорне обавезе од дужника, па се дужник са тим сагласио (чл. 344 ЗОО). Ово може да значи престанак уговора само ако је поверилац, који опрашта дуг, већ испунио своју уговорну обавезу, као и да му је опростио цео дуг, а не само његов део. Након престанка уговора на овај начин престаје и облигациони однос између повериоца и дужника из тог уговора, као и у вези са тим уговором.

ī) Новација

Новација или пренов представља договор повериоца и дужника из једног облигационо-правног односа којим се постојећа обавеза из тог односа мења новом обавезом. Услов да би се такав договор сматрао новацијом је да нова обавеза има различит предмет или различит правни основ.⁴⁰ Ако се новација односи на обавезу из пуноважно закљученог уговора, онда та обавеза престаје и уместо ње настаје нова обавеза.⁴¹ Дејство новације огледа се у гашењу облигационог односа који је новацијом замењен другим, новим облигационим односом.

С обзиром на напред наведено, новацијом се може угасити једна уговорна обавеза како би уместо ње настала нова. Ако су све уговорне обавезе, осим обавезе која престаје новацијом, извршене пре него што је договорена новација, онда би то могло да се посматра и као престанак уговора, али не са дејством престанка облигационо-правног односа између уговорних страна јер на место обавезе која је престала наступа друга обавеза. Ако из неког разлога уговор о пренову буде поништен, онда се сматра да пренова није ни било и да ранија обавеза није ни престала да постоји.⁴² Новација обавезе која је настала на основу пуноважно закљученог уговора је слична уговору о промени уговора, али се од њега разликује због специфичних правних дејстава која се огледају у томе што престанком главне обавезе услед новације престају, по сили закона, залога и јемство као споредне обавезе које су за њу биле везане, осим ако је другачије договорено са залогодавцем или јемцем.

40 ЗОО, чл. 348 ст. 1. Подразумева се да се новација може извршити променом и предмета и основа обавезе, на пример, дужник се обавезе да ће уместо позајмљене ствари дуговати извесну суму новца као купац ствари. Вид. Ј. Радишић, 423.

41 Међутим, није новација ако се договором повериоца и дужника мења или додаје одредба о року, о месту, или о начину испуњења, затим накнадни споразум о камати, уговорној казни, обезбеђењу испуњења или којој другој споредној одредби, као и споразум о издавању нове исправе о дугу (чл. 358 ст. 2 ЗОО).

42 ЗОО, чл. 352.

g) Сједињење

У неким случајевима спајања или припајања два привредна субјекта, која су у међусобним дужничко-поверилачком односу, могуће је да се у истом лицу сједине улога дужника и повериоца.⁴³ Ако је уговор извор обавезе, онда то по правилу води до коначног гашења облигационог односа тако да након тога настаје тзв. „правни вакуум“.

ђ) Престанак привредног субјекта

Код уговора који су закључени *intuitu personae* односно с обзиром на лична, односно специфична својства дужника уговор престаје смрћу дужника ако је то физичко лице (предузетник), односно престанком привредног субјекта који је правно лице.⁴⁴

IV Карактеристична дејства престанка уговора

1. Реституција

Концепт реституције потиче из римског права у коме је разматран у контексту преноса права својине који се одвијао у два корака: прво се закључује уговор подобан да пренесе својину на основу кога се преносилац обавезује да ће стицаоцу предати ствар која је предмет уговора (*iustus titulus*), да би се потом извршила предаја ствари у складу са тим уговором (*modus acquirendi*). Својина прелази на стицаоца у моменту предаје ствари. Ако уговор није пуноважно закључен, онда предаја није довољна да произведе то дејство и поверилац у том случају стиче право да захтева реституцију.

Овај концепт је преузет у европске грађанске законике, између осталог и као саставни део уговорног права. Примењује се у случају

43 ЗОО, чл. 353.

44 ЗОО, чл. 359. Могуће начине престанка привредних друштава регулише Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 95/2018, 91/2019 и 109/2021. Привредна друштва (ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво) престају брисањем из регистра по основу спроведене ликвидације (добровољне или принудне), стечаја или на основу статусних промена које имају за последицу престанак друштва. Под законом предвиђеним условима, друштво може престати и на основу одлуке суда, и то: ортачко друштво у складу са чл. 118 ЗПД; командитно друштво такође на основу чл. 118 ЗПД (на чију примену упућује чл. 138 ЗПД); акционарско друштво у складу са условима из чл. 469 ЗПД; друштво са ограниченом одговорношћу такође под условима из чл. 469 ЗПД (на чију примену упућује чл. 239 ЗПД).

престанка уговора под условом да је страна која тражи реституцију бар започела извршење своје уговорне обавезе.⁴⁵ У складу са традицијом римског права, реституција је натурална и тај концепт је и данас задржан, али се паралелно примењује и новчана реституција. Новчана реституција је доминантна у трговачким уговорима зато што натурална реституција може да успори и значајно поскупи довођење у правно регуларно стање дужничко-поверилачке односе између страна уговорница након престанка уговора, што може посебно да оптерети међународне трговинске уговоре због чињенице да су уговорне стране просторно веома удаљене.⁴⁶

У енглеском праву је реституција као правни институт развијена као средство за спречавање неоснованог обогаћења.⁴⁷ Ипак, реституција је временом и у енглеском праву (као и у другим англосаксонским пра-

45 Право на реституцију се стиче престанком уговора, независно од основа по коме се то догодило. Изузетак у том погледу је немачко право у коме се прави јасна разлика између престанка уговора по основу раскида због неиспуњења (*Rücktritt*), с једне стране, и непуноважних уговора по било ком основу (*Anfechtung*), с друге. Раскидом уговора се не поништавају дејства уговора, али свака страна стиче право на реституцију онога што је дала другој страни на име испуњења тог уговора (§ 346 [*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB]). Сматрало се да реституција искључује право на накнаду штете због повреде уговора, али је данас то гледиште превазиђено. Уговори који су по самом закону непуноважни не производе правна дејства и све што је испуњено у уверењу да су обавезе из тог уговора пуноважне нема правни основ, а то значи да се страна која је нешто примила на име његовог испуњења неосновано обогатила. Право на реституцију осиромашена страна стиче на основу правила о реституцији прописаној као правном средством на које стиче право осиромашени у облигационом односу насталом на основу неоснованог обогаћења (§ 812 BGB). Reinhard Zimmermann, „Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law“, *Restitution Law Review*, Nr. 5/1997, 13–17. По узору на немачки модел формулисана су и правила у Нацрту заједничког референтног оквира за приватно право (*Draft Common Frame of Reference*) из 2009. године. Вид. и Katarina Jovičić, Slobodan Vukadinović, „Differences of Property Transfer Systems in Europe – the challenge of substantive unification of contract law in the 21st century“, *The Challenge of Substantive Unification of Contract Law in the 21st Century* (eds. Jelena Simić, Aleksa Radonjić), Belgrade, 2021, 130–132.

46 Ingeborg Schwenzer, „The Right to Avoid the Contract“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2012, 214.

47 Право да се захтева реституција због раскида уговора се дуго није ни разматрало јер се полазило од тога да доктрина *consideration*, карактеристична за енглеско уговорно право, упућује на закључак да нема основа за реституцију када обе стране изврше пуноважни уговор. Штавише, за то нема основа ни ако је извршен ништав уговор, осим ако постоји неки посебан разлог који указује на неосновано обогаћење, на пример једна страна је платила другој одређени износ у погрешном уверењу да је то била њена обавеза. Pietro Sirena, „The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 19, Nr. 6/2011, 984–985.

вима) прихваћена као легитимни интерес повериоца у поступку за накнаду штете због повреде уговора.⁴⁸

2. Накнада штете

Накнада штете због престанка уговора има за циљ да се имовина оштећеног доведе у стање у коме би била да су уговорне обавезе уредно испуњене. У континенталним правима, која у односу и на ово питање следе традицију римског права, поверилац доказује и, ако у томе успе, остварује накнаду за стварну штету (*damnum emergens*) која се означава и као позитивна штета, као и накнаду на име измакле користи (*lucrum cessans*) која се означава и као негативна штета.⁴⁹ На тај начин он остварује пуну компензацију за претрпљену штету. У пракси накнаде штете остварење пуне компензације је често недостижно за оштећеног зато што штету није ни лако ни једноставно доказати, посебно када је реч о измаклој користи. Због тога поверилац, који је слободан да одлучи како ће формулисати тужбени захтев, може да на име накнаде штете потражује само накнаду стварне штете са очекивањем да стање имовине доведе у оно у коме би била да уговор није ни био закључен.⁵⁰

48 Вид: David Campbell, Donald Harris, „In Defence of Breach: A Critique of Restitution and the Performance Interest“, *Legal Studies*, Vol. 22, Nr. 2/2002, 209–210; Adam Kramer, *The Law of Contract Damages*, Third edition, Bloomsbury Publishing, 2022, Perlego online Library, доступно на адреси: https://ereader.perlego.com/1/book/3557407/40?element_originalid=sec_23-2, 1. 3. 2023.

49 Чл. 155 ЗОО. У правној теорији се штета због повреде уговора дели и на позитивни, односно негативни уговорни интерес, према томе да ли је настала због неправилности у извршењу уговора (позитивни уговорни интерес, односно измакла корист) или зато што уговор није закључен, односно није пуноважан (негативни уговорни интерес, односно стварна штета). Ову поделу треба разликовати од поделе на позитивну и негативну штету у том смислу што негативна штета (која обухвата изгубљену корист), по правилу, улази у позитивни уговорни интерес, али она, такође, може бити и елемент негативног уговорног интереса, на пример ако поверилац пропусти да закључи уговор са трећим лицем зато што је веровао да је закључио пуноважни уговор који ће бити извршен. Позитивна штета због повреде уговора се односи на стварну штету.

50 У енглеском праву, као и другим правима која су се развијала под његовим утицајем, накнада штете има другачији развојни пут и начело интегралне штете (пуне компензације) се не објашњава као право на стварну штету и измаклу корист, већ с обзиром на законом заштићени интерес повериоца који он настоји да оствари од накнаде штете. У том смислу, он највише може остварити накнаду у износу који покрива његова очекивања од испуњења уговора (*expectation interes*), што одговара накнади како стварне штете тако и измакле користи у континенталним правима. Штете које могу настати као последица повреде овог повериоцевог интереса могу обухватити три врсте губитака: директне штете (*direct loss*), узредне штете (*incidental loss*) и индиректне штете (*consequential loss*). Алтернативно, оштећени може формулисати тужбени захтев тако да потражује накнаду само оне штете

Поверилац нема право да истовремено кумулира више захтева који имају за циљ поправљање штете јер сума обештећења не треба да буде ни већа ни мања од настале штете, већ њој еквивалентна. Најзначајније питање које се поставља у вези са накнадом штете је како се она одређује а то подразумева утврђење које штете могу бити обухваћене повериочевим одштетним захтевом и у том контексту је неопходно јасно одредити границе између стварне штете и измакле користи, односно *expectation interest* и *reliance interest* у англосаксонским правима. Коначни износ накнаде штете се, након тога, одређује у складу са правилима о одмеравању уговорне штете прописаним законом (чл. 266–269 ЗОО).

V Закључна разматрања

Закључењем трговинског уговора настаје дужничко-поверилачки однос који по редовном току ствари престаје по сили закона када обе стране уредно испуне све уговорене обавезе. Уговори престају и због других разлога односно основа, али они не подразумевају да се истовремено гаси и облигациони однос између страна уговорница. Престанком уговора стране уговорнице губе право да захтевају извршење уговорних обавеза јер за то више не постоји правни основ. Ово правило не важи за доспеле обавезе из уговора са узастопним испорукама које нису извршене до момента раскида уговора ако се раскид односи само на будуће обавезе.

Уместо уговорених обавеза које су престале, а под условом да су стране уговорнице пре тога бар започеле њихово извршење, настаје обавеза реституције. Паралелно са реституцијом али и независно од ње оштећени поверилац има право да захтева накнаду штете под условом да докаже да је претрпео штету због повреде уговора као и њену висину. Исте правне последице наступају и када су уговорне стране извршиле, делимично или у целини, обавезе из уговора који је апсолутно ништав, односно из рушљивог уговора који није конвалидиран. Ако је уговор престао услед тога што је уговорна обавеза престала на неки од осталих начина престанка обавеза (отказ, компензација, опрост дуга, новација, сједињење и престанак привредног субјекта) питања реституције и накнаде штете се, по правилу, не постављају зато што цео уговор у тим околностима може престати, по правилу, само под условом да су обавезе које престају на основу осталих начина престанка облигација једине, односно последње неиспуњене обавезе из предметног уговора.

коју је претрпео зато што се поуздао да ће уговор бити испуњен (*reliance interest*), што се односи само на накнаду стварне штете. John Gotanda, „Damages in Lieu of Performance“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424, 10. 3. 2023, 3–5.

Престанак уговора, међутим, не утиче на све уговорне клаузуле и неке од њих опстају и након што је престао уговор у оквиру кога су формулисани. То се пре свих односи на пророгациону клаузулу као и на арбитражну клаузулу које су уговорене за случај потребе за решавањем спорних односа проистеклих их закљученог уговора и којима се прецизира надлежност одређеног суда односно арбитраже у тим поступцима. Поред тога, престанком уговора се не гасе ни уговорне клаузуле које су формулисани са циљем решавања међусобних односа страна уговорница у случају да уговор престане као што су, на пример, договори о реституцији, о накнади штете, уговорној казни итд.⁵¹ Примена ових уговорних клаузула, под условом да су пуноважне, може се отклонити искључиво накнадним споразумом страна уговорница.

Коришћена литература

- Vizner Boris, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978.
- Gotanda John, „Damages in Lieu of Performance“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917424, 10. 3. 2023.
- Доловић Катарина, „Непостојећи уговори“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011. (Dolović Katarina, „Nepostojeći ugovori“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011)
- Дудаš Атила, „Преглед релевантне литературе о основу (циљу) уговорне обавезе у европско-континенталном (*causa*) и англосаксонском праву (*consideration*)“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 3/2009. (Dudaš Atila, „Pregled relevantne literature o osnovu (cilju) ugovorne obaveze u evropsko-kontinentalnom (causa) i anglosakosnskom pravu (consideration)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2009)
- Zimmermann Reinhard, „Restitution after Termination for Breach of Contract in German Law“, *Restitution Law Review*, Nr. 5/1997.
- Zimmermann Reinhard, *The law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford, 1996.
- Јовановић Небојша, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020. (Jovanović Nebojša, „Opšti osnov ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 1/2020)

51 Вид. Д. Можина, 492–493.

- Јовичић Катарина, „Одређење појма неизвршења уговора с освртом на неизвршење уговора о продаји робе“, *Страни њрави живоји*, бр. 1/2014. (Јовичић Катарина, „Одређење појма неизвршења уговора с освртом на неизвршење уговора о продаји робе“, *Страни њрави живоји*, бр. 1/2014)
- Јовичић Катарина, „Услови под којима поверилац стиче право да раскине уговор због неиспуњења и ограничења за употребу тог права“, *Страни њравни живоји*, бр. 1/2015. (Јовичић Катарина, „Услови под којима поверилац стиче право да раскине уговор због неиспуњења и ограничења за употребу тог права“, *Страни њравни живоји*, бр. 1/2015)
- Јовичић Катарина, Вукадиновић Слободан, „Differences of Property Transfer Systems in Europe – the challenge of substantive unification of contract law in the 21st century“, *The Challenge of Substantive Unification of Contract Law in the 21st Century* (eds. Jelena Simić, Aleksa Radonjić), Belgrade, 2021.
- Јовичић Катарина, Вукадиновић Слободан, „Утицај пандемије COVID-19 на уговорну одговорност“, *Противрјечја савременој њрави* (ур. Станка Стјепановић, Радомир В. Лукић, Димитрије Ђеранић), Источно Сарајево, 2022. (Јовичић Катарина, Вукадиновић Слободан, „Утицај пандемије COVID-19 на уговорну одговорност“, *Противрјечја савременог права* (ур. Станка Стјепановић, Радомир В. Лукић, Димитрије Ђеранић), Источно Сарајево, 2022)
- Караникић Мирић Марија, „Промене околности и расподела ризика“, *Српска њолиџичка мисао*, бр. 3/2020. (Караникић Мирић Марија, „Променјене околности и расподела ризика“, *Српска политичка мисао*, бр. 3/2020)
- Kramer Adam, *The Law of Contract Damages*, Third edition, Bloomsbury Publishing, 2022, Perlego online Library, доступно на адреси: https://ereader.perlego.com/1/book/3557407/40?element_originalid=sec_23-2, 1. 3. 2023.
- Круљ Врлета, „Коментар уз члан 105“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983. (Kruļj Vrleta, „Komentar uz član 105“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd, 1983)
- Markesinis Basil, „Cause and Consideration: A Study in Parallel“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 37, Nr. 1/1978.
- Милошевић Љубиша, „Коментар члана 132“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1983. (Milošević Ljubiša, „Komentar člana 132“, *Komentar*

- Zakona o obligacionim odnosima* (red. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd, 1983)
- Можина Дамјан, „Раскид уговора: Скица и Закон о облигационим односима“, *Анали Правној факултету у Београду: Посебан број у част професора Михајла Констининовича*, 2022. (Možina Damjan, „Raskid ugovora: Skica i Zakon o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu: Poseban broj u čast profesora Mihajla Konstantinovića*, 2022)
- Мораит Бранко, *Облигационо право, Књига прва: Облигације и уговори*, Бања Лука, 2010. (Morait Branko, *Obligaciono pravo, Knjiga prva: Obligacije i ugovori*, Banja Luka, 2010)
- Орлић Миодраг, „Consideration и опозивост понуде“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–3/1991. (Orlić Miodrag, „Consideration i opozivost ponude“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3/1991)
- Павић Драган, „Коментар члана 138“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд, 1995. (Pavić Dragan, „Komentar člana 138“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. Slobodan Perović), Beograd, 1995)
- Перовић Слободан, „Коментар члана 132“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд, 1995. (Perović Slobodan, „Komentar člana 132“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. Slobodan Perović), Beograd, 1995)
- Перовић Слободан, *Забрањени уговори у имовинско-правним односима*, Београд, 1975. (Perović Slobodan, *Zabraњeni ugovori u imovinsko-pravnim odnosima*, Beograd, 1975)
- Радишић Јаков, *Облигационо право: Ојшћи део*, Ниш, 2016. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo: Opšti deo*, Niš, 2016)
- Радовановић Сања, Мишћевић Николина, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2020. (Radovanović Sanja, Mišćević Nikolina, „O podeli na nepostojeće i ništave ugovore u domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2020)
- Салма Јожеф, „Кауза облигационих уговора“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду* бр. 2/2006. (Salma Jožef, „Kauza obligacionih ugovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 2/2006)
- Sirena Pietro, „The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law“, *European Review of Private Law*, Vol. 19, Nr. 6/2011.

Schwenzer Ingeborg, „The Right to Avoid the Contract“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2012.

Campbell David, Harris Donald, „In Defence of Breach: A Critique of Restitution and the Performance Interest“, *Legal Studies*, Vol. 22, Nr. 2/2002.

Capitant Henri, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, Troisième Édition, Paris, 1927.

Katarina JOVIČIĆ, PhD

Senior Research Fellow at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia

LEGAL GROUNDS FOR TERMINATION OF COMMERCIAL CONTRACTS IN SERBIAN LAW

Summary

The paper presents the grounds for terminating commercial contracts according to the rules of the Law on Obligations. Bearing in mind that trade contracts are bilaterally binding, they terminate upon the special rules of the Law for mentioned group of contracts which include: fulfilment of all contractual obligations as stipulated, termination of a contract, impossibility of performance and judicial termination of the contract due to changed circumstances. The paper also discusses the situation of execution of a void contract because of their rescission arise the same questions. Finally, starting from the fact that contract is one among several sources of obligations, the general rules of the Law for the termination of obligations regardless of the source of their origin are considered too, as they, under certain circumstances, can lead to contract termination.

The analysis of each ground could be the subject of separate scientific work and in domestic literature, they are frequently treated in this manner. In contrast, the possible grounds for terminating the contract are systematically presented here, as well as the effects resulting from that. In this work, this issue is presented in a rounded and comprehensive way that is justified by the fact that the legal rules regulating contract termination are not systematized in one place in the Law of Obligations which may make their application more difficult. This approach is justified by the fact that the legal rules regulating contract termination are not systematized in one place in the Law of Obligations

and that complicates their application. The paper aims to contribute to the prevention of disputed situations in the execution of contracts, that is, to the proper application of the law in the process of resolving them.

Key words: *Contract Termination. – Impossibility to Perform a Contract. – Void and Invalid Contracts. – Restitution. – Compensation for Damages.*

Датум пријема рада: 24. 4. 2023.

Датум исправке рада: 20. 5. 2023.

Датум прихватања рада: 27. 6. 2023.

УДК: 339.5:665.6

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23306A

др *Маша* МИШКОВИЋ*
асистент са докторатом Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

АКТИ ДРЖАВНИХ ОРГАНА КАО ВИША СИЛА У УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ НАФТЕ И ГАСА**

Сажетак

У овом раду разматра се улога аката државних органа на извршење обавеза у уговорима о међународној продаји нафте и гаса. Посматра се питање да ли такви акти представљају вишу силу на коју се уговорне стране могу позвати како би се ослободиле од извршења уговорне обавезе и од уговорне одговорности. Наведено питање се анализира кроз арбитражне и судске одлуке у споровима који су поводом овог питања настали још седамдесетих година прошлог века. Питање постаје нарочито актуелно од априла 2022. године, када је у Русији донет Указ о преласку на плаћање гаса у рубљама. Посебну важност привукло је то што је већ донећа једна арбитражна одлука у којој је овај Указ као акт државног органа (председника државе) квалификован као виша сила. На питање да ли акти државних органа представљају вишу силу код

* Електронска адреса аутора: masa.miskovic@ius.bg.ac.rs.

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

уговора о међународној продаји нафте и гаса одговор није једнозначан, јер ће то зависити од околности сваког конкретниог случаја.

Кључне речи: Виша сила. – Акти државних органа. – Продаја нафте и гаса. – Уговори о међународној продаји.

I Увод

1. Актуелност теме

Уговори о међународној продаји нафте и гаса су као дугорочни уговори нарочито осетљиви на различите промене у међународном привредном окружењу, које је веома сложено и пуно неизвесности.¹ Енергија и трговина енергијом имају стратешки значај, те различити дестабилизујући фактори који се појављују током трајања уговора у области енергетике имају значајан утицај не само на конкретан уговорни однос, већ и на националне стратешке интересе.²

Подстицај за писање овог рада је арбитражна одлука *ad hoc* арбитражног суда у Стокхолму од 14. новембра 2022. године, у којој је указ председника Руске Федерације о плаћању гаса у рубљама оцењен као околност која представља вишу силу.³ Циљ рада је да се размотри да ли одлуке, односно акти државног органа, по правилу, представљају вишу силу, нарочито у уговорима о међународној продаји нафте и гаса, или је то ипак околност чија квалификација зависи од специфичности сваког конкретног случаја.

1 Ови уговори се обично закључују на период од 20 и више година. Вид. Pietro Ferrario, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, 3.

2 У енергетском сектору привреде изражен је национални стратешки интерес. Енергија и трговина енергијом су од стратешког значаја зато што значај енергије увек превазилази цену енергената. Вид. Александар Ковачевић, „Трговина енергијом“, *Право енергетике – зборник радова* (ур. Бранислава Лепотић Ковачевић), Београд, 2005, 596.

3 Указ председника Русије бр. 172 од 31. марта 2022. о посебном поступку за испуњавање обавеза страних купаца према руским испоручиоцима природног гаса – Указ о плаћању гаса у рубљама/Указ (*Указ о специјалном порядке исполненија иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа*), доступно на адреси: <http://kremlin.ru/acts/news/68094>, 14. 8. 2023.

Напомена – Арбитражна одлука у овом спору није јавно доступна, те су подаци преузимани са веб-сајтова страна у спору и из других интернет извора.

2. Хронологија арбитражног спора

Спор је настао између финске енергетске компаније „Гасум“ (*Gasum*) и руског „Гаспром Експорта“ (*Газпром Экспорт*), који је зависно друштво с ограниченом одговорношћу руског „Гаспрома“ (са његовим 100% уделом). Компаније су закључиле дугорочни уговор о испоруци природног гаса, чије је трајање предвиђено до 31. децембра 2031. године, са плаћањем у еврима.

Према Указу о плаћању гаса у рубљама, почев од 1. априла 2022. године плаћање за испоруке природног гаса које се спроводе после 1. априла 2022. врши се у рубљама по оним спољнотрговинским уговорима који су закључени са страним лицима, по којима се испорука врши у стране државе које спроводе „непријатељске радње“ у односу на Руску Федерацију, руска правна и физичка лица, као и ако је место регистрације страних лица таква страна држава.⁴ Поред тога, Указом се забрањује даља испорука природног гаса коју руски испоручилац врши страним лицима, ако је рок плаћања истекао, а страни купац није извршио плаћање, извршио је делимично плаћање или је плаћање извршио у инострану валуту или на рачун у банци која не представља овлашћену банку у смислу Указа (једино „Гаспром банка“), ако се испорука врши у државе које предузимају „непријатељске радње“ према Руској Федерацији, руским правним и физичким лицима.⁵

Када је „Гаспром Експорт“ захтевао од „Гасума“ плаћање у рубљама уместо у еврима (како је било предвиђено уговором), „Гасум“ је то одбио и покренуо *ad hoc* арбитражу у Стокхолму. Након тога, у мају 2022. „Гаспром Експорт“ је прекинуо испоруку природног гаса „Гасуму“.

У арбитражној одлуци донетој 14. новембра 2022. године, разматрајући Указ о плаћању гаса у рубљама, одлучено је, између осталог, о три битна питања. Прво, наложено је „Гасуму“ да „Гаспром Експорту“ исплати 300 милиона евра за испоручени природни гас и неиспуњење обавезе „узми или плати“ (*take or pay*), као и камату за доцњу у исплати цене.⁶ Наведено плаћање, према одлуци арбитраже, треба извршити у еврима, како је предвиђено уговором. Друго, одлучено је да Указ о преласку на плаћање природног гаса искључиво у рубљама представља

4 Указ, тач. 1 а).

5 Указ, тач. 1 б).

6 „*Take or pay*“ је одредба у уговору о продаји (најчешће у енергетским уговорима), којом се купац обавезује да од продавца купи унапред договорену количину робе у одређеном периоду, најчешће на годишњем нивоу (*Annual Contract Quantity – ACQ*), односно до одређеног датума, или се обавезује да продавцу плати одређени износ и када предвиђену количину робе није купио. Вид. investopedia.com/terms/t/takeorpay.asp, 11. 8. 2023; P. Ferrario, 3, 18.

вишу силу, те даје право „Гасуму“ на раскид уговора. Треће, арбитражни суд је обавезао уговорне стране да наставе преговоре како би решиле настали проблем (без обзира на право „Гасума“ да раскине уговор), посебно у вези са даљом испоруком природног гаса.⁷

II Виша сила у уговорима о међународној продаји нафте и гаса

Уговори о међународној продаји нафте и гаса су веома осетљиви на непредвиђене околности и промене економске, политичке и правне природе. Имајући у виду да су уговори у области енергетике, по правилу, дугорочни уговори, ризик настанка непредвиђених околности које утичу на извршење уговорних обавеза током њиховог трајања практично постоји увек. Поред тога, у области енергетике је утицај државе и државне политике веома изражен и драстично већи у односу на друге привредне гране.⁸ Стога, и акти државних органа који се доносе током трајања дугорочних уговора могу значајно утицати на (не)извршење уговорних обавеза.⁹

Питање да ли акти државних органа представљају вишу силу, на коју се уговорне стране могу позвати током трајања уговорног односа, иако врло актуелно, није ново. Оно се појављивало у судској и арбитражној пракси још седамдесетих година прошлог века.

UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре, која су општепозната и широко примењивана,¹⁰ имају значајну улогу и у области уговора о међународној продаји нафте и гаса.¹¹ У Начелима се наводе три примера догађаја са објашњењем на који од њих би се уговорне стране могле позвати као на околност више силе, како би се ослободиле од уговорне одговорности.

7 Доступно на адреси: <https://gazpromexport.ru/presscenter/press/2638/>; <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export/>, 14. 8. 2023.

8 А. Ковачевић, 596–597.

9 У правној теорији се говори о „мешању државе у извршење уговорних обавеза“. Вид. Nataliya Barysheva, „Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable“, *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 67, Nr. 2/2018, 73.

10 UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре 2016 (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*), доступно на адреси: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>, 14. 8. 2023.

11 Постоје примери из арбитражне праксе када је арбитражни суд по питању немогућности извршења уговорне обавезе применио UNIDROIT Начела, с обзиром на то да уговор није дефинисао вишу силу, а није садржао ни одредбу о меродавном праву. Вид. арбитражну одлуку ICC бр. 11265 из 2003. године. N. Barysheva, 72.

А, произвођач из државе Х, продаје нуклеарну електрану компанији В из државе У. Према условима уговора, А се обавезује да ће испунити све захтеве електране за уранијумом у периоду од десет година по фиксној цени за тај период, израженој у америчким доларима и плаћањем у Њујорку. Долази до следећих догађаја:

- i. Након пет година десила се девалвација валуте државе У тако што је пала на 1% њене вредности у односу на долар у време закључења уговора. В не може да се ослободи од одговорности, јер су уговорне стране расподелиле овај ризик у уговорним одредбама о плаћању цене.
- ii. Након пет година влада државе У увела је девизну контролу, која спречава В да изврши плаћање у било којој валути, осим валуте државе У. В се ослобађа обавезе плаћања цене у доларима, а А има право да раскине уговор о испоруци уранијума.
- iii. Након пет година светско тржиште уранијума дестабилизovala је група шпекуланата. Цена уранијума на светском тржишту порасла је десет пута у односу на цену из уговора. А се не ослобађа обавезе испоруке уранијума, с обзиром на то да је овај ризик био предвидљив у време закључења уговора.

За тему овог рада значајан је други пример из UNIDROIT Начела, као једини пример који наводи околност која се може сматрати вишом силом. У питању је акт државе (државног органа) као виша сила, која оправдава неиспуњење уговорне обавезе, те даје право страни која не може да добије испуњење, да раскине уговор.

III Акти државних органа као виша сила

Акти државних органа (декрети и други прописи), који уводе одређену забрану у вези са извршењем уговорних обавеза, у многим правним системима могу представљати тзв. „накнадну незаконитост“ (*supervening illegality*) за страну која треба да изврши уговорну обавезу. Они су прихваћени као виша сила, која ослобађа од испуњења уговорне обавезе, ако се испуни и услов несавладивости конкретног догађаја.¹² Опште је прихваћено у различитим правним системима да су основни услови које одређени догађај (околност) треба да испуни да би се сматрао вишом силом спољашњост, непредвидљивост, несавладивост и узочна веза између више силе и неизвршења уговорне обавезе.¹³

12 Angeliki E. Moysidou, *Changed Circumstances in Oil and Gas Contracts*, Athens, 2021, доступно на адреси: <https://dione.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/unipi/13533/Moysidou%20Angeliki%20%20%20MEN19031.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, 18. 7. 2023, 42.

13 Klaus Peter Berger, Daniel Behn, „Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study“, *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 6, Nr.

Поред често разматраног услова несавладивости догађаја, у судској и арбитражној пракси често се анализирао и услов спољашњости догађаја. У одређеним арбитражним одлукама Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе у Паризу (*ICC International Court of Arbitration*) суд је сматрао да услов „спољашњости“ догађаја код аката државних органа није испуњен, ако се ради о државном (јавном) предузећу, те се оно не може позивати на акт државног органа као на вишу силу.¹⁴

Наиме, радило се о два уговора о продаји сирове нафте и нафтних деривата закључена 1974. и 1975. године између алжирског државног предузећа и државног предузећа друге афричке земље. Алжирски продавац је испоручио нафту, али купац није на време платио цену по свим рачунима, те је продавац тужио купца и захтевао плаћање неплаћеног износа цене. Купац је истакао да има довољно новчаних средстава за плаћање, али да не може да добије одобрење централне банке за плаћање у америчким доларима, узимајући у обзир прописе о девизној контроли донете у његовој земљи након закључења уговора. Аргумент купца је био да одбијање централне банке да одобри пренос новчаних средстава у страном валути представља вишу силу која оправдава неизвршење његове уговорне обавезе.¹⁵ Арбитражни суд у овом случају разматрао је да ли се одбијање централне банке да одобри пренос новчаних средстава у страном валути може сматрати „спољњим“ догађајем, како би се купац могао позивати на њега као на вишу силу.

Ове арбитражне одлуке износе преовлађујући став међународне арбитражне праксе о непостојању спољашњег карактера одлуке државног органа, када се ради о државним предузећима. Постоје и друге ИСС арбитражне одлуке у којима арбитражно веће није прихватило аргумент државног предузећа да вишу силу представља одлука министарства енергетике (које над њим врши надзор) о одбијању издавања увозне дозволе за предмет уговора са страном компанијом.¹⁶

4/2019–2020, 109–110; Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 108; Јаков Радишић, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018, 259–260; Валерий Андреевич Фишич, „Концепции форс-мажора и затруднений (*hardship*): сравнительный анализ“, *Юридическая наука*, Но. 8/2022, 83.

14 Вид. ИСС арбитражне одлуке бр. 3099 и 3100 од 30. маја 1979. Ово питање је од посебног значаја у области енергетике, имајући у виду да су уговорне стране код енергетских уговора често управо државна предузећа.

15 Frederick R. Fucci, „Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance“, *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, Nr. 2/2007, 27.

16 *Ibid.*, 28–29.

Напомена – Одлуке су доступне у личној архиви наведеног аутора.

Наведене арбитражне одлуке ИСС из 1979. године заснивају се на одлуци француског Касационог суда од 15. априла 1970. године у случају *Air France*.¹⁷ *Air France* се као државно предузеће (држава је имала 70% удела) позивало на акте Министарства јавних радова (као надзорног органа) као на непредвидљиво и несавладиво „интервенисање“ трећег лица, које оправдава неизвршење уговорних обавеза. Француски Касациони суд је одбио овај аргумент са образложењем да је веза која постоји између државе и дужника сметња да се „интервенисање државе“ сматра самосталним актом, који дозвољава ослобођење од испуњења уговорне обавезе. Како је у одлуци истакнуто, „[а]ко би се прихватила теза *Air France*, било би превише лако да се компаније подвргнуте надзору (*tutelle*) ослобађају од својих обавеза... У ствари, у односу на трећа лица, таква компанија и држава представљају једно исто лице; интервенција државног органа, који је „органски повезан“ са нормалним функционисањем компаније, не представља спољњи догађај на који се компанија може позвати према трећим лицима и уговорним странама.“¹⁸

Као коментар у случају *Air France* француски професор Пјер Мајер (*Pierre Mayer*) истакао је да се не може прихватити спољашња природа аката државних органа (примера ради, министарства) који врше надзор над државним предузећима, већ такав акт за државно предузеће представља „поступак доношења сопствених одлука“ (*own decision process*), и када се представља као спољашњи догађај.¹⁹ Исто мишљење о одсуству „спољашњости“ радњи и одлука државе у случају државних предузећа заступа и немачки професор Клаус Петер Бергер (*Klaus Peter Berger*).²⁰

Овај аргумент је користио арбитражни суд у случајевима одбијања централне банке да државном предузећу одобри пренос новчаних средстава у страниој валути, не посматрајући акт државног органа као околност која представља вишу силу, већ као унутрашњи догађај погођеног уговорника (купца). Наведена аргументација јесте спорна, с обзиром на то да погођени уговорник никако није могао да утиче на одлуку централне банке. Другим речима, одлука централне банке посматрана је као „унутрашњи догађај“, односно сопствена одлука погођеног уговорника, иако је одлуку донело друго лице – држава, која није

17 Вид. фн. 13.

18 F. R. Fucci, 28.

19 *Ibid.*

20 Klaus Peter Berger, „Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Nr. 4/2003, 1352.

уговорник. Међутим, у коментару Пјера Мајера се истиче да се таквим образложењем не пориче разлика између правног субјективитета државе и државног предузећа, већ да треба сматрати да онај ко закључује уговор са „надзираним субјектом“ није спреман да прихвати да га држава у сваком тренутку може ослободити испуњења уговорних обавеза.²¹

Ово питање је разматрано и у арбитражној одлуци у случају *Himpurna*, где се радило о индонежанском енергетском пројекту и тридесетогодишњем уговору о продаји енергије из 1994. године између државног енергетског предузећа *PLN* из Индонезије (купац) и америчког државног предузећа *Himpurna California Energy*, које се обавезало да сагради четири геотермалне јединице и да продаје енергију у периоду од 30 година.²² Због финансијске и монетарне кризе у Индонезији председник је 1997. и 1998. године донео указе о отказивању великог броја енергетских пројеката. Државно предузеће *PLN* је тврдило да је независно од државе и позивало се на указе председника као на вишу силу.²³ Међутим, арбитражни суд је закључио да се *PLN* не може ослободити од одговорности позивајући се на акте државног органа, с обзиром на то да се *PLN* и држава у наведеним околностима не могу сматрати одвојеним субјектима, посебно имајући у виду да је „воља *PLN* потпуно подређена вољи државе“.²⁴ Поред тога, у уговору о продаји енергије је постојала и одредба по којој ће само инвеститор (продавац) моћи да се позива на акт државног органа Индонезије као на вишу силу.²⁵ Ову уговорну одредбу арбитражни суд је протумачио као изричито купчево преузимање ризика доношења одлука државе, које могу утицати на његово извршење уговорне обавезе.²⁶

Међутим, постоје и супротне арбитражне одлуке у области спољне трговине предузећа из бивших совјетских земаља, у којима је суд сматрао да постоји независни (одвојени) правни субјективитет државних предузећа и државе. Имајући у виду да нема истоветности државе и државног предузећа, одлука државног органа може представљати вишу

21 F. R. Fucci, 28.

22 Случај *Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara [PLN]* и одлука од 4. маја 1999. године – Одлука у случају *Himpurna*, Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 25, 2000, доступно на адреси: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Claimants%27%20Reply%20%28Redacted%20per%20PO8%29/Legal%20Authorities/CL-0048.PDF, 11. 8. 2023, § 1.

23 Одлука у случају *Himpurna*, § 84.

24 Одлука у случају *Himpurna*, § 102–103.

25 Одлука у случају *Himpurna*, § 98.

26 Одлука у случају *Himpurna*, § 101.

силу на коју се државно предузеће позива.²⁷ На сличан начин, британски Дом лордова (у функцији Врховног суда) је за државна предузећа (која потпуно контролише држава) такође сматрао да треба прихватити разликовање правног субјективитета државе и државних предузећа, те је у једној одлуци закључио да се пољско државно предузеће *Rolimpex* које извози шећер може позивати на одузимање извозне дозволе, коју је учинило пољско Министарство спољне трговине, као на околност више силе, како би оправдало неизвршење уговорних обавеза.²⁸

Када се сагледају арбитражне одлуке у којима је закључено да акти државних органа за државна предузећа не могу представљати вишу силу, могло би се рећи да у тим споровима арбитраи ипак нису заузимали начелан став, већ су били вођени уговорним одредбама и расподелом ризика непредвиђених догађаја између уговорних страна.²⁹ Чини се да би питање (не)зависности државног предузећа од државе ипак требало решавати од случаја до случаја, тако што би се испитивали основни услови који морају бити испуњени како би се одређена околност сматрала вишом силом – спољашњост, непредвидљивост и несавладивост. Да ли код аката државних органа постоји спољашњост када се ради о извршењу уговорних обавеза државних предузећа, такође је фактичко питање које би требало решавати узимајући у обзир све околности конкретног случаја, а посебно степен контроле државе, односно степен независности државног предузећа од државе: удео државе у капиталу, именовање чланова управе, вршење надзора, питање да ли тарифу утврђује држава, да ли је државно предузеће у суштини инструмент државне политике и слично.

Иако се у начелу полази од одвојености (различитости) правног субјективитета државе и државног предузећа, ипак се може рећи да позивање државног предузећа на акте државног органа своје државе као на вишу силу како би се оправдало неизвршење уговорних обавеза, не би требало прихватити као опште правило у спољнотрговинским уговорима, јер би се тиме отворио простор да држава у сваком моменту може да ослободи државна предузећа од извршења уговорне обавезе и

27 На пример, одлука ICC бр. 2478 од 1974. године, у којој је арбитражни суд закључио да одузимање дозволе за извоз које је учинила влада Румуније за државно предузеће – продаваца и извозника нафте представља вишу силу не само према уговору, већ и „према општим принципима права“. Доступно на адреси: https://www.trans-lex.org/202478/_/icc-award-no-2478-in-1974-ysa-1978-at-222-et-seq-/, 11. 8. 2023.

28 Одлука у случају *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego Rolimpex* из 1978. године, доступно на адреси: <http://www.uniset.ca/other/cs3/1979AC351.html>, 11. 8. 2023.

29 R. Fucci, 30.

од уговорне одговорности, што би за инвеститоре представљало велику правну несигурност.

Када је у питању Указ о плаћању гаса у рубљама, арбитражни суд у Стокхолму је закључио да Указ као акт државног органа (председника државе) у овом случају представља вишу силу, дајући право финској компанији „Гасум“ да раскине уговор. У складу са Указом, „Гаспром Експорт“ је дужан да заустави испоруку природног гаса страним лицима, ако је потраживање доспело, а није плаћено у целости у рубљама, ако је делимично плаћено или је плаћено у страниој валути и/или на рачун банке која не представља овлашћену банку у складу са Указом.³⁰ Арбитражни суд је обавезао „Гасум“ да „Гаспром Експорту“ плати 300 милиона евра, што обухвата цену за до тада испоручени гас, камату за период доцње и накнаду за неиспуњење обавезе „узми или плати“ (*take or pay*). Притом, плаћање наведеног износа по одлуци арбитраже потребно је извршити у еврима, као што је било предвиђено уговором, али за све будуће испоруке (након почетка примене Указа) плаћање би се вршило у рубљама. Међутим, Указ се сматра вишом силом, на основу које „Гасум“ може раскинути уговор о испоруци природног гаса.³¹ Ипак, арбитража је уговорне стране обавезала да спроведу преговоре како би се решило спорно питање о будућим испорукама гаса и будућем плаћању.³²

IV Могуће правне последице више силе

1. Последице више силе према UNIDROIT Начелима

UNIDROIT Начела предвиђају да су основне последице наступања више силе ослобођење од извршења уговорне обавезе и ослобођење од уговорне одговорности, односно одговорности за штету насталу неизвршењем уговорне обавезе (под условом да је друга страна благовремено обавештена о вишој сили).³³ Некада ће наступање више силе потпуно онемогућити извршење уговорне обавезе, али некада ће то бити привремено, те ће у последњем случају последица позивања на вишу силу ипак бити одлагање извршења уговорне обавезе, односно продужење рока за њено извршење.³⁴ Поред наведене две основне последице позивања на вишу силу, UNIDROIT Начела предвиђају и последице за уговорну страну којој није испуњена уговорна обавеза:

30 Указ, тач. 1 пар. б).

31 Доступно на адреси: <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>, 18. 7. 2023.

32 Доступно на адреси: <https://gazpromexport.ru/presscenter/press/2638/>; <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export/>, 14. 8. 2023.

33 UNIDROIT Начела, 241. Вид. чл. 7.1.7.

34 *Ibid.*

право на раскид уговора, право да одложи извршење своје уговорне обавезе и право на камату на доспело новчано потраживање.³⁵

Код института промењених околности (*rebus sic stantibus*) UNIDROIT Начела подстичу (поновне) преговоре међу уговорним странама како би се успоставила нарушена уговорна равнотежа, односно како се уговор не би раскидао, тако што би се прилагодио новонасталим околностима. Иако промењене околности, по правилу, воде измени, а виша сила раскиду уговора, UNIDROIT Начела скрећу пажњу на то да код дугорочних уговора, с обзиром на њихово трајање, природу уговорног односа и могућег великог почетног улагања, раскид уговора ипак треба да представља крајње средство, а уговорни однос би требало наставити кад год је то изводљиво, па и када се ради о вишој сили.³⁶

2. Последице више силе према ICC модел клаузули о вишој сили

Имајући у виду да у међународној трговини нафтом и гасом околности које представљају вишу силу могу имати озбиљне последице по испуњење уговорних обавеза, у овим уговорима се често предвиђа клаузула о вишој сили (*force majeure clause*).³⁷ С обзиром на то да у националним правима постоје значајне разлике у дефинисању појма више силе, у међународној трговини се често користе модел клаузуле о вишој сили са циљем да се превазиђу разлике које постоје у различитим правним системима, те да се предвиде решења независна од особености националних права.³⁸ Како би се уговорним странама помогло у процесу преговарања и формулисања уговорне одредбе о вишој сили, Међународна трговинска комора је донела модел клаузулу о вишој сили (и промењеним околностима) и препоручила њену употребу у уговорима у међународној трговини.³⁹

35 UNIDROIT Начела, чл. 7.1.7 ст. 4.

36 UNIDROIT Начела, 242. Код дугорочних уговора, као што су уговори о продаји нафте и гаса, посебно је важно пронаћи механизам за отклањање настале уговорне неравнотеже, а не раскидати уговор, с обзиром на то да су ови уговори значајни не само за конкретне стране, већ и за друге привредне субјекте и становништво. Вид. Маша Мишковић, „Промењене околности у уговорима о међународној продаји нафте и гаса“, *Усклађивање пословној права Србије са њравом Евројске уније (2022)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2022, 527.

37 N. Barysheva, 68.

38 C. Brunner, 4. Услови који морају бити испуњени да би нека околност представљала вишу силу зависе од меродавног права, као и од намере уговорних страна. Вид. N. Barysheva, 69.

39 International Chamber of Commerce, ICC Force Majeure and Hardship Clause, март 2020, доступно на адреси: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>, 14. 8. 2023.

У ИСС модел клаузули наводе се тзв. „претпостављени догађаји више силе“ (*presumed force majeure events*).⁴⁰ „Претпостављени“ догађаји више силе подразумевају да страна која се позива на вишу силу не мора доказивати прва два услова (да је сметња ван њене контроле и да је била непредвидљива), јер се они за наведене догађаје претпостављају. Међутим, трећи услов (да дејство сметње није могло разумно бити спречено или отклоњено) у сваком случају страна мора доказати.⁴¹ Ако би се десио неки догађај који није наведен у списку догађаја који представљају вишу силу, уговорна страна би морала доказивати да су испуњена сва три услова како би се позвала на вишу силу.

У списку „претпостављених“ догађаја више силе у ИСС модел клаузули изричито се као догађај више силе наводе мере, односно акти државних органа (*act of authority*), било да су законити или незаконити, као и поштовање било којег прописа или државне одлуке.⁴² Уговорне стране могу у списку догађаја предвидети додатне претпостављене догађаје више силе, као што поједине догађаје (примера ради, акте државних органа) могу и избацивати из списка претпостављених догађаја који представљају вишу силу.⁴³

ИСС модел клаузула о вишој сили није писана за уговоре у области енергетике, али може представљати почетни корак, односно нацрт који ће се прилагодити конкретном енергетском уговору.⁴⁴ Поред ИСС модел клаузуле о вишој сили, у области енергетике користе се и модел уговори Удружења међународних енергетских преговарача (*Association of International Energy Negotiators – AIEN*).⁴⁵ За разлику од ИСС модел

40 Када се у уговорима предвиђа одредба о вишој сили, то се најчешће чини на два начина: или се наводи списак догађаја који представљају вишу силу, или се виша сила формулише широко, тако да може да обухвати различите догађаје (тзв. *catch-all clause*). У пракси се у уговорима појављује и трећа могућност: са листом догађаја који представљају вишу силу кумулативно се широм формулацијом (описно) наводи и какви догађаји ће представљати вишу силу. Вид. John A. Trenor, Hyun-Soo Lim, „Revisiting Force Majeure and Dispute Resolution Clauses in Light of the Recent Outbreak of the Coronavirus“, 27 February 2020, доступно на адреси: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20200227-revisiting-force-majeure-and-dispute-resolution-clauses-in-light-of-the-recent-outbreak-of-the-coronavirus>, 11. 8. 2023, 3–4.

41 ICC Force Majeure Clause, § 3(2).

42 ICC Force Majeure Clause, § 3(2)(d).

43 ICC Force Majeure Clause, § 3(3).

44 Пракса коришћења модел клаузула у енергетским уговорима је донекле спорна, с обзиром на специфичности енергетских уговора и посебно због различитих очекивања уговорних страна у погледу последица више силе. Вид. N. Barysheva, 79.

45 AIEN (претходно AIPN – *Association of International Petroleum Negotiators* – Удружење међународних нафтних преговарача) је независно, непрофитно, професионално удружење које подржава међународне енергетске преговараче широм

клаузуле о вишој сили, AIEN модел уговори често предвиђају виши „праг“ у вези са посебним условима у погледу немогућности извршења уговорних обавеза, али, као и ICC модел клаузула, садрже опсежну листу правних средстава доступних страни која се позива на вишу силу: неизвршење уговорне обавезе, односно ослобођење од њеног извршења и од уговорне одговорности, продужетак рока за извршење уговорне обавезе, прилагођавање, односно измене уговора и раскид уговора због продужене више силе (оне која траје одређено време).⁴⁶

ICC модел клаузула о вишој сили предвиђа исте правне последице позивања на вишу силу као UNDROIT Начела: одлагање извршења уговорне обавезе док виша сила траје и ослобођење од одговорности за штету која је настала услед њеног неизвршења. Раскид уговора као трећа последица предвиђен је ако је трајање сметње такво да суштински лишава уговорну страну онога што је оправдано очекивала од уговора.⁴⁷ Колико би требало да буде трајање више силе да би се сматрало да се страна суштински лишава онога што је оправдано очекивала од уговора фактичко је питање, али клаузула предвиђа период од 120 дана, ако стране нису нешто друго уговориле.⁴⁸ Дакле, ако околност која представља вишу силу траје дуже од 120 дана, свака страна има право да раскине уговор. Ипак, у литератури се скреће пажња на то да и услед више силе раскид уговора треба да буде *ultima ratio*, док је одлагање извршења уговорне обавезе правило.⁴⁹

Треба имати у виду да је клаузуле о вишој сили потребно ускладити са специфичностима енергетских уговора. Последице више силе ће зависити од посебних уговорних одредаба. Стога је у дугорочним енергетским уговорима одредбу о вишој сили потребно формулисати и

света и побољшава њихову ефикасност и професионализам у међународној енергетској заједници. Удружење има више од 3000 чланова у више од 110 земаља, који су представници бројних међународних нафтних и гасних компанија, влада, адвокатских канцеларија и академских институција. Доступно на адреси: <https://www.aien.org/about-aien/>, 18. 7. 2023.

Један од главних циљева AIEN је састављање модел уговора који су широко прихваћени и коришћени у области међународне енергетике. Ови уговори су инструмент преговарача који служи као полазна тачка у преговорима и значајно скраћује време за закључење правног посла. Они помажу уговорним странама да своје напоре усредсреде на кључне услове енергетских уговора, а не на уобичајене уговорне одредбе. Више о томе доступно на адреси: <https://www.aien.org/model-contracts/>, 14. 8. 2023.

46 N. Barysheva, 79.

47 ICC Force Majeure Clause, § 5.

48 ICC Force Majeure Clause, § 8.

49 K. P. Berger, D. Behn, 113.

прилагодити тако да се предвиде неочекивани догађаји и њихове правне последице.⁵⁰

3. Поновни преговори као последица више силе

Правна средства у модел клаузулама и модел уговорима показују да виша сила није само околност која води раскиду уговора, већ може бити и „окидач“ за поновне преговоре.⁵¹ У случају промене околности код (дугорочних) енергетских уговора, честа појава су поновни преговори (*renegotiations*). У области енергетике уговори представљају тзв. „каскадне“, односно „пирамидалне“ уговоре (*cascade/pyramid contracts*). То значи да код уговора о продаји (испоруци) нафте и гаса постоји неколико повезаних уговора, те неизвршење обавеза у једном уговору и раскид тог уговора проузрокује низ озбиљних последица за све друге повезане уговоре.⁵² Другим речима, постоји „каскада негативних последица за многе учеснике у економским односима“.⁵³ Практичари су већ истицали озбиљност позивања на вишу силу оних дужника који се налазе у тзв. ланцу снабдевања (*supply chain*).⁵⁴

Поновни преговори уговорних страна се, по правилу, предвиђају у уговорној одредби о промењеним околностима, и то се саветује нарочито код дугорочних уговора, код којих би циљ требало да буде да се уговор не раскида, већ да се уговорни однос настави уз прилагођавање новим околностима.⁵⁵ Међутим, и у случају више силе, стране у дугорочним уговорима могу предвидети да ће у случају њеног наступања имати интерес да се пословни однос настави, а не да се уговор раскида, те да ће са тим циљем спровести поновне преговоре. Ипак, обавеза уговорних страна да воде поновне преговоре не подразумева њихову обавезу да до споразума дође. Због тога, ако се деси да стране током поновног преговарања не дођу до споразума о измени уговора, то неће представљати неизвршење уговорне обавезе поновног преговарања.

50 N. Barysheva, 78.

51 *Ibid.*, 79.

52 Elena Christine Zaccaria, „The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade“, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9, Nr. 6/2004, 137.

53 Андрей Владимирович Габов, „Энергетическое право: вопросы становления и развития“, *Энергетическое право: модели и тенденции развития* (сборник материалов Международной научно-практической конференции), Белгород, 2020, 13.

54 David Robertson, Matthew Secomb, Emily Elliott, „COVID-19: Managing force majeure risk in a construction project supply chain“, 13 April 2020, доступно на адреси: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-managing-force-majeure-risk-construction-project-supply-chain>, 10. 8. 2023, интернет извор без броја стране.

55 UNIDROIT Начела, 242.

Неизвршење ће постојати само када уговорне стране одбијају да приступе преговарању, иако је у уговору предвиђена одредба о поновним преговорима.⁵⁶

Промена околности (правних, економских, социо-политичких) која се деси након закључења уговора о међународној продаји нафте и гаса може представљати институт промењених околности, вишу силу или и једно и друго истовремено. Ако се један исти догађај може подвести и под промењене околности и под вишу силу, страна може бирати на који институт ће се позвати. По правилу, на вишу силу ће се позивати како би оправдала неизвршење уговорне обавезе, а на промењене околности ако има за циљ да се спроведу поновни преговори како би се уговор „одржао у животу“, али под новим условима.⁵⁷ Међутим, стране могу предвидети наставак уговорног односа кад год је то изводљиво, па и када се ради о вишој сили, задржавајући право на раскид уговора само као крајње средство.⁵⁸

У уговорима о међународној продаји нафте и гаса саветује се да стране у уговору предвиде кораке, односно радње које подразумева уговорна обавеза вођења поновних преговора како се уговор не би раскидао, већ остао на снази тако што би се ускладио са новонасталим околностима.⁵⁹ У случају „Гасум“ против „Гаспром Експорта“ уговорне стране су након арбитражне одлуке, која их је обавезала да спроведу поновне преговоре, покушале да преговарају како би решиле настали проблем у вези са даљим испорукама гаса и плаћањем, али нису успеле да регулишу насталу спорну ситуацију у року који је предвидео арбитражни суд. Стога је „Гасум“ 22. маја 2023. године раскинуо дугорочни уговор о продаји (испоруци) природног гаса са „Гаспром Експортом“.⁶⁰ Раскид овог дугорочног уговора о испоруци природног гаса нарочито је привукао пажњу, с обзиром на то да Финска и Русија имају, историјски гледано, најдуже уговоре о испоруци природног гаса, који трају пет деценија.⁶¹ Поред тога, сада се поставља питање да ли ће наведена

56 М. Мишковић, 537. Како је истакнуто у правној литератури, сасвим је могуће „упорно неслагање и након лојалних поновних преговора“ (*persistent disagreement even after loyal renegotiation*). Вид. Clive M. Schmitthoff, „Hardship and Intervener Clauses“, *Journal of Business Law*, 1980, 88.

57 UNIDROIT Начела, 222.

58 *Ibid.*, 242.

59 Talal Abdulla A. Q. Al-Emadi, „The Hardship and Force Majeure Clauses in International Petroleum Joint Venture Agreements“, *Oxford Student Legal Research Paper Series*, Nr. 2/2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1878558>, 14. 8. 2023, 17.

60 Доступно на адреси: <https://www.forbes.ru/biznes/489680-finskaa-gasum-rastorgla-kontrakt-na-postavku-gaza-po-truboprovodu-s-gazpromom>, 14. 8. 2023.

61 Доступно на адреси: <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>, 14. 8. 2023.

арбитражна одлука утицати на друге европске компаније које су планирале да поднесу захтев за арбитражу поводом плаћања гаса у рубљама.

V Закључак

Уговори о међународној продаји нафте и гаса представљају, по правилу, дугорочне уговоре, и то оне који се често закључују на период од двадесет и више година. Стога је готово неизбежно да током њиховог трајања дође до одређених догађаја економске, политичке и/или правне природе, који утичу на извршење уговорних обавеза. Један од таквих догађаја су и мере, односно акти државних органа који онемогућавају извршење уговорних обавеза. Поставља се питање да ли такви акти могу представљати вишу силу на коју се уговорне стране могу позивати како би се ослободиле од извршења уговорне обавезе и од уговорне одговорности.

Анализирајући арбитражну и судску праксу која се овим питањем бавила још од седамдесетих година прошлог века, требало би закључити да не треба прихватити као опште правило да акти државних органа представљају вишу силу, већ би у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности, требало испитати да ли акт државног органа испуњава све услове који се захтевају да би одређени догађај представљао вишу силу. Притом, узимајући у обзир то да трговина енергијом има стратешки значај и да раскид услед више силе дугорочног енергетског уговора има далекосежне („каскадне“) последице, требало би у сваком случају спровести поновне преговоре како би се покушало да се уговор не раскида, већ одржи на снази, уз прилагођавање новонасталим околностима.

Коришћена литература

Al-Emadi Talal Abdulla A. Q., „The Hardship and Force Majeure Clauses in International Petroleum Joint Venture Agreements“, *Oxford Student Legal Research Paper Series*, Nr. 2/2011, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1878558>, 14. 8. 2023.

Barysheva Nataliya, „Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable“, *International Commercial Arbitration Review*, Vol. 67, Nr. 2/2018.

Berger Klaus Peter, „Renegotiation and adaptation of international investment contracts: the role of contract drafters and arbitrators“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Nr. 4/2003.

- Berger Klaus Peter, Behn Daniel, „Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study“, *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 6, Nr. 4/2019–2020.
- Brunner Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Van den Berg Albert Jan (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 25, 2000.
- Габов Андрей Владимирович, „Энергетическое право: вопросы становления и развития“, *Энергетическое право: модели и тенденции развития* (сборник материалов Международной научно-практической конференции), Белгород, 2020. (Gabov Andrey Vladimirovich, „Energy Law: issues of formation and development“, *Energy Law: models and development trends* (international conference proceedings), Belgorod, 2020).
- Zaccaria Elena Christine, „The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade“, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9, Nr. 6/2004.
- Ковачевић Александар, „Трговина енергијом“, *Право енергетике – зборник радова* (ур. Бранислава Лепотић Ковачевић), Београд, 2005. (Kovačević Aleksandar, „Trgovina energijom“, *Pravo energetike – zbornik radova* (ur. Branislava Lepotić Kovačević), Beograd, 2005).
- Moysidou Angeliki E., *Changed Circumstances in Oil and Gas Contracts*, Athens, 2021, доступно на адреси: <https://dione.lib.unipi.gr/xmlui/bitstream/handle/unipi/13533/Moysidou%20Angeliki%20%20%20MEN19031.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, 14. 8. 2023.
- Мишковић Маша, „Промене околности у уговорима о међународној продаји нафте и гаса“, *Усклађивање њсловног права Србије са правом Европске уније (2022)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2022. (Mišković Maša, „Promenjene okolnosti u ugovorima o međunarodnoj prodaji nafte i gasa“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2022)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2022).
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, 12. izdanje, Niš, 2018).
- Robertson David, Secomb Matthew, Elliott Emily, „COVID-19: Managing force majeure risk in a construction project supply chain“, 13 April 2020, доступно на адреси: <https://www.whitecase.com/publications/alert/covid-19-managing-force-majeure-risk-construction-project-supply-chain>, 10. 8. 2023.
- Schmitthoff Clive M., „Hardship and Intervener Clauses“, *Journal of Business Law*, 1980.

- Trenor John A., Lim Hyun-Soo, „Revisiting Force Majeure and Dispute Resolution Clauses in Light of the Recent Outbreak of the Coronavirus“, 27 February 2020, доступно на адреси: <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20200227-revisiting-force-majeure-and-dispute-resolution-clauses-in-light-of-the-recent-outbreak-of-the-coronavirus>, 11. 8. 2023.
- Ferrario Pietro, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.
- Фишич Валерий Андреевич, „Концепции форс-мажора и затруднений (*hardship*): сравнительный анализ“, *Юридическая наука*, Но. 8/2022. (Fishich Valeriy Andreevich, „Concepts of force majeure and hardship: a comparative analysis“, *Iuridicheskaia nauka*, Nr. 8/2022).
- Fucci Frederick R., „Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts: Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance“, *Oil, Gas and Energy Law Intelligence*, Nr. 2/2007.

Maša MIŠKOVIĆ, PhD

Teaching Assistant at the University of Belgrade – Faculty of Law, Serbia

ACTS OF PUBLIC AUTHORITIES AS FORCE MAJEURE IN OIL AND GAS INTERNATIONAL PURCHASE AND SALE AGREEMENTS

Summary

This paper examines the effect of public authorities' acts on performance of obligations in contracts for the international sale of oil and gas. The question arises as to whether such acts represent force majeure that the contracting parties can invoke in order to exempt themselves from the performance of contractual obligations and from contractual liability. This question is analysed through arbitral awards and court decisions in disputes that have arisen on this issue since 1970s. The issue has become particularly relevant since April 2022, when the Decree on the transition to payment for natural gas in rubles had been adopted. Particular attention has been drawn to the fact that the first arbitral award has already been issued, in which abovementioned Decree, as an act of a public authority (president of the state), is qualified as force majeure. The answer to the question of whether the acts of public authorities represent force majeure in contracts for the international sale of oil and gas is not unequivocal, as it depends on the circumstances of each specific case.

Key words: *Force Majeure – Acts of Public Authorities. – Sale of Oil and Gas. – Contracts for the International Sale.*

Датум пријема рада: 14. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2023.

УДК: 347.72.034/.035

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23307A

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

ПРАВО ЧЛАНА ДРУШТВА НА НАКНАДУ РЕФЛЕКСНЕ ШТЕТЕ: УПОРЕДНО-ПРАВНА И ПОЗИТИВНО-ПРАВНА АНАЛИЗА

Сажетак

Предмет анализе је право члана друштва на накнаду рефлексне штете која настаје у имовини члана као последица штетне радње која је предузета према привредном друштву чији је оно члан. Док већина права усваја изв. принцип забране накнаде рефлексне штете, у сфери заштитне створних улагања ово право је признато у инвестиционим арбитражним споровима. Циљ рада је био да утврди положај српског права у односу на уочени сукоб права. Закључак је да у српском праву чланови друштва могу имати право на истицање захтева за накнаду рефлексне штете уколико би такав захтев био у складу са принципом индиферентне накнаде штете. У том погледу српско право је наклоњеније присуду трибунала у инвестиционим арбитражама, него националних права. Присуду српског права треба задржати, уз узимање у обзир свих критерија присуде који признаје ово право чланова, како би се у крајњем исходу остварила функција, како одштетној, тако и компанијској права.

Кључне речи: Члан друштва. – Рефлексна штета. – Посредна штета.
– Инвестициона арбитража. – Српско право.

* Електронска адреса аутора: jov.velickovic@gmail.com.

I Увод

Право члана друштва на накнаду рефлексне штете представља једно од сложенијих питања компанијског права и обично се посматра у контексту објективног домена примене индивидуалне тужбе која се подноси због повреде посебних дужности према друштву.¹

Рефлексну штету члана друштва није једноставно дефинисати, али се под овим појмом обично подразумева штета коју члан друштва трпи као последицу штете која је настала у имовини друштва, или прецизније као последицу штетне радње која је предузета према привредном друштву. Сматра се да је у овом случају углавном реч о штети у виду пада вредности акција/удела и/или изостанка очекиваног плаћања од стране друштва на име добити, или другом основу који има статусни, а не облигационо-правни основ.² У том смислу теорија прави поделу на директну и рефлексну штету која може настати за члана друштва, те би се под појмом директна штета подразумевала штета која је последица повреде права самог члана, док би се под рефлексном штетом подразумевала штета која је последица повреде права друштва, а која се рефлектовала на имовину његових чланова.³ Међутим, поједини аутори сматрају да је други вид штете понекад само апстрактна категорија, јер на пример, уколико је реч о паду вредности акција, поставља се питање на који начин се овај губитак одражава на имовину члана уколико он нема намеру да прода свој удео у друштву.⁴ Ипак, за потребе даље анализе у овом раду довољно је одређење појма да је једноставно реч о штети која је последица радње која је предузета према друштву, а не његовим члановима.

Дилема да ли члановима друштва треба признати право на накнаду рефлексне штете представља једно од најсложенијих питања компанијског права, јер дубоко задире у саме темеље и основне принципе функционисања ове гране права.⁵ Пре нешто више од десет година

1 Вид. Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2014, 194–199. У том погледу обично се разматра однос између индивидуалне и деривативне тужбе, те која врста штете је у оквиру објективног домена примене односних тужби. Вид. Јована Величковић, *Деривативна тужба*, Београд, 2020, 308–319.

2 Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007, 550.

3 Bas J. de Jong, „Shareholders’ Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013, 2.

4 *Ibid.*

5 Вид. David Gaukrodger, „Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law“, *OECD Working Papers on*

ова тема је постала веома актуелна, јер је уочено да постоји потпуно различит приступ националних права, као и традиционалног (обичајног) међународног права, у односу на међународно инвестиционо право. Прва групација права стоји на ставу да такво право члана друштва не треба признати. Са друге стране, трибунали који су одлучивали у инвестиционим арбитражним споровима због повреде међудржавних уговора о заштити инвестиција (БИТ) су заузели другачији став и признали ово право страним инвеститорима који су активну легитимацију заснивали на чињеници да су чланови друштва регистрованог у држави домаћину.⁶ Због наведеног Организација за економску сарадњу и развој (ОЕЦД) је 2013. године почела са радом на анализи уоченог проблема и начинима његовог решавања, и то у смеру да би право чланова требало на неки начин ограничити или барем изричито уредити у сфери заштите страних улагања, а не проширити у сфери националних права, из разлога који ће бити наведени у наставку излагања.⁷

Имајући у виду наведено, предмет разматра овог рада је кратко представљање одлука националних судова и трибунала у инвестиционим арбитражним споровима о постојању права члана друштва на накнаду рефлексне штете. Након тога, предмет даљег разматрања је анализа одредби српског права, а са крајњим циљем да се утврди да ли је српско право у овој материји ближе ставовима националних права или ставовима трибунала у инвестиционим арбитражним споровима, те самим тим да ли је потребно да законодавац или пракса реагују у овој материји како би српско право ускладили са жељеним смером развоја ове материје компанијског права.

II Приступ националних права

Принцип забране рефлексне штете данас прихватају како англосаксонска, тако и европска права. У свим наведеним правима овај принцип је настао као последица практичне потребе разликовања индивидуалне од деривативне тужбе, у контексту одређења врсте штете која се

International Investment, 2014/02, доступно на адреси: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2014_02.pdf, 4. 4. 2023, 18–25.

6 David Gaukrodger, „Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency“, *OECD Working Papers on International Investment*, 2013/03, доступно на адреси: https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2013_3.pdf, 3. 4. 2023, 7.

7 OECD, *Shareholder Claims for Reflective Loss in Investment State Dispute Settlement: A „Component-by-Component“ Approach to Reform Proposals*, 2021, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/oecd_shareholder_claims_for_reflective_loss_in_isds_informal_discussion_paper_for_uncitral_wg_iii.pdf, 25. 3. 2023, 5.

може потраживати у форми индивидуалне тужбе. Међутим, оно што је битно истаћи јесте да правило у већини права није прописано законима (изузетак је немачко право које прописује забрану), већ је формирано у пракси судова.

1. Англосаксонска права

Сам назив принципа – забрана рефлексне штете, формиран је у енглеском праву и данас је опште прихваћен. Међутим, корени правила су настали у америчком праву формирањем тзв. принципа директне штете (енгл. *direct harm approach*).

У америчком праву принцип директне штете данас је кључни критеријум за разликовање индивидуалне и деривативне тужбе који подразумева да члан друштва може потраживати само штету која није акцесорна у односу на штету коју трпи друштво. Основи принципа директне штете формиран су још у случају *Smith v. Hurd* из 1847. године.⁸ Суд је тада закључио да уколико су директори непажњом проузроковали штету друштву, чланови друштва у виду индивидуалне тужбе не могу захтевати штету која је нанета њиховим власничким интересима због постојања штете коју је друштво претрпело. Одлука се заснивала на схватању да уколико се строго не разликује штета друштва од штете коју је претрпео само члан друштва, давање права члановима друштва на подношење индивидуалне тужбе којом се фактички захтева накнада штете коју је претрпело друштво може представљати недозвољену расподелу имовине друштва његовим члановима.⁹

Овај принцип је потврђен у случају *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jenrette* из 2004. године и данас представља једини критеријум за разликовање индивидуалне и деривативне тужбе у америчком праву, што говори о значају овог принципа за компанијско право.

У сфери изван домена разликовања индивидуалне и деривативне тужбе принцип је формиран у одлуци *Gaubert v. The United States* из 1991. године. У овом случају суд је био становишта да чланови друштва не могу захтевати штету коју је претрпело друштво, јер уколико им погодује одвојени субјективитет друштва када је реч о одговорности за обавезе друштва, онда исто правило треба применити и када је реч о бенефитима, који такође треба да остану само у сфери друштва.¹⁰

8 J. B., „Distinguishing between Direct and Derivative Shareholder Suits“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 110, Nr. 8/1962, 1148; J. Величковић, 309.

9 J. B., 1148; J. Величковић, 309.

10 Lukas Vanhonnaeker, *Shareholders' claims for reflective loss in international investment arbitration – the rule and its demystification*, doctoral dissertation, McGill University Fac-

Када је реч о енглеском праву, судови су били на сличној линији резоновања. Наиме, амерички критеријум непосредне штете или *direct harm approach* је у енглеском праву добио сродан принцип, а то је принцип забране рефлексне штете, чији назив је данас опште прихваћен и синоним за тему о којој се говори у овом раду. Принцип забране рефлексне штете први пут је формиран у случају *Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industrie* из 1982. године. У овом поступку тужилац је у облику индивидуалне тужбе захтевао накнаду штете због смањења вредности удела у друштву, а која је настала као последица штетне радње директора друштва. Суд је заузео став да члан друштва не може поднети тужбу ради накнаде штете због умањења вредности друштва, јер члан тада не трпи директну штету имајући у виду да сва његова права која има у друштву задржавају свој обим.¹¹ Принцип забране рефлексне штете је касније модификован у случају *Johnson v. Gore Wood & Co* из 2002. године, у коме је формирано тренутно важеће правило у енглеском праву по овом питању.¹² Наиме, у случају *Johnson* суд је формирао следећа три основна правила по питању односа накнаде штете коју може захтевати друштво и његови чланови, а то су: (i) уколико је штета проузрокована компанији због кршења дужности које постоје искључиво према компанији, онда само компанија може поднети тужбу у вези са насталом штетом. У овом случају члан друштва не може истицати захтев за накнаду штете која представља само рефлексiju губитка компаније; (ii) међутим, уколико је штета проузрокована компанији, али компанија није у могућности да поднесе тужбу, онда члан друштва може поднети индивидуалну тужбу, између осталог и ради накнаде рефлексне штете; и (iii) уколико дужности постоје према компанији и према члану друштва, онда оба субјекта могу поднети тужбу за накнаду штете која је нанета повредом тих дужности, али ни компанија, ни члан друштва не могу захтевати штету која је последица штете која је нанета другом субјекту.¹³

ulty of Law, Montreal, 2018, доступно на адреси: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/s1784p10r>, 25. 3. 2023, 48.

- 11 Giora Shapira, „Shareholder Personal Action in Respect of a Loss Suffered by the Company: The Problem of Overlapping Claims and Reflective Loss in English Company Law“, *The International Lawyer*, Vol. 37, Nr. 1/2003, 141–143; J. Величковић, 310.
- 12 Joyce Lee Suet Lin, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007, 537; J. Величковић, 310.
- 13 J. Lin., 538; J. Величковић, 311.

2. Европска права

Када је реч о европским правима, као пример права која усвајају принцип забране накнаде рефлексне штете, обично се наводе немачко и француско право.¹⁴

Немачки Федерални суд правде (*Bundesgerichtshof*) сматра да би прихватање овог принципа било супротно обавези одржавања капитала друштва и чињеници да је имовина друштва намењена одређеном циљу.¹⁵ Такође, када је конкретно реч о индивидуалној тужби немачки Закон о акционарским друштвима у чл. 117,¹⁶ којим се регулише одговорност лица која изврше незаконит утицај на управу друштва, изричито прописује да члан друштва може захтевати само штету која је изван домена штете која је проузрокована друштву.

Исти приступ су имали и француски судови који су одбијали захтеве за накнаду штете члановима друштва, која је само последица штете коју је друштво претрпело.¹⁷

3. Објашњење принципа и изузеци

Постоји неколико објашњења на којима се заснива принцип забране накнаде рефлексне (посредне) штете, а који по својој природи могу бити практичне или концептуалне природе.¹⁸ У разлоге практичне природе спадају образложења која се односе на потребу спречавања двоструке накнаде, али и постојање великог броја судских поступака у којима се фактички захтева иста штета.¹⁹ На сличној линији резонувања је схватање да не би било могуће израчунати висину штете коју чланови друштва посредно трпе због повреде права друштва, уколико чланови друштва никада не продају удео у друштву.²⁰ Тада штета може постојати само као апстрактна категорија, која реално не постоји. Такође, поједини аутори сматрају да настанак штете у имовини друштва прекида узрочну везу између штете коју трпе чланови друштва и радње

14 Julien Chaisse, Lisa Zhuoyue Li, „Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss“, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2016, 55; J. Величковић, 312.

15 Vera Korzun, „Shareholder Claims for Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law and Governance“, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 40, Nr. 1/2018, 206–207.

16 Немачки Закон о акционарским друштвима (*Aktiengesetz – AktG*), § 117 (1).

17 V. Korzun, 207.

18 Вид. B. J. de Jong, 2–5; J. Величковић, 312.

19 J. Lin, 552–557; J. Величковић, 312.

20 Вид. J. Chaisse, L. Z. Li, 56; J. Величковић, 312.

тужених.²¹ У разлоге концептуалне природе спадају образложења која се заснивају на потреби да се заштите повериоци друштва. Према овом схватању чланови друштва су резидуални повериоци због чега се не може оправдати могућност да они имају приоритет у односу на остала лица.²² На крају, као могући аргументи наводи се потреба поштовања правила о одвојености правног субјективитета друштва и његових чланова, као и потреба да се поштује управљачка структура и ауторитет доносиоца одлука на нивоу друштва, који у неким ситуацијама сматрају да је за друштво корисније да не улази у поступак за накнаду штете.²³

Ипак, иако се може рећи да је принцип забране рефлексне штете широко прихваћен, није без изузетка. Енглески суд је у случају *Giles v. Rhind* из 2002. године дозволио право на подношење захтева за накнаду рефлексне штете, јер је тужени оставио друштво без средстава и самим тим могућности да води поступак.²⁴ У том смислу теорија је установила да је основни предуслов да би се признао изузетак од правила да члан друштва има независан правни основ за истицање захтева. Међутим, битно је поменути да независан правни основ сам за себе није довољан за признавање овог права члана друштва, већ судови пре свега гледају природу или карактер штете која се потражује.²⁵ Поред независног правног основа, у циљу признавања и изузетка од правила било би неопходно да се испуни барем један од следећих услова, а то су: 1) друштво је онемогућено да поднесе тужбу (као у случају *Giles v. Rhind*); 2) компанија је прихватила поравнање на износ који је мањи од настале штете; 3) компанија не жели да поднесе тужбу; и 4) члан друштва је продао удео пре него што је штета исплаћена друштву, па самим тим нема бенефита од штете која се надокнади друштву.²⁶ Додатно, када је реч о енглеском праву сматра се да ће убудуће принцип забране рефлексне штете бити ублажен или чак напуштен, јер је Компанијски закон из 2006. године редефинисао концепт заштите чланова друштва (увођењем института *unfair prejudice*), између осталог и у погледу штете која члановима може бити нанета радњама управе.²⁷ Са друге стране, постоје и права која не дозвољавају изузетке од правила, попут немачког права.²⁸

21 Вид. J. Lin, 553; J. Величковић, 312.

22 Pearlie Koh, „The Shareholder’s Personal Claim: Allowing Recovery for Reflective Losses“, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, Special Issue, 2011, 870–871; J. Величковић, 312.

23 V. Korzun, 223, 227.

24 *Ibid.*, 206.

25 B. J. de Jong, 12.

26 *Ibid.*, 13.

27 *Ibid.*, 7–8.

28 *Ibid.*, 7.

Додатно, а у контексту прихватања постојања изузетака од принципа обично се указује да се оно темељи на идеји да је друштво у могућности да поднесе одштетни захтев.²⁹ Међутим, то не мора увек бити случај, јер друштво из разних разлога може одлучити да не поднесе тужбу. Ипак, чак и тада треба тежити да чланови друштва буду подстакнути да поднесу деривативну тужбу која ће исходovati бенефит самом друштву, а не да посежу за остваривањем личног бенефита, што би носиоце осталих интереса у друштву оставило без адекватне заштите.³⁰

III Приступ међународног права са посебним освртом на праксу инвестиционих арбитража

Када је реч о међународном праву, питање права члана друштва на накнаду рефлексне штете се први пут поставило 70-их година 20. века у пракси Међународног суда правде. Овај суд је, у сада већ чувеном случају *Barcelona Traction* изнео мишљење да истом радњом могу бити погођена компанија и њени чланови, али да је потребно водити рачуна чије право је повређено, тачније да треба разликовати повреду права и неког легитимног интереса, јер само повреда права даје основ за истицање одштетног захтева.³¹ Овај случај не представља инвестициони спор у правом смислу речи, већ се односи на домен дипломатске заштите која је гарантована међународним правом, али оно што је битно обележје случаја јесте да се Белгија у својству тужиоца легитимисала као контролни члан друштва према којем је Шпанија предузела штетну радњу.³² Правило је касније појашњено у случајевима *Elettronica Sicula* (ELSI) из 1989. године и *Diallo* из 2007. године.³³ У основи, Међународни суд правде се у одсуству регулативе међународног права приликом прихватања принципа ослонио на резонување националних права, што истовремено подразумева да би међународним уговорима ово питање могло и другачије да се уреди.³⁴ До данас нису примећени случајеви који би у пракси суда формирали изузетке од правила. Овакав став суда је критикован са образложењем да не узима у обзир различиту функцију међународног права у односу на национална права, те да је пропустио да се изјасни да ли чланови имају било какву међународно-правно заштиту, те уколико да, у ком облику, уколико не би имали право

29 D. Gaukrodger, 19.

30 L. Vanhonnaeker, 55.

31 *Ibid.*, 26.

32 *Ibid.*, 24.

33 *Ibid.*

34 D. Gaukrodger, 22.

на подношење ове врсте захтева.³⁵ Међутим, оцењено је да пракса Међународног суда правде у овој материји има мањи утицај из ког разлога приступ суда не би требало да проузрокује значајне негативне последице у пракси.³⁶

Сличну праксу прихвата и Европски суд за људска права. У предмету *Tommi Tapani Anttila v. Finland* из 2010. године суд је навео да док у појединим околностима једини члан друштва може се сматрати „оштећеним“ у смислу члана 34 Конвенције, у свим другим ситуацијама занемаривање правног субјективитета компаније је веома упитно.³⁷ Литература примећује да у свим случајевима када је Европски суд за људска права признао заштиту члановима друштва, у питању су били већински акционари. Међутим, анализом образложења одлука утврђено је да критеријум за оцену основаности представке очигледно није био проценат власништва, јер су постојали предмети у којима су одбијене представке већинског члана, већ је основни критеријум за оцену основаности представке био тај да ли је компанија онемогућена да поднесе представку (критеријум формиран у случају *Agrotexim and Others v. Greece*).³⁸

1. Пракса инвестиционих арбитража

За разлику од националних права и обичајног међународног права, у сфери међународног инвестиционог права право чланова друштва на накнаду рефлексне штете је широко прихваћено почев од 70-их година 20. века, иако постоје и подаци да је ово право признато тек 1998. године.³⁹ Наиме, пракса инвестиционих трибунала у ISDS споровима је признала право члановима друштва у свим оним ситуацијама када би то право било ускраћено по националном праву. Пракса инвестиционих трибунала се приликом признавања овог права фокусира на чињеницу да ли по конкретном БИТ-у удео у друштву представља заштићену форму инвестиције, те уколико је одговор потврдан, сматра се да постоји независан правни основ члана друштва да истакне одштетни захтев према држави.⁴⁰ У том погледу пракса трибунала је одступила од

35 L. Vanhonnaeker, 36.

36 *Ibid.*, 39.

37 *Ibid.*, 44.

38 *Ibid.*, 45.

39 V. Korzun, 209; Jae Sung Lee, „Shareholder Claims for Reflective Loss in Investor-State Disputes and Reform Options“, 2021, доступно на адреси: <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/165/429669/download.do>, 27. 3. 2023, 63.

40 Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, Giovanni Zarra, „Reforming Shareholder Claims in ISDS“, *Academic Forum on ISDS Concept Paper*, 2019/9, доступно на адреси:

националних права, јер за разлику од националних права која, поред самосталног правног основа посматрају и природу штете која се потражује, трибунали су већи значај дали првом критеријуму.⁴¹ Овакав приступ је довео до закључка да је право чланова на накнаду штете независно од истог права друштва, као и од тога да ли друштво располаже механизмом да надокнади штету.⁴² Такође, на основу образложења одлука примећује се да се трибунали нису у великој мери бавили образлагањем правно-политичких разлога за признавање права, као што су то чинили национални судови када су се одлучили да то право ускрате члановима друштва.⁴³ Оно што је такође приметно јесте да је право признато широком кругу чланова – како контролним, тако и мањинским члановима, директним и индиректним власницима друштва.⁴⁴

2. Оцена приступа инвестиционих трибунала од стране теорије и праксе

С обзиром на то да се инвестициони трибунали нису бавили објашњењем разлога због којих су признали право чланова на накнаду штете, теорија и стручна јавност је указала на низ негативних последица које оваква пракса може проузроковати, а који по њиховом виђењу нису узети у обзир приликом признавања права. Тужбе акционара су мање предвидиве за државе у односу на тужбе оштећеног друштва, јер се тешко може идентификовати потенцијални број тужилаца, чему доприноси могућност куповине форума како би се обезбедио приступ тужби. Постојање већег или можда неодредивог круга потенцијалних тужилаца негативно утиче на подстицај државе да закључи поравнање, чак и уколико друштво поднесе одвојени захтев, јер држава није сигурна да би закључењем поравнања у потпуности решила последице одређене правне ситуације. По угледу на проблем на који су указали национални судови, у овом случају такође постоји ризик од двоструке или вишеструке наплате, јер осим ризика да члан може да надокнади штету која је већ призната друштву, код сложених власничких структура може се догодити да крајњи бенефицијар исту штету надокнади неколико пута. Затим, може се јавити ризик од мултиплицирања тужби, јер различити чланови у оквиру истог ланца власништва могу поднети тужбу, што

<https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/arato-reforming-shareholder-claims-isds-af-9-2019.pdf>, 26. 3. 2023, 3.

41 V. Korzun, 215.

42 *Ibid.*, 215; D. Gaukrodger, 26–27.

43 D. Gaukrodger, 29.

44 *Ibid.*, 26.

даље ствара ризик од различитих исхода по истом питању и доводи до увећања трошкова решења једне исте правне ситуације. У овом случају такође настаје и ризик за повериоце због трансфера имовинске вредности друштва на чланове, али и додатни ризик за државу, јер и повериоци могу бити инспирисани да поднесу тужбу, уколико би задовољили услове БИТ-а.⁴⁵ На крају, сматра се да признавање овог права члановима друштва може имати негативан утицај на корпоративно управљање, јер може изазвати сукобе на релацији сва три агенцијска проблема, а посебно може доћи до сукоба између чланова и саме компаније и менаџмента.⁴⁶ Затим, сматра се да признавање права може негативно утицати и на корпоративну структуру која би се мењала само са циљем да се обезбеди основ за подношење тужбе.⁴⁷

Иако је право чланова друштва широко прихваћено, због уочених ризика и проблема које може да створи у примени дошло је до реакције како у сегменту закључења БИТ-ова, тако и у пракси трибунала. Када је реч о изменама међународних уговора које су настале као последица праксе трибунала који признају ово право чланова друштва обично се наводи пример Северноамеричког споразума о слободној трговини (НАФТА), који је једини међународни уговор који регулише деривативну тужбу (члан 1117), те изричито искључује могућност подношења тужбе ради наплате рефлексне штете. Затим, у појединим БИТ-овима је уведен услов минималног капитал учешћа који би се сматрао заштићеном инвестицијом и самим тим давао основ за подношење тужбе.⁴⁸ Затим, поједини БИТ-ови прописују обавезу спајања или прекид поступака уколико су слични или се преклапају, или прописују посебне клаузуле као што су ускраћивање погодности и *fork in the road* клаузула.⁴⁹

Такође и сами трибунали су у одређеним ситуацијама одлучили да не признају право члановима друштва. Једна од тих ситуација је када одвојене тужбе поднесу друштво и његов једини члан (идентитет странака), као на пример у случају *Grynberg v. Grenada*, у којем се трибунал позвао на доктрину *collateral estoppel*.⁵⁰ Затим, на сличној линији резоновања је концепт идентитета удела, када тужбу одвојено поднесу директни и индиректни члан (*Ampal v. Egypt*).⁵¹ У случају *Impregilo*

45 Сви горе наведени ризици су исказани у документима ОЕЦД; Вид. D. Gaukrodger, 32–47.

46 V. Korzun, 233.

47 *Ibid.*, 234.

48 J. Arato, K. Claussen, J. Lee, G. Zarra, 10.

49 *Ibid.*; J. S. Lee, 72, 76.

50 J. Arato, K. Claussen, J. Lee, G. Zarra, 11.

51 *Ibid.*

S.p.A. v. Argentina трибунал је указао на то да је опасност од двоструке накнаде минимална, јер уколико се штета надокнади друштву, онда та чињеница мора бити узета у обзир приликом одмеравања висине штете члана друштва, што такође, барем у сегменту захтева ограничава ово право чланова.⁵² У случају *ST-AD GmbH v. Bulgaria* суд је утврдио да је до куповине акција дошло само како би се формирао основ за подношење тужбе, што је оцењено као злоупотреба права.⁵³ У случају *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States* трибунал је у спору који су покренули чланови признао дејство правила *res judicata* одлуке која је донета у спору који је покренуло друштво,⁵⁴ а што је неспорно вид процесног ограничења права акционара на накнаду рефлексне штете.

Са друге стране понуђена су и одређена решења како би се уочени проблеми могли решити, а такође су изнета и позитивна мишљења сходно којима би ову праксу трибунала требало задржати, уз евентуално мање корекције. У том погледу се сматра да је ово право чланова потребно задржати како би се остварила базична функција међународног инвестиционог права, а то је заштита инвеститора, те се указује на то да је једино објашњење које је пружено у прилог дозвољености тужби, а то је да се удели у друштву сматрају инвестицијом, заправо кључно и једино потребно.⁵⁵ Дакле, потреба да се пружи адекватна заштита инвеститорима мора бити значајнија од свих процедуралних потешкоћа, као што је, на пример, већи број поступака по истом основу, или могућност двоструке наплате, који проблеми се могу решити процесним правилима попут обавезног спајања поступака, могућност подношења заједничких тужби или прецизнијим дефинисањем правила *res judicata*.⁵⁶ Стога се сматра да нема основа за поређење националних и међународног права, у контексту примене исти правно-политичких разлога за ускраћивање права акционара, јер је функција националног права потпуно другачија од функције међународног права.⁵⁷ Затим се указује и на једну битну околност, а то је да признавање ове врсте права може водити унифицирању међународног инвестиционог права кроз закључивање вишестраних међународних уговора, наспрам тренутне ситуације да постоји преко три хиљаде закључених БИТ-ова, који по обиму права могу бити прилично различити.⁵⁸ На крају, сматра се да

52 J. S. Lee, 64.

53 *Ibid.*, 65.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

56 L. Vanhonnaeker, 352–353.

57 *Ibid.*, 353.

58 *Ibid.*

признавање овог права у појединим ситуацијама може бити једини ниво заштите инвеститора, уколико друштво основано у држави домаћина због одредаба БИТ-а не би имало приступ инвестиционој арбитражи или једноставно због утицаја државе домаћина на само друштво.⁵⁹ Ипак, указује се на то да се овај проблем може решити и на други начин, бољом дефиницијом критеријума страни инвеститор или увођењем деривативне тужбе у БИТ по угледу на НАФТА споразум.⁶⁰ На крају, чак и у оквиру расправе пред ОЕЦД-ом о реформи међународног инвестиционог права у овом сегменту⁶¹ постоје озбиљни противници напуштања принципа, те су пронађени аргументи против сваког од до сада идентификованих ризика.⁶² На пример, један од озбиљних ризика на који се указује је могућност двоструке наплате, за који се тврди да се још увек није догодио у пракси, јер трибунали увек узимају у обзир и одштетне захтеве које износи члан или друштво у одвојеном поступку.⁶³

IV Српско право

У овој материји компанијског права српско право прати већину европских права, те закон не садржи изричито уређење. Имајући у виду наведено о могућности да члан друштва захтева накнаду рефлексне штете, најпре се може закључити на основу уређења индивидуалне тужбе. Индивидуална тужба је уређена чланом 78 ст. 1 Закона о привредним друштвима (ЗПД) који прописује да *члан друштва може поднети тужбу против лица из члана 61 овог закона за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву*.

Ипак, чини се да је пре улажења у анализу одредбе члана 78 ст. 1 ЗПД потребно дефинисати појам рефлексне штете према српском праву.

Закон о облигационим односима не познаје појам рефлексна штета, као посебну врсту штете, већ само говори о стварној штети и измаклој добити.⁶⁴ Са друге стране, ни теорија облигационог права у првим годинама по доношењу ЗОО није познавала термин рефлексна

59 J. Arato, K. Claussen, J. Lee, G. Zarra, 7.

60 *Ibid.*, 8.

61 Вид. OECD, 17–35.

62 Вид. Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) to UNCITRAL Working Group III, Comments: Shareholder Claims for Reflective Loss, 2020, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/cciag_shareholder_claims_submission_093020.pdf, 27. 3. 2023.

63 *Ibid.*, 5.

64 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.

штета. Појам рефлексна штета у српском праву први пут се јавља у судској пракси средином осамдесетих година 20. века⁶⁵ и везује се искључиво за члан 488 ст. 3 ЗОО⁶⁶ којим је прописано да продавац одговара купцу и за штету коју је овај због недостатка ствари претрпео на другим својим добрима, и то према општим правилима о одговорности за штету. До данас, појам рефлексне штете се везивао искључиво за члан 488 ст. 3 ЗОО. За разлику од појма „рефлексна штета“, појам „посредна штета“ је заступљенији у теорији облигационог права и јавља се у оквиру излагања о подели врста штете на непосредну и посредну. Проф. Радишић под појмом непосредна штета подразумева „штету која је наступила као непосредна последица штетне радње тј. која се на њу надовезала без икаквих међудогађаја. Као посредна или индиректна штета сматра се она штета која је наступила као посредна последица штетне радње, односно као последица друге штете или посредних догађаја између штетне радње и штете“.⁶⁷ У коментару ЗОО непосредна штета је дефинисана на следећи начин: „Када штетни догађај има за последицу штету, штета је непосредна. Непосредна је и штета и када један догађај покрене други догађај, којим више не управља нека људска воља, па из тог другог догађаја настане штета. Штета се сматра посредном ако други догађај наступи из самосталног извора, али с обзиром на повољне околности које је створио први догађај“.⁶⁸ Разлика између два наведена схватања посредне штете јесте у томе што се у првом случају захтева да је реч о штети која је настала као последица догађаја којег је изазвала друга штетна радња, при чему није од значаја да ли је друга штетна радња под контролом људске воље или не, док у другом случају посредна штета постоји уколико је изазвана другим догађајем који је под контролом људске воље, а којем је претходила штетна радња. Дакле, у другом случају уколико је други догађај који је довео до настанка штете изван домена људске воље, реч је о непосредној штети, без обзира на то што је тај други догађај изазвала претходна штетна радња.

Имајући у виду наведено, поставља се питање да ли у српском праву рефлексна и посредна штета представљају два различита појма.

1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 155; Ј. Величковић, 314.

65 Вид. Правно схватање Савезног суда – начелни став бр. 4/85 од 6. 11. 1985. године, објављен у збирци судских одлука Савезног суда, Свеска I–II 1994. година – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 2/1998, 9; Ј. Величковић, 314.

66 Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2009, 108; Ј. Величковић, 314.

67 Јаков Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, Београд, 1979, 73–74; Ј. Величковић, 314.

68 Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 348; Ј. Величковић, 315.

Сходно изложеним појмовима може се закључити да у српском праву рефлексна штета, коју ЗОО прописује само у члану 488. по својој врсти требало би да представља непосредну штету, јер она настаје као директна последица штетне радње (испорука ствари са материјалним недостатком) и којој не претходи међудогађај који би чинио да штета представља посредну последицу штетне радње.

Полазећи од уређења индивидуалне тужбе садржане у члану 78 ст. 1 ЗПД делује да је реч о посредној, а не рефлексној штети сходно схватању домаће правне теорије и да у српском праву није прихватљиво тумачење да штета коју је члан друштва претрпео због повреде дужности према друштву мора бити потпуно независна од штете која је настала у имовини друштва. Наиме, ЗПД материјални домен примене индивидуалне тужбе везује искључиво за посебне дужности према друштву, а не за евентуалне дужности које могу постојати према члановима друштва. На основу садржине одредбе члана 78 ЗПД уочава се да је српско право заправо у потпуности одступило од других националних права.

С обзиром на чињеницу да је правни основ индивидуалне тужбе у српском праву повреда дужности према друштву, члан друштва у поступку по индивидуалној тужби треба да докаже *постојање повреде дужности према друштву* и узрочну везу између те повреде и штете која је настала у имовини члана друштва. На овом месту је потребно нагласити да ЗПД основаност индивидуалне тужбе не условљава *постојањем штете друштву* која је настала као последица повреде дужности према друштву, већ само постојањем радње повреде. Имајући у виду наведено, могуће је да у конкретном случају услед повреде дужности према друштву није наступила штета по друштво, али је наступила штета у имовини једног или више чланова друштва. У овом случају није спорно да је реч о директној или непосредној штети коју су чланови друштва претрпели због повреде дужности према друштву. Међутим, поставља се питање да ли у случају када је услед повреде дужности према друштву штета настала у имовини друштва и имовини чланова, да ли члан друштва и даље има право да захтева само накнаду непосредне штете (као што је то случај са англосаксонским правом) или би могао да захтева и посредну штету, на пример због смањења вредности удела.

О овом питању постоји одлука суда у којој је наведено да *„основ и висина штете која је учињена члановима привредној друштву, може се утврђивати само након утврђења основа и висине штете причињене самом друштву.“*⁶⁹ На основу цитиране одлуке суда стиче се утисак да у српском праву не само да је дозвољено да се индивидуалном тужбом

69 Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 7572/2013 од 11. 4. 2014. године; Ј. Величковић, 314.

захтева посредна штета, већ да је то заправо једини облик штете коју члан друштва може захтевати, а што би било супротно сврси индивидуалне тужбе.

Међутим, полазећи од изложене дефиниције посредне и непосредне штете у српском праву, за оцену предмета разматрања није од значаја подела штете на посредну и непосредну, у смислу да би индивидуална тужба била дозвољена само у односу на непосредну штету коју члан друштва трпи као последицу повреде дужности према друштву. Наиме, уколико би се прихватио став да је индивидуална тужба дозвољена само у односу на непосредну штету коју је члан друштва претрпео, а полазећи од изложене дефиниције непосредне штете у правној теорији, дошли бисмо до закључка да би индивидуалном тужбом у српском праву било дозвољено захтевати накнаду штете у виду умањења вредности удела или сличан облик штете, уколико између радње повреде дужности и умањења вредности удела није наступио други догађај који је заправо довео до смањења вредности удела. На пример, ова ситуација може настати уколико директор друштва отуђи непокретности у власништву друштва, након чега дође до смањења књиговодствене вредности акција, као и процењене вредности акција, уколико би се на пример користио ликвидациони метод процене, а цену акција је потребно утврдити за потребе остваривања права акционара.

Имајући у виду наведено, када је реч о српском праву, за утврђивање врсте штете која се може захтевати индивидуалном тужбом коју подноси члан друштва не би требало да буде од значаја подела штете на посредну и непосредну, већ принцип интегралне накнаде штете.⁷⁰ Наиме, један од основних разлога због којих је у англосаксонском праву формиран принцип забране рефлексне или посредне штете је тај да постоји опасност да иста штета буде два пута надокнађена, једном путем тужбе од стране друштва, а други од стране члана друштва путем индивидуалне тужбе. У српском праву наведени проблеми могу бити решени применом принципа интегралне накнаде штете. ЗОО у члану 190 прописује да ће суд узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. У том смислу члан друштва путем индивидуалне тужбе би несумњиво могао да захтева штету коју је непосредно претрпео као последицу повреде дужности према друштву. На пример, члан друштва може претрпети штету због повреде посебних дужности према друштву уколико је услед тога дошло до активирања средства обезбеђења датог од стране члана

70 О начелу интегралне накнаде штете вид. Ј. Радишић, 55; Ј. Величковић, 316.

друштва, а што доводе до његове личне одговорности за обавезе друштва. Међутим, поред наведеног члан друштва би могао да захтева и штету коју је претрпео услед умањења имовине друштва, а која није могла да се надокнади након успешног окончања поступка по тужби за рачун друштва. На пример, могуће је да није дошло до подношења директне или деривативне тужбе, те на сличан начин као и у енглеском праву, у овом случају би требало дозволити члану друштва да захтева накнаду посредне штете, уколико је подношење директне или деривативне тужбе неосновано спречено.

Све претходно наведено је могуће применити само уколико је члан друштва заиста претрпео посредну штету због повреде дужности према друштву. На примеру смањења вредности удела уочава се у којој мери такозвана посредна штета коју чланови друштва могу претрпети због доношења штете друштву може представљати апстрактну категорију, а не штету која је заиста наступила у имовини члана друштва. Повод за размишљање у овом смеру даје једна одлука суда у којој је наведено: *„Следи да се висина и обрачун штеће коју је члану друштва произвољно одређен дан (иа ни на дан доношења тужбе), све док члану друштва који захтева накнаду штеће не пресјане својство члана друштва (испунуањем, продајом удела или на друји законом ирисан начин), нема услова за утврђење висине штеће (одређене као разлика у висини вредности удела на произвољно одређен датум), јер се према циљираним одредбама закона вредности удела утврђује према иржишној вредности на дан пресјанка својства члана друштва.“*⁷¹ Овде је суд препознао веома важно питање, а то је на који датум се утврђује штета због смањења вредности друштва. Уколико штета због смањења вредности друштва остане само на нивоу апстрактне штете, онда сваки датум као дан процене штете може бити погрешан, јер повреда дужности према друштву у различитим временским тренуцима може давати различите финансијске ефекте. Уколико није могуће утврдити датум настанка штете, онда је упитно да ли је штета уопште наступила. У конкретном случају суд је као могући датум на који је потребно извршити процену штете навео датум престанка чланства у друштву. Тако на пример, штета члана друштва због пада вредности друштва може постојати уколико члан друштва користи права као несагласни акционар, а вредност акција коју му друштво исплаћује по том основу је смањена управо због умањења имовине друштва која је настала као последица повреде дужности према друштву. Слична ситуација може постојати и уколико банка члану друштва одбије захтев за кредит, јер не прихвата удео

71 Решење Привредног апелационог суда Пж – 3616/2013 од 3. 4. 2014. године; Ј. Величковић, 317.

у друштву као средство обезбеђења кредита због умањене вредности друштва, а члан друштва због тога претрпи штету, јер не може да уложи средства како је планирао. У свим наведеним случајевима, штета коју члан друштва трпи настаје на одређени дан у односу на који је могуће квантификовати износ штете.

Имајући у виду све наведено, као закључак може се рећи да у српском праву члан друштва у форми индивидуалне тужбе неспорно може да захтева непосредну штету која је настала као последица повреде дужности према друштву, а која је независна у односу на штету друштва. Када је реч о могућности истицања захтева за накнаду посредне штете због умањења вредности имовине друштва, *a priori* не би требало негирати ово право члана друштва. Наиме, у овом случају треба водити рачуна најпре о томе да ли је посредна штета заиста настала и да ли би накнада посредне штете била у складу са начелом интегралне накнаде штете.

Све наведено примењује се у ограниченом броју ситуација, имајући у виду да се индивидуална тужба из члана 78 ст. 1 ЗПД подноси само због повреде посебних дужности према друштву.

На крају, поставља се питање да ли у осталим ситуацијама члан друштва може поднети тужбу против лица унутар друштва или трећих лица, уколико је неком радњом према друштву наступила штета у имовини друштва. С обзиром на то да је ЗПД такво право признао члановима у односу на једну категорију права друштва – посебне дужности према друштву, нема основа да се исти принцип не примењује и у било којој другој правној ситуацији. Свакако, због чињенице да је закон посебно уредио само повреду посебних дужности према друштву, могуће је и тумачење које би подразумевало да управо због чињеница да у овој ситуацији закон изричито признаје право члановима да истакну захтев за накнаду посредне штете, реч је о прописивању изузетка, те исто право не би могло постојати код повреде других права друштва. Међутим, чак и у овим околностима не би се требало водити логиком поделе штете на посредну и непосредну, већ би и даље као основни принцип требало примењивати принцип интегралне накнаде штете, те члановима друштва дозволити да буду у истој позицији као пре предузимања штетне радње према друштву. Када би то право требало дозволити није могуће одговорити на апстрактном нивоу, већ би се оно процењивало сходно околностима конкретног случаја.

V Закључак

На основу свега наведеног потврђује се полазна хипотеза да тужба члана друштва за накнаду рефлексне штете представља једно од сложенијих питања компанијског права. Реч је о једном од сложенијих питања, јер оно задире у функционисање основних принципа ове гране права, попут одвојености правног субјективитета његових чланова и самог друштва и централизовано управљање од стране именованих органа. Ова врста тужбеног захтева задире у основни концепт компанијског права да чланови друштва када оснивају друштво или касније, дају одређени улог који је у принципу неповратан, при чему пристају на ризик да компанија не буде успешна у свом пословању. Признавање права члановима друштва да захтевају штету због догађаја који је настао током пословања друштва се на неки начин директно супротставља овом концепту компанијског права, јер оно по природи ствари чланове треба да обештети за губитак уложене вредности у друштво или изостанак њеног увећања. Све наведено је свакако тачно и таквом начину резонувања се не може приговорити много. Међутим, треба имати у виду да у овом случају није реч само о потреби остваривања сврхе и функције компанијског права, већ и облигационог права. Штета, као један од два основна извора облигација, те последично право на накнаду штете, је тековина права о чијем значају не треба говорити. Накнада штете као појам облигационог права се појављује не само у оквиру компанијског, него готово у свим сферама права. Отуда чини се да за правилно разумевање института који је предмет разматрања није могуће фокусирати се само на компанијског право и исти посматрати само из призме компанијског права. Како је наведено, потреба поштовања основних принципа компанијског права је неупитна и о томе треба водити рачуна. Али исто тако треба признати да у неким ситуацијама може бити оправдано члановима друштва признати право на накнаду штете због радње која је предузета према друштву чији је оно члан. На апстрактном нивоу је тешко предвидети које би то конкретно ситуације могле бити. Међутим, када се појави питање да ли члану друштва треба признати право на накнаду штете због радње која је предузета према друштву као примарно треба постави питање да ли принцип интегралне накнаде штете захтева да се ово право призна члановима друштва. У циљу одговора на постављено питање на ред ступа примена основних принципа компанијског права, те је потребно утврдити да ли је, на пример, друштво поднело одштетни захтев, те да ли је исти био успешан или неуспешан и због којих околности, те у крајњем исходу да ли је остао сегмент претрпљене штете од стране чланова друштва који не може да се надокнади преко субјективитета друштва, већ је потребан додатни

ниво заштите имовинских права чланова друштва. Дакле, с обзиром на то да је ипак реч о институту облигационог права, принцип интегралне накнаде штете треба да буде примарни, а приликом утврђивања да ли се и у ком тренутку остварује принцип интегралне накнаде штете треба водити рачуна о специфичностима и основним принципима компанијског права, како би се у крајњем исходу оствариле функције оба права.

На крају, када је реч о српском праву, које по слову самог закона дозвољава накнаду посредне штете у односу на индивидуалну тужбу, може се упутити замерка законодавцу, јер је право члана друштва директно везао за постојање повреде права које постоји према друштву. У том погледу тренутна законска одредба право члана друштва на накнаду штете фактички дефинише као дериват штете коју је претрпело друштво, што је супротно концепту права на накнаду рефлексне штете. У упоредном праву, па чак и праву заштите страних инвестиција једногласан је став да основ за истицање захтева може бити само повреда права које непосредно припада члану друштва. Управо је то био основни разлог због чега је право члана признато у инвестиционим арбитражним споровима, јер су се у овом случају трибунали фокусирали на чињеницу да удео у друштву по билатералним споразумима представља заштићену инвестицију, што чини независан правни основ повреде права. У упоредном националном праву овакав независан правни основ је тешко могао да се пронађе, што је и довело до формирања принципа забране накнаде рефлексне штете. Отуда би одредбу члана 78 став 1 ЗПД требало преформулисати на начин да се избегне тумачење као што је примећено у судској пракси да је доказивање постојања и обима штете друштва предуслов за оцену основаности индивидуалне тужбе, већ би фокус требало ставити на правни основ који постоји код самог члана, а који се заснива на потреби заштите вредности његове имовине у чији састав улази власништво над уделом у друштву. Ипак, добро решење тренутног уређења јесте да члан друштва има право на накнаду штете због *радне* која је предузета према друштву, независно од тога да ли је друштво претрпело или надокнадило штету, при чему би и овај приступ законодавца требало јасније формулисати. Свакако, чињеница да ли је друштво претрпело и надокнадило штету треба да буде релевантна за потребе примене принципа интегралне накнаде штете коју је претрпео члан друштва.

У том смислу може се рећи да је право члана друштва на накнаду рефлексне штете најбоље дефинисао Међународни суд правде у чувеном случају *Barcelona Traction* указујући на то да постоји потреба разликовања повреде права од повреде интереса, јер само прва категорија ужива

правну заштиту. Наиме, суд је навео да упркос концепту одвојеног правног субјективитета, штетна радња према компанији често узрокује штету и њеним члановима. Али сама чињеница да штету трпе обе стране, не имплицира да обе стране имају право на накнаду штете. Дакле, не може се извући правни закључак да обе стране имају право на накнаду штете само због чињенице да је исти догађај проузроковао штету која је истовремено погодила правно и физичка лица. Повериоци немају право да траже накнаду од неког лица које је њиховом дужнику проузроковало штету. У таквим случајевима, неспорно погођени су нечији интереси, али не и права. Дакле, у околностима када је штета нанета компанији мора се настојати да компанија захтева накнаду, јер је њено право повређено.⁷²

На сличан начин и у српском праву треба тежити да чланови друштва буду примарно подстакнути да захтевају обештећење компанији, а тек након тога им у складу са принципом интегралне накнаде штете признати право и на подношење тужбе у своје име и за свој рачун. Чини се да одредба члана 78 став 1 ЗПД није формулисана на овај начин, напротив. Међутим, идеју законодавца о праву члана друштва на накнаду посредне штете треба задржати, али уз јасније дефинисање како у пракси не би настала тумачења која су супротна сврси признавања ове категорије права чланова друштва.

Коришћена литература

- Arato Julian, Claussen Kathleen, Lee Jaemin, Zarra Giovanni, „Reforming Shareholder Claims in ISDS“, *Academic Forum on ISDS Concept Paper*, 2019/9, доступно на адреси: <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academicforum/papers/papers/arato-reforming-shareholder-claims-isd-af-9-2019.pdf>, 26. 3. 2023.
- B. J., „Distinguishing between Direct and Derivative Shareholder Suits“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 110, Nr. 8/1962.
- Vanhonnaeker Lukas, *Shareholders' claims for reflective loss in international investment arbitration – the rule and its demystification*, doctoral dissertation, McGill University Faculty of Law, Montreal, 2018, доступно на адреси: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/s1784p10r>, 25. 3. 2023.
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Београд, 2009. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2009)

72 L. Vanhonnaeker, 26.

- Величковић Јована, *Деривативна тужба*, Београд, 2020. (Veličković Jovana, *Derivativna tužba*, Beograd, 2020)
- Gaukrodger David, „Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law“, *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/02, доступно на адреси: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2014_02.pdf, 4. 4. 2023.
- Gaukrodger David, „Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency“, *OECD Working Papers on International Investment*, 2013/03, доступно на адреси: https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2013_3.pdf, 3. 4. 2023.
- Jong Bas J. de, „Shareholders’ Claims for Reflective Loss: A Comparative Legal Analysis“, *European Business Organization Law Review*, Vol. 14, Nr. 1/2013.
- Korzun Vera, „Shareholder Claims for Reflective Loss: How International Investment Law Changes Corporate Law and Governance“, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 40, Nr. 1/2018.
- Koh Pearlie, „The Shareholder’s Personal Claim: Allowing Recovery for Reflective Losses“, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 23, Special Issue, 2011.
- Лепетић Јелена, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2014. (Lepetić Jelena, „Pravo akcionara na individualnu tužbu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2014)
- Перовић Слободан (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995. (Perović Slobodan (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995)
- Радишић Јаков, *Имовинска одговорност и њен доseg*, Београд, 1979. (Radišić Jakov, *Imovinska odgovornost i njen doseg*, Beograd, 1979)
- Suet Lin Joyce Lee, „Barring Recovery for Diminution in Value of Shares on the Reflective Loss Principle“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, Nr. 3/2007.
- Sung Lee Jae, „Shareholder Claims for Reflective Loss in Investor-State Disputes and Reform Options“, 2021, доступно на адреси: <https://www.moj.go.kr/bbs/moj/165/429669/download.do>, 27. 3. 2023.
- Chaisse Julien, Zhuoyue Li Lisa, „Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss“, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2016.

Jovana VELIČKOVIĆ, PhD
Attorney at law in Belgrade, Serbia

THE SHAREHOLDER'S RIGHT TO COMPENSATION FOR REFLECTIVE LOSS: COMPARATIVE-LEGAL AND POSITIVE-LEGAL ANALYSIS

Summary

The subject of the analysis is shareholder's right to compensation for reflexive loss that occurs in its property due to the deterioration of the action taken against the company. While most rights adopt the so-called principle of prohibition of compensation for reflexive loss, this right is recognized in investment arbitration disputes. The paper aimed to determine the position of Serbian law concerning the observed conflict of rights. In Serbian law, the shareholders may have the right to claim compensation for reflexive loss if such a claim follows the principle of integral compensation for damages. In this respect, Serbian law is more favorable to the approach of tribunals in investment arbitrations than national laws. The approach of Serbian law should be maintained, taking into account all criticisms of the course that recognizes this right of shareholders to achieve the functions of tort and company law ultimately.

Key words: Shareholder. – Reflexive Loss. – Indirect Damage. – Investment Arbitration. – Serbian Law.

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 5. 2023.

УДК: 347.72.036

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23308A

Милена МИТРОВИЋ*

Истраживач Макс Планк Института за међународно, европско и регулаторно процесно право у Луксембургу, Луксембург

ДУЖНОСТИ ДИРЕКТОРА У ОДРЖИВОМ КОРПОРАТИВНОМ УПРАВЉАЊУ

Сажетак

Аутор се у раду бави ишћањем дужности директора у одрживом корпоративном управљању. Предлојом директиве о дужној пажњи у одрживом пословању је предвиђено проширење дужности директора, које подразумева да директор у доношењу одлука има у виду одрживост пословања, укључујући људска права, климатске промене, као и последице на животну средину. На тај начин би се дужности пажње директора хармонизовала на нивоу ЕУ, што до сада није био случај услед даље присујних различитих концепција дужности директора и интереса друштва у државама чланицама. Предлој директиве је претходила Студија о дужностима директора, којој су упућене бројне замерке. У Студији, а потом и у Предлоју директиве се предлаже реформа дужности директора, те би усвајање одредбе у садашњем облику могло да има далекосежне ефекте у области корпоративног управљања. Раг се бави могућим последицама измене дужности пажње директора на начин предвиђен Предлојом директиве. Најзад, раг даје одговор на ишћање да ли је уређење дужности на нивоу ЕУ целисходно.

* Електронска адреса аутора: milena.mitrovic@mpi.lu.

Кључне речи: *Одрживо корпоративно управљање. – Дужности њажње. – Циљ друштва. – Предлој директиве о дужној њажњи за одрживо њословање. – Друштвена одговорност њривредних друштва.*

І Увод

Одрживо корпоративно управљање, и уопште теме које се баве питањем друштвено одговорног пословања у условима у којима су све израженије негативне последице климатских промена и други проблеми, привлаче све више пажње стручне и научне јавности. ЕУ је била посебно активна на том пољу, те се последњих неколико година на нивоу ЕУ предузимају различите активности у циљу подстицања одрживог пословања привредних друштава.

Један од првих, уједно и најзначајнијих корака које је ЕУ предузела у том правцу било је усвајање Директиве о нефинансијском извештавању 2014. године.¹ Значај Директиве о нефинансијском извештавању се огледа у томе што је указала на питања од значаја за друштвено одговорно пословање и поставила темељ обавезности извештавања о нефинансијском аспекту пословања на нивоу ЕУ, иако само за један (мањи) број привредних друштава.² Директива о нефинансијском извештавању је постепено имплементирана у државама чланицама, те се од 2018. године примењује у свим државама чланицама ЕУ. Већ тада су предложене измене одредби Директиве о нефинансијском извештавању будући да су уочени значајни недостаци у њеним решењима и њиховој примени. Нова Директива о извештавању о одрживом пословању привредних друштава усвојена је 5. јануара 2023. године.³ У поређењу са одредбама Директиве о нефинансијском извештавању, Директива о

1 Директива о нефинансијском извештавању (*Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups Text with EEA relevance, OJ L 330, 15. 11. 2014*).

2 О развоју правног оквира нефинансијског извештавања у ЕУ вид. примера ради: Dániel Gergely Szabó, Karsten Engsig Sørensen, „New EU Directive on the Disclosure of Non-Financial Information (CSR)“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 12, Nr. 3/2015, 307–340; Iris Barsan, „Corporate Accountability: Non-Financial Disclosure and Liability – A French Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 14, Nr. 3/2017, 399–433; Милена Митровић, „Развој правног оквира ЕУ о нефинансијском извештавању“, *Право и њривреда*, бр. 1/2020, 160–183.

3 Директива о извештавању о одрживом пословању привредних друштава (*Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC*

извештавању о одрживом пословању привредних друштава садржи детаљнија правила о извештавању, проширен је како материјални, тако и персонални домаћај примене (обухваћено је више друштава, међу којима је и део малих и средњих предузећа), а предвиђена је и обавезна ревизија ових извештаја.⁴ Важна новина у овој области је и усвајање стандарда развијених посебно за нефинансијско извештавање од стране EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*).⁵ С обзиром на то да ће нова правила Директиве о извештавању о одрживом пословању почети да се примењују 2024. године, то значи да би ови стандарди, уколико буду усвојени, могли да буду примењени већ за извештаје који буду објављени 2025. године.⁶ Остаје да се види какав ће бити ефекат унапређења упоредивости, стандардизованости и материјалности информација, што је од самог почетка примене Директиве о нефинансијском извештавању представљало њен значајан недостатак.⁷

Иако је према оценама европског законодавца очигледан позитиван утицај Директиве о нефинансијском извештавању на понашање привредних друштава, сматра се да ипак није резултирала тиме да већина друштава на прави начин приступи превенцији и санирању негативних последица пословања, због чега су потребне даље интервенције.⁸ То је био један од разлога да се оде корак даље и ојача улога привредних

and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting (Text with EEA relevance), OJ L 322, 16. 12. 2022).

- 4 Овде неће бити детаљније речи о изменама, с обзиром на то да то да превазилази обим овог рада. Више о изменама вид. одредбе Директиве о извештавању о одрживом пословању привредних друштава.
- 5 Делегирана уредба о стандардима за извештавање о одрживости (*Commission Delegated Regulation of 31. 7. 2023 supplementing Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council as regards Sustainability Reporting Standards*, Brussels, 31. 7. 2023, C[2023] 5303 final).
- 6 Детаљно о томе вид. European Reporting Lab, Proposal for a Relevant and Dynamic EU Sustainability Reporting Standard-Setting, доступно на адреси: https://finance.ec.europa.eu/system/files/2021-03/210308-report-efrag-sustainability-reporting-standard-setting_en.pdf, 20. 8. 2022, 12.
- 7 О материјалности вид. примера ради: Aline Darbellay, Yannick Caballero Cuevas, „The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Nr. 1/2023, 44–59; Gaia Balp, Giovanni Strampelli, „Institutional Investors as the Primary Users of Sustainability Reporting“, *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2023, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4495602, 30. 6. 2023, 10–15; Sveinung Jørgensen, Aksel Mjøs, Lars Jacob Tynes Pedersen, „Sustainability Reporting and Approaches to Materiality: Tensions and Potential Resolutions“, *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, Vol. 13, Nr. 2/2022, 341–358.
- 8 Предлог директиве о дужној пажњи (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, 23. 2. 2022), 4.

друштва у унапређењу одрживости. Важно место у јачању друштвене одговорности привредних друштава је дато у последње време управы, односно директорима привредног друштва. У протекле две године је нарочита пажња посвећена питању да ли директори треба да имају посебне дужности у одрживом корпоративним управљању, односно да ли постоји потреба да се постојеће дужности директора редефинишу и, корак даље, уреде на нивоу ЕУ уместо на националном нивоу. Неки аутори са посебним ентузијазмом истичу да управо директори имају кључну улогу у развоју друштвено одговорног пословања друштва.⁹

Непосредан повод интензивним дискусијама о улози управе била је Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању, коју је за потребе Европске комисије израдило привредно друштво ЕУ (*Ernst & Young*).¹⁰ У овој Студији су размотрени различити модели уређивања дужности директора и других повезаних питања, попут накнаде, састава одбора и сл. у одрживом корпоративном управљању. Студија је предвидела уређење дужности пажње директора на нивоу ЕУ тако да дужност пажње изричито обухвати и питања одрживости, односно да директор приликом доношења одлука има у виду и питања релевантна за одрживост. Значајно је поменути да је улога ЕУ у погледу интервенција у области корпоративног управљања традиционално била ограничена, како из политичких, тако и из различитих техничких разлога.¹¹ Ова студија је изазвала бурне реакције јавности. Студија је била изложена бројним критикама стручне и научне јавности, о чему ће бити речи детаљније касније. Ипак, Студија је у сваком случају допринела јачању свести да привредна друштва могу и треба да имају значајн(и)у улогу у унапређењу одрживости.¹²

9 Вид. Beate Sjøfjell, „Realising the Potential of the Board for Corporate Sustainability“, *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability* (eds. Beate Sjøfjell, Christopher M. Bruner), Cambridge, 2019, 697 и даље.

10 ЕУ Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању (European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*), доступно на адреси: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>, 20. 5. 2023. Ово није једина студија, али је имала велики утицај на садржај Предлога директиве о дужној пажњи, те ћемо се овде детаљније осврнути на њен садржај. Свакако, вреди поменути и Студију о осигурању будућности европског бизниса: СМАРТ предлози за реформу (Beate Sjøfjell, Jukka Mähönen, Tonia Novitz, Clair Gammage, Hanna Ahlström, *Securing the Future of European Business: SMART Reform Proposals*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3595048>, 20. 3. 2023).

11 Детаљније о томе вид. Pierre-Henri Conac, „Sustainable Corporate Governance in the EU: Reasonable Global Ambitions“, *Red*, Vol. 4, Nr. 1/2022, 111 и даље.

12 Florian Möslein, Karsten Engsig Sørensen, „Sustainable Corporate Governance: A Way Forward“, *European Company Law*, Vol. 18, Nr. 1/2021, 7.

Упркос озбиљним критикама упућеним на рачун Студије, Европска Комисија је најпре 23. фебруара 2022. године објавила Предлог директиве о дужној пажњи у чијој садржини се, између осталог, нашао и члан који се односи на дужност пажње директора, да би се потом Европски парламент 1. јуна 2023. године позитивно изјаснио о предлогу. Иако је текст који је усвојен у Европском парламенту измењен и допуњен, те тек следе преговори о коначном тексту, засада је члан који се односи на дужност пажње неизмењен. Очекивано је да коначан текст буде објављен пре јуна 2024. године, док би Директива о дужној пажњи требало да ступи на снагу најраније 2 године након усвајања – најраније 2026. године. У данима након позитивног изјашњења Европског парламента поводом Предлога директиве, бројне невладине организације са великим ентузијазмом говоре о практично новој ери пословања привредних друштава и великом искораку ка јачању одговорности друштава за негативан утицај на људска права и животну средину. Са друге стране, и даље су отворена бројна питања у вези са садржином Директиве о дужној пажњи, односно променама и изазовима које њено усвајање доноси.

Оно што је очигледно, макар у овом сегменту, јесте да друштва, иако субјекти приватног права, немају више искључиву улогу максимизације добити. Њихова улога се не своди само на заштиту (економских) интереса чланова. Све чешће се може наћи став да друштва, осим циља да остваре што већу добит, имају дужност да допринесу умањењу негативних ефеката, односно да помогну у погледу постизања неких општих, друштвено корисних циљева.¹³ Спорно је, међутим, да ли и

13 Вид. Мирко Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (од политике, преко морала, до права)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, 6–7. О циљу привредног друштва се у последње време објављују десетине чланака. Вид. примера ради: Klaus J. Hopt, „Corporate Purpose and Stakeholder Value – Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems“, *ECGI Law Working Paper*, No. 690/2023, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=4390119>, 5. 4. 2023; Guido Ferrarini, „Redefining Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer“, *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünwald), London, 2021, 85–150; Paul Davies, „Shareholder Voice and Corporate Purpose: The Purposeless of Mandatory Corporate Purpose Statements“, *ECGI Law Working Paper*, No. 666/2022, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=4285770>, 5. 3. 2023; Colin Mayer, „The Governance of Corporate Purpose“, *ECGI Law Working Paper*, No. 609/2021, доступно на адреси: http://ssrn.com/abstract_id=3928613, 20. 7. 2023, 1–13; Holger Fleischer, „Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 18, Nr. 2/2021, 161–189; Вук Радовић, „Циљ привредног друштва са освртом на актуелну пандемију“, *Ревуја Койаоничке школе природног права*, бр. 2/2021, 25–58; Борко Михајловић, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 140–157.

у којој мери такве активности друштва, усмерене ка постизању неких општих, друштвено корисних циљева, подразумевају редефинисање циља привредног друштва. Такође, није довољно јасно какву улогу и који степен одговорности у том погледу треба да имају привредна друштва и његова управа.

У раду ћемо најпре размотрити главне налазе Студије о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању које се директно односе на питање хармонизације дужности директора. Затим ћемо кратко изложити опште одредбе Предлога директиве о дужној пажњи у вези са одрживим пословањем, а нарочита пажња биће посвећена садржају и домаћају одредбе о дужној пажњи директора, као и последицама које би могле да уследе уколико таква одредба буде усвојена.

II Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању

Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању већ у самом уводу поставља за циљ да испита проблем краткорочних циљева (тзв. *short-termism*) у корпоративном управљању. Такође, усмерена је и на однос са постојећим тржишним праксама и правним оквиром. Најзад, циљ је да идентификује потенцијална решења на нивоу ЕУ, везујући их за могућност доприноса постизању Циљева одрживог развоја УН и Париског споразума о климатским променама.¹⁴ Студија идентификује 7 кључних проблема:¹⁵

- 1) дужности директора и интерес друштва се уско тумаче и постоји тенденција да се даје предност краткорочном максимизирању добити;
- 2) евидентан је притисак на управу да се фокусира на исплате члановима на уштрб постизања дугорочних циљева у увећању добити друштва;
- 3) привредним друштвима недостаје стратешка перспектива одрживости, те не успевају ефикасно да идентификују и управљају ризицима и утичу на одрживост;
- 4) структура накнада члановима управе погодује томе да се управа фокусира на стварање краткорочне користи за чланове, уместо постизању дугорочних циљева за привредно друштво;
- 5) састав управе није подстицајан за усмерење окретању ка одрживом пословању;

14 ЕУ Студија о дужностима директора у одрживом корпоративном управљању, VI.

15 *Ibid.*, 31–41.

- 6) оквири и праксе корпоративног управљања не истичу довољно важност постизања дугорочних циљева;
- 7) ограничене су могућности санкционисања како би се утицало на то да директор заиста поступа у дугорочном интересу друштва.

Као кључни проблем је идентификован проблем *крајкорочности циљева*, односно тежња за краткорочним остваривањем добити. Као главни аргумент у прилог томе се наводи тренд раста исплата члановима друштва и пад капиталних инвестиција и улагања у истраживање и развој.¹⁶ Интервенција ЕУ, према Студији, треба да тежи томе да постигне равнотежу између потребе да се ублаже краткорочни притисци на директоре привредних друштава и да се промовише интеграција одрживости у корпоративно одлучивање. Према Студији, интервенција ЕУ треба да тежи остварењу три специфична циља. Прво, потребно је ојачати улогу директора у остваривању дугорочних интереса друштва. Интервенција ЕУ би требало да отклони тренутне заблуде и грешке у вези са циљем привредног друштва и дужностима директора, што доводи до тога да директори дају приоритет краткорочном финансијском учинку у односу на дугорочни интерес друштва. Други циљ је јачање одговорности директора у погледу интегрисања одрживости у корпоративно доношење одлука. Најзад, потребно је промовисање пракси корпоративног управљања које доприносе одрживости друштва.¹⁷

Студија разматра различита решења према степену интервенције у вези са уоченим проблемима. Како би се додатно прецизирала дужност директора, дужност треба да буде формулисана тако да обезбеди да директори *ускладе* (напомена аутора) интерес чланова и дугорочни интерес друштва (5 до 10 година), интересе запослених, купаца, интерес локалне заједнице и глобално окружење, укључујући и интерес друштва у целини.¹⁸

Студија је била изложена снажним критикама, те су њен кредибилитет и аргументација озбиљно доведени у питање.¹⁹ Критике чак иду догле да се наводи како „Студија показује неразумевање природе правног дискурса и представља пристрасан, нерепрезентативан и високо политички мотивисан преглед литературе и емпиријских налаза.“²⁰

16 *Ibid.*, 40.

17 *Ibid.*, VII.

18 *Ibid.*, 51.

19 Одговори на Студију су доступни на адреси: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/feedback_en?p_id=8270916, 20. 7. 2022.

20 Paul Krüger Andersen, Andri Bergthorsson, Tore Bråthen, Søren Friis Hansen, Jesper Lau Hansen, Svante Johansson, Morten Kinander, Mårten Knuts, Erik Lidman, Troels

Када је реч о самом проблему, нарочито узроку недовољног ангажовања друштва у погледу одрживости, посебно се критикује чињеница да Студија у центар пажње ставља краткорочност циљева. Међутим, прецизна дефиниција краткорочности циљева је изостала, а веза између краткорочности и проблема одрживости није детаљно испитана.²¹ Студија не разликује краткорочност циљева и екстерне ефекте у својој дефиницији проблема.²² Стиче се утисак да се полази од претпоставке да су краткорочни циљеви узрок свих проблема, али се притом не пружа довољно чврста основа да се таква тврдња докаже,²³ нити Студија нуди решење како да се ускладе интереси различитих група у случају када постоји сукоб интереса између дугорочних интереса друштва и других интересних група.²⁴

Критике су упућене и избору литературе која је коришћена да би се поткрепили налази Студије. Истиче се посебно проблем пристрасности и селективности – чланци и студије чији су налази у супротности са налазима Студије су занемарени, а литература која разматра проблем краткорочности такође није заступљена у довољној мери и на прави начин.²⁵ Делује као да је интенција била да се навођењем

Michael Lilja, Niels Skovmand Rasmussen, Matti J. Sillanpää, Rolf Skog, Daniel Stattin, Therese Strand, Seppo Villa, Caspar Rose, Per Samuelsson, Gustaf Sjöberg, Veikko Vahtera, Erik Werlauff, „Response to the Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance by Nordic Company Law Scholars“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709762, 20. 1. 2023, 2, 3–4.

21 Paul Davies, Susan Emmenegger, Guido Ferrarini, Klaus Hopt, Adam Opalski, Alain Piétrancosta, Andrés Recalde, Markus Roth, Michael Schouten, Rolf Skog, Martin Winner, Eddy Wymeersch, „European Commission, Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance“, доступно на адреси: <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/european-commission-study-on-directors-duties-and-sustainable-corporate-governance/>, 20. 1. 2023, интернет извор без броја стране.

22 Mark Roe, Holger Spamann, Jesse Fried, Charles Wang, „The European Commission’s Sustainable Corporate Governance Report: A Critique“, *Harvard Business School Working Paper*, No. 21-056, доступно на адреси: https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/21-056_51410b50-5488-477a-9aa3-df8f81138e53.pdf, 20. 2. 2023, 2.

23 Lars Ohnemus, Claus Richter, Steen Thomsen, „Consultation on ‘Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance’“, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/F584003_en, 20. 2. 2023, 2.

24 M. Roe *et al.*, 5.

25 Вид., примера ради, M. Roe *et al.*, 2–4; L. Ohnemus, C. Richter, S. Thomsen, 4; P. Krüger Andersen *et al.*, 2, 3–4; Alex Edmans, „Response to the EU Commission Study on Sustainable Corporate Governance“, доступно на адреси: <https://alexedmans.com/wp-content/uploads/2020/10/European-Commission-Sustainable-Corporate-Governance.pdf>, 21. 1. 2023, 7–8.

Такође, замерено је и то што академска заједница није била укључена у израду Студије (премда су вероватно учествовали у анкети). Вид. A. Edmans, 2.

литературе створи илузија постојања сагласности око проблема изложених у студији.²⁶

Уочљиво је и да је узорак који је послужио као основа за Студију врло ограничен – 129 учесника, при чему је само њих 62 попунило онлајн упитник.²⁷ Имајући у виду значај интервенције коју захтева Студија, очигледно је да то није адекватан узорак. Уз то, чињеница да је међу 16 обухваћених држава и Велика Британија, која више није чланица ЕУ додатно доводи у питање кредибилитет Студије, будући да се претпоставља да је узорак добрим делом заснован и на учесницима из Белике Британије.²⁸

Укратко, постоји готово општа сагласност да Студија не циља да реши узрок проблема, већ његову последицу; проблем краткорочности је пренаглашен, а предложена решења немају потенцијал да реше суштинске проблеме.²⁹ Закључак је да студија због фундаменталних недостатака у дефиницији проблема, коришћеној методологији и услед других недостатака не пружа ваљану основу за далекосежну реформу каква је предложена. Међутим, мора се истаћи њен значај јер је додатно подстакла дискусију о важном питању – какву улогу привредна друштва и њихова управа имају када је реч о одрживом пословању, односно да ли уопште постоји потреба и могућност да се хармонизују дужности директора на нивоу ЕУ и какве последице би таква хармонизација могла да има.

III Предлог директиве о дужној пажњи у одрживом пословању

1. Увод

Европска комисија је 23. фебруара 2022. године објавила Предлог директиве о дужној пажњи у одрживом пословању. Као узор су послужили француски Закон о дужној пажњи (*Loi de Vigilance*), немачки Закон о корпоративној дужној пажњи у превенцији кршења људских права у ланцима снабдевања (*Sorgfaltspflichtengesetz*) и холандски Закон

26 P. Krüger Andersen *et al.*, 4.

27 ЕУ Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању, 4.

28 P. Davies *et al.*, интернет извор без броја стране; L. Ohnemus, C. Richter, S. Thomsen, 3.

29 John C. Coffee, Jr., „The European Commission Considers ‘Short-termism’ (and what do you mean by that?)“, *The CLS Blue Sky Blog*, доступно на адреси: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2020/11/16/the-european-commission-considers-short-termism-and-what-do-you-mean-by-that/>, 10. 3. 2023, интернет извор без броја стране. О проблему краткорочности, односно зашто је тај проблем често пренаглашен вид. и Mark J. Roe, *Missing the Target: Why Short-Termism is Not the Problem*, Oxford, 2022.

о децјем раду (*Wet zorgplicht kinderarbeid*). Свакако, приметан је и утицај Студије ЕУ о дужностима директора у одрживом корпоративном управљању.³⁰ У сваком случају, очигледно је да ЕУ неће лако одустати од идеје хармонизовања дужне пажње чланова управе.

Директива о дужној пажњи има два правца деловања: први, настоји да успостави обавезу привредних друштава да предузму одређене мере; и други – да хармонизује дужности директора. Иако је предмет пажње овог рада усмерен на одредбе које се односе на дужности директора, кратко ћемо се осврнути на одредбе које се односе на привредна друштва.

Директива о дужној пажњи има за циљ да обавезе *друштва* предузму дужну пажњу у погледу утицаја које њихово пословање има на људска права и околину која могу настати као последица њиховог пословања, и то у својим зависним друштвима и ланцу снабдевања (*value chain*),³¹ али и да снесу одговорност уколико такву пажњу не предузму.³² Предлог директиве је усмерен на побољашње корпоративног управљања како би се боље интегрисали процеси управљања ризиком и умањења ризика у повреди људских права и утицају на животну средину. Такође, циљ је да се избегне различито регулисање стандарда дужне пажње на јединственом тржишту. Интервенција је усмерена и на повећање одговорности за негативне последице и усклађеност са постојећим и предложеним иницијативама ЕУ у односу на друштвено одговорно пословање, као и унапређење приступа правним лековима оштећеним лицима. Најзад, циљ је и допуна мера које се односе на изазове одрживости.³³ Предвиђен је низ правила која се односе на спровођење дужне пажње, интегрисање дужне пажње у политике друштва, утврђивање и спречавање негативних ефеката, односно њихово ублажавање, поступање са приговорима, праћење пословања и мера, извештавање итд., као и санкције у случају кршења одредби о дужној пажњи.³⁴

30 Више о томе вид. Р.Н. Conac, 114; Anne Lafarre, „The Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Corporate Liability Design for Social Harms“, *European Business Law Review*, Vol. 34, Nr. 2/2023, 213–238.

31 Ланац снабдевања обухвата активности повезане са производњом робе или пружањем услуга, укључујући развој производа или услуге, као и употребу и одлагање производа и повезане активности у вези са успостављеним пословним односима.

32 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 1.

33 Вид. Образложење уз Предлог директиве о дужној пажњи (*Explanatory Memorandum for a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*), доступно на адреси: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF, 20. 7. 2022, 3.

34 Вид. Предлог Директиве о дужној пажњи, чл. 4–26.

2. Персонални и материјални домашај примене правила о дужној пажњи

Првобитним предлогом Директиве о дужној пажњи (фебруар 2022) је било предвиђено да се примењује на привредна друштва која имају више од 500 запослених и укупан нето промет већи од 150 милиона евра у последњој финансијској години. Такође, обухваћена су и друштва која нису досегла овај праг уколико је друштво имало више од 250 запослених и нето промет већи од 40 милиона евра, под условом да је најмање 50% тог промета остварено у једном или више од изричито наведених сектора.³⁵ Ова одредба је измењена након расправе у Европском парламенту, што је резултирало тиме да је обухваћено више друштва – друштва која имају више од 250 запослених и укупан нето промет већи од 40 милиона евра.³⁶ Одредба која је предвиђала да друштва која нису досегла овај праг и даље спадају у домен примене уколико је друштво имало више од 250 запослених и нето промет већи од 40 милиона евра, под условом да је најмање 50% тог промета остварено у једном или више од изричито наведених сектора је такође измењена. Наиме, уколико друштво није досегло праг али његово *крајње (ultimae)* матично друштво у групи која има више од 500 запослених и има укупан промет од 150 милиона евра, у том случају се одредбе Директиве о дужној пажњи такође примењују.³⁷ Такође, више не постоји захтев да та друштва послују у оквиру одређених сектора.³⁸

Када је реч о персоналном домашају примене, предвиђено је да се обухвате зависна друштва, као и друга лица са којима постоји пословни однос. Првобитно се обухватао само *ујосџављени* пословни однос, што је према дефиницији сваки пословни однос – директни или индиректни, који је или се очекује да ће бити трајан с обзиром на свој интензитет или трајање, те не представља занемарљив или помоћни део ланца снабдевања.³⁹ Измењени текст предвиђа да су обухваћена друштва са којима *јосџоји јословни однос*, дакле није више реч о *ујосџављеном* односу.⁴⁰ Истовремено је наглашено да Директива нема циљ да захтева

35 Вид. Предлог Директиве о дужној пажњи, чл. 1 ст. 1.

36 Измењени Предлог директиве о дужној пажњи (*Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*), чл. 2 ст. 1 тач. а.

37 Измењени Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 2 ст. 1 тач. б.

38 Листа сектора је измењена. Упор. Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 2 ст. 1 тач. б и измењени Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 2 ст. 1 тач. б.

39 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 3 тач. е.

40 Измењени Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 1 ст. 1 тач. а.

од друштава да гарантују да до негативних ефеката неће доћи, те је упорос томе што су предвиђене санкције, реч о облигацији средства, а не циља.⁴¹

Посебно је интересантно да би се Директива о дужној пажњи, уколико буде усвојена, примењивала и на друштва која су основана у складу са законима државе нечланице ЕУ, под условом да су остварила промет већи од 150 милиона евра, од чега је у ЕУ у години која претходи последњој финансијској години остварено минимум 40 милиона евра, укључујући и приходе друштава са којим друштво или његова зависна друштва имају закључен вертикалан споразум у оквиру ЕУ.⁴² У поређењу са критеријумима који се примењују на друштва основана у складу са законима државе чланице ЕУ, не постоји захтев који се односи на број запослених. Друго, то није једини начин да друштво из треће земље буде обухваћено одредбама Директиве: друштво ће бити обухваћено и уколико је део ланца снабдевања или је реч о матичним друштвима која имају зависно друштво у ЕУ, а оно је обухваћено одредбама Директиве.⁴³ То може да узрокује значајне проблеме друштвима из трећих земаља која би могла да добију захтев да се ускладе са различитим политикама које се односе на одрживо пословање уколико послују са више друштава (што ће често, по природи ствари, бити случај), али би могло да доведе и до тога да друштва из ЕУ и тржиште ЕУ изгубе конкурентску предност.⁴⁴

Дакле, могло би се закључити да је реч о Директиви чије би усвајање могло да има далекосежне последице, и то не само за друштва у оквиру ЕУ, већ и из трећих земаља. Ипак, с обзиром на ограничени обим рада, нашу пажњу у раду ћемо даље ограничити на одредбе којима се регулише дужност пажње директора и дужност директора да надзиру спровођење активности. Реч је о до сада најконтроверзнијим

41 Предлог директиве о дужној пажњи, рецитал 15.

42 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 2 ст. 2. Према проценама Комисије, Директива би требало да обухвати око 4000 друштава ван ЕУ. Вид. Образложење уз Предлог директиве о дужној пажњи, 16.

43 Vanessa Knapp, „Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Non-EU Businesses Should Respond to the Consultation“, *Oxford Business Law Blog*, 18 May 2022, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/proposed-eu-directive-corporate-sustainability-due-diligence-why-non>, 20. 5. 2023, интернет извор без броја стране.

44 Вид.: P.H. Conac, 115–117; V. Knapp, интернет извор без броја стране; Luca Enriques, Matteo Gatti, „The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention“, *Oxford Business Law Blog*, 21 April 2022, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>, 20. 3. 2023, интернет извор без броја стране.

члановима, имајући у виду амбицију да се ова дужност хармонизује на нивоу ЕУ, као и чињеницу да су ови чланови у великој мери инспирисани спорним резултатима Студије, о којој је већ било речи.

3. Дужност пажње директора

а) Осврћ на развој дужности пажње директора и интереса друштва

Историјски посматрано, институт рада у интересу друштва је прошао дуг развојни пут. Нарочито интензивне промене је доживео у протекле две деценије упоредо са јачањем свести о потреби јачања друштвене одговорности привредних друштава, при чему је очигледан утицај француског права.⁴⁵ Појам интереса друштва и питања према коме директори имају дужности је деценијама предмет контроверзе и бројних теоријских расправа, попут чувене Берл–Дод дебате. Иако је у свим правним системима у оквиру ЕУ присутна дужност лица која доносе пословне одлуке да том приликом поступају са одређеном пажњом, дужности директора нису хармонизоване на нивоу ЕУ. Такође, све државе чланице прихватају приступ према којем је директор дужан да ради у *интересу друштва*,⁴⁶ али и даље не постоји једнакост у конкретном садржају и домаћају такве дужности, нити постоји једнака дефиниција рада у интересу друштва, па ни појма интереса друштва.⁴⁷ Дакле, деценијама касније, појам интереса друштва и садржај дужности директора и даље остављају простор за различита тумачења. И даље се може поставити питање чији су све интереси заступљени и да ли међу њима има доминантнијих, односно

45 О развоју интереса друштва вид. примера ради: К. Ј. Hopt; Pierre-Henri Conac, „The Reform of Articles 1833 on Social Interest and 1835 on the Purpose of the Company of the French Civil Code: Recognition or Revolution?“, *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag: Band I* (Hrsg. Katharina Boele-Woelki, Florian Faust, Matthias Jacobs, Thilo Kuntz, Anne Röthel, Karsten Thorn, Birgit Weitmeyer), München, 2019, 213 и даље; Holger Fleicher, „Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich (Comparing Unternehmensinteresse and Intérêt Social: A Guided Tour Through Last Century’s Corporate Law History in Germany and France)“, *ZGR*, Vol. 47, Nr. 5/2018, 703–734.

46 Правило је у државама чланицама ЕУ да се дужности директно дугују друштву, не члановима или другим носиоцима интереса пословања. За преглед вид. Carsten Gerner-Beurle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster, *Study on Directors’ Duties and Liability*, London, 2013, доступно на адреси: http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/_Libfile_repository_Content_Gerner-Beurle%2C%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability%28Isero%29.pdf, 20. 1. 2023, 55–66.

47 *Ibid.*; Martin Gelter, Geneviève Helleringer, „Lift Not the Painted Veil! To Whom Are Directors’ Duties Really Owed?“, *University of Illinois Law Review*, 2015, Nr. 3/2015, 1072 и даље.

чијим интересима треба дати приоритет. Јасна представа о томе чији интереси су заступљени, односно шта подразумева интерес друштва је од изузетног значаја у ситуацији када долази до сукоба интереса различитих група заинтересованих лица, па чак и у оквиру једне групе носиоца интереса пословања.⁴⁸ Томе у прилог говори и чињеница да традиционално постоје различити механизми који имају за циљ да заштите интересе мањинских чланова, па ипак се чини да су интереси чланова мање супротстављени него интереси других различитих група међусобно.⁴⁹ Не улазећи детаљније у расправу о различитим теоријама о интересу друштва, можемо рећи да је данас ипак доминантан принцип према коме рад у интересу друштва не подразумева да директори имају дужност да раде *искључиво* у корист чланова, већ је прихваћен *мултиинтересни приступ* концепта рада у интересу друштва. Међутим, и даље постоје разлике у томе да [ли] интереси неке групе и даље имају превагу. Примера ради, Немачка сада већ традиционално прихвата мултиинтересни (*stakeholder*) приступ, док са друге стране чл. 172 енглеског Компанијског закона (*Companies Act*) и даље даје примат интересима чланова (тзв. *enlightened shareholder value* приступ).⁵⁰ Међутим, упркос томе што се некад и изричито указује на то да интереси чланова немају превагу, постоје мишљења да и даље постоји пракса давања предности интересима чланова (*shareholder primacy*). Неки аутори сматрају да је узрок томе у чињеници да се интерес друштва уопште не дефинише, или се то чини недовољно прецизно.⁵¹ Од тог става полази и Студија ЕУ о дужностима директора у одрживом корпоративном управљању те се залаже за интервенцију у овој области.⁵²

Као што је већ речено, у центру расправе о дужностима директора у одрживом корпоративном управљању се нашао проблем краткорочности циљева, односно чињеница да директори теже максимизацији добити на кратак рок, а да притом немају у виду дугорочну перспективу пословања. Сматрамо да не би било погрешно рећи да сам концепт поступања у интересу друштва не подразумева да директор узима у

48 О сукобљеним интересима вид. примера ради: Јелена Лепетић, *Компанијској равни режим сукоба интереса: Дужности лојаности*, Београд, 2015, 59–65.

49 К. Ј. Норт, 13.

50 Вид. М. Васиљевић, 11–16. За енглеску вид.: Eva Micheler, *Company Law: A Real Entity Theory*, Oxford, 2021, 131–135; Barnali Choudhury, Martin Petrin, „Stuck in Neutral? Reforming Corporate Purpose and Fiduciary Duties“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4475463, 18. 6. 2023, 6–9. За Немачку вид. Н. Fleischer, 178–180.

51 В. Sjäffell *et al.*, 33 и даље.

52 Вид. ЕУ Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању, 32.

обзир само краткорочне, већ и дугорочне интересе друштва. Како ће се у конкретном случају поступати зависи од бројних околности које могу бити изузетно комплексне. Између осталог, на поступак одлучивања може утицати и чињеница каква је власничка структура друштва, какво је финансирање, па чак и ко има одлучујући утицај, односно право на именовање чланова управе и које групе имају своје представнике у управи (као што је случај у нпр. Немачкој где постоје модели учешћа запослених).⁵³

Чак и када директори немају изричито прописану дужност да узму у обзир утицај на друге носиоце интереса пословања, то не значи да се приликом доношења одлука не узима у обзир и утицај пословања друштва на та лица, па и друштво уопште до одређене мере. Сматрамо да интерес друштва има у себи садржану и димензију друштвене одговорности и бриге о интересима различитих група. Оно што, међутим, треба нагласити, јесте чињеница да то не подразумева удаљавање од онога што ипак остаје примаран циљ друштва – а то је стицање добити, уз ограничење да такво стицање добити остане у границама закона, моралних и других општеприхваћених начела.⁵⁴ У том смислу, иако доста критикован због својих ставова у погледу друштвене одговорности привредних друштава, нарочито у последње време, Милтон Фридман у свом познатом чланку („The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“ – „Друштвена одговорност предузећа је да увећа профит“) наводи да постоји само једна друштвена одговорност бизниса – да стиче профит, али у границама „правила игре“. Дакле, чак и Фридман признаје да увећање профита, иако примарни циљ, има своја ограничења и постоје ситуације у којима и друштво преузима на себе улогу да допринесе остварењу друштвенорисних циљева, као и да постоје различита законска, па чак и морална и етичка начела. Проблем у вези са захтевом да друштва, а самим тим и директори делују *примарно у ошћител интјересу* представља другу крајност у односу на максимизацију профита као искључиви (не примарни) циљ. Такво поступање не одговара правној и пословној реалности, у смислу да не постоји ни правно, а ни економско упориште, те је самим тим у највећој мери такав концепт неспојив са традиционалном функцијом друштва која подразумева да друштво примарно треба да остварује добит уз остварење и неких других, општекорисних циљева, али ограничено. Добит, односно њена расподела јесте легитимно право лица која су своју имовину, знање или вештине уложили у одређени подухват уз разумно очекивање да, уколико

53 Вид. нпр. М. Gelter, G. Helleringer, 1077–1088; Wolf-Georg Ringe, Alperen A. Gözlügöl, „A Critique of EU Policymaking on Sustainable Corporate Governance and Finance“, *Red*, Vol. 4, Nr. 1/2022, 128.

54 Вид. и Р.Н. Conac (2019), 221.

пословни подухват буде успешан, од тога имају и материјалне користи. Разумно је очекивати да се то по правилу не чини имајући у виду само краткорочну, већ и дугорочну перспективу.

Фридман је у свом чланку отворио још једно важно питање. Наиме, потпуно оправдано доводи у питање стручност директора да доприносе неким општим циљевима, услед тога што не могу поседовати знања из свих области.⁵⁵ Чини се да управо ту чињеницу треба имати у виду када се установљавају додатне дужности директора. Наиме, сведоци смо тога да се у последње време све више обавеза намеће члановима управе, те све више одговорности лежи управо на директорима, иако је јасно да не могу да буду стручни, па самим тим не би требало да буду директно одговорни за све.

*б) Предлој директиве о дужној пажњи – чл. 25 и дужности
пажње директора*

Предлог директиве о дужној пажњи уследио је након оцене Студије о дужностима директора да постоји потреба да се дужности директора прецизирају у циљу одрживог пословања. Одредбом члана 25 Предлога директиве о дужној пажњи предвиђено је да су директори друштва дужни да приликом испуњавања дужности рада *у интересу друштва* узму у обзир последице које могу наступити у питањима одрживости, укључујући, уколико је применљиво, и људска права, климатске промене и последице на животну средину на *крајњак, средњи и дужи рок*.⁵⁶ Такође, предвиђено је да су државе чланице дужне да обезбеде да се национални прописи који се односе на санкционисање кршење опште дужности пажње директора примењују и на ову одредбу, односно да повреда опште дужности пажње подразумева и повреду ове одредбе Директиве.⁵⁷

Најпре, у поређењу са општим правилом о персоналном домаћају примене Директиве, ова одредба има ужи домаћај примене будући да се не односи на директоре друштва из трећих земаља. Под „директором“, се подразумева сваки члан управног, административног или

55 Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, доступно на адреси: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, 1. 4. 2023, интернет извор без броја стране. Занимљиву анализу овог чланка и другачије тумачење у светлу расправа о циљу друштва и друштвеној одговорности вид. код А. Edmans, интернет извор без броја стране. О другим ауторима који су се бавили сличним расправама вид. В. Радовић, 27 и даље.

56 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 25 ст. 1.

57 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 25 ст. 2.

надзорног одбора. У случају непостојања таквих одбора, генерални директор и, уколико постоји, његов заменик. То може бити и друго лице које није члан наведених органа уколико обавља сличне послове.⁵⁸

Дужност директора је у садржинском смислу прилично широко постављена. Одредба има циљ да споји дужност рада у интересу друштва и дужност да директор том приликом узме у обзир негативне последице пословања друштва на људска права, климатске промене и животну околину.

Када је реч о Предлогу директиве о дужној пажњи, макар на први поглед, њене одредбе не иду толико далеко да потпуно редефинишу циљ привредног друштва и дужност пажње. Међутим, њеним одредбама, нарочито оним које се односе на дужност пажње директора, се ипак суштински задире у постојеће концепте.

Интересантно је да одредба не садржи изричито позивање на носиоце интересе пословања, иако их у уводним одредбама дефинише, додуше непрецизно.⁵⁹ Међутим, одредба о дужној пажњи директора је проблематична и из других разлога. Најпре, није се узело у обзир да постоје значајне разлике у погледу института поступања у интересу друштва и дужности директора, те очигледно не постоји адекватно разумевање дужности директора, односно последица које би хармонизација могла да има. Иако се пошло од тога да све државе чланице познају институт поступања у интересу друштва, он није на исти начин уређен, о чему је било речи. Чак је и Студија о дужностима директора у одрживом корпоративном управљању истакла да не постоји прецизна дефиниција појма „интерес друштва“, нити јасне смернице како ускладити различите интересе, па чак и у ситуацији када се у законодавству, што је случај са Холандијом, јасно истиче да интереси чланова нису доминантни у односу на интересе других носилаца интереса пословања.⁶⁰ У преамбули се наводи да члан који се односи на дужност пажње директора треба

58 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 3 тач. о. О критици овог решења, односно непрецизном дефинисању услед чега није јасно да ли се дужност примењује алтернативно или кумулативно, односно да ли државе чланице имају овлашћење да даље прецизирају одговорна лица вид. Florian Möslein, „Directors’ Due Diligence Duties?“, *ECGI Online Policy Workshop on the European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence – Presentation*, доступно на адреси: https://www.ecgi.global/sites/default/files/moeslein_-_directors_due_diligence_duties.pdf, 1. 7. 2022, 9.

59 Наиме, појам *stakeholder* (носилац интереса пословања) обухвата запослене у друштву или његовом зависном друштву, друге индивидуе, групе, заједнице или лица чија права или интереси су или могу бити погођени производима, услугама или активностима друштва, његових зависних друштава или пословним односима друштва. Вид. Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 3 ст. 1 тач. н.

60 ЕУ Студија о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању, 32.

да „појасни на хармонизован начин“ већ постојеће дужности.⁶¹ То, међутим, није постигнуто. Предлогом директиве о дужној пажњи се не дефинише (ближе) појам дужне пажње нити интереса друштва, чиме се поново оставља простор за бројне недоумице приликом примене правила о дужности пажње директора. Притом, треба имати у виду да ово више није питање које се регулише на нивоу једне државе чланице, у оквиру које вероватно постоји устаљено разумевање и тумачење института дужности и интереса друштва, већ на нивоу ЕУ. Додуше, неки аутори сматрају да би оваква општа формулација омогућила државама чланицама да се одреде између различитих модела интереса друштва.⁶² Дакле, уколико је већ смисао био да се успостави јединствен појам интереса друштва и дужности директора, то ни у ком случају није постигнуто, па самим тим ови институти (п)остају нејасни и подложни различитим тумачењима. Уколико би се ова одредба усвојила, хармонизација би могла да има далекосежне последице у различитим државама чланицама, при чему нисмо уверени да за то постоји довољно оправданих разлога. Ово нарочито и уколико се узме у обзир чињеница да се Директива о дужној пажњи не односи на мала и средња предузећа, па би самим тим, уколико се ова Директива усвоји, постојали различити стандарди дужне пажње за различите форме или типове привредних друштава, чак и у оквиру једне државе чланице, што би било недопустиво.⁶³ Са разлогом је хармонизација у овој области досад изостајала, будући да су разлике суштинске и да би постизање компромиса и помирење различитих концепата било готово неизводљиво, а у крајњој линији вероватно и нецелисходно. Дакле, оваква интервенција би се тешко могла назвати „појашњењем“; пре је реч о покушају озбиљне реформе дужности пажње директора и интереса друштва.⁶⁴

Посебно је интересантно да се у Образложењу уз Предлог директиве наводи чак и да се дужности директора интервенцијом каква је учињена у Предлогу директиве о дужној пажњи заправо *смањују* (нагласио аутор), али је објашњење ове тврдње изостало.⁶⁵ И сам Регулаторни одбор за надзор је у два наврата дао негативно мишљење, између

61 Предлог директиве о дужној пажњи, рецитал 63.

62 Вид. Federica Agostini, Michele Corgateli, „Article 25 of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Enlightened Shareholder Value or Pluralist Approach“, *European Company Law*, Vol. 19, Nr. 4/2022, 97–98.

63 Вид. и European Company Law Experts Group (EGLE), „The proposed Due Diligence Directive Should Not Cover the General Duty of Care of Directors“, доступно на адреси: https://europeancompanylawexperts.files.wordpress.com/2022/08/general-duty-of-care-csdd_ecgi-august-22-1.pdf, 20. 3. 2023, интернет извор без броја стране.

64 Тако и *ibid.*

65 Вид. Образложење уз Предлог директиве о дужној пажњи, 21.

осталог и због тога што чланови овог одбора нису убеђени да постоје оправдани разлози да се на овај начин регулишу дужности директора. Закључено је да одредба чл. 25 не пружа довољан степен прецизности и сигурности на који начин директори треба да поступају, нити је јасно како би се у конкретном случају и под којим условима успоставила њихова одговорност.⁶⁶

Такође је нејасно шта се подразумева под појмом „узимања у обзир“ одрживости. Није јасно ни који степен предности та питања имају у односу на друга: да ли је одрживост приоритет, да ли има исти ранг или мањи ниво приоритета у односу на друга питања.⁶⁷ Примера ради, приликом реформе енглеског Компанијског закона и опредељења између тзв. *Enlightened shareholder value* приступа⁶⁸ и тзв. плурастичког приступа⁶⁹ први приступ је добио предност, између осталог, и зато што је радна група сматрала да би плуралистички приступ унео забуну. Сматрало се да директори не би имали јасне смернице како да поступају, чиме би се отворио велики простор за парнице и одговорност директора према припадницима различитих интересних група који сматрају да њихов интерес није у довољној мери уважен.⁷⁰ Иако члан 172 СА садржи позивање на различите интересне групе, такође и формулацију да треба да се узму у обзир различити интереси, назначено је да се то ипак у крајњем чини у *интересу друштва и чланова*. Чини се да је на тај

66 С обзиром на то да је ово питање изузетно сложено, а да је обим рада ограничен на питање дужности, овде неће бити детаљније речи о одговорности.

67 Anne-Marie Weber, Anne-Christin Mittwoch, „Harmonizing Duties of Board Members in the Anthropocene: When Expectations Meet Reality“, *Review of European and Comparative Law*, Vol. 52, Nr. 1/2023, 151. О проблему „балансирања“ различитих интереса вид. примера ради: Amir N. Licht, Renée B. Adams, „Shareholders and Stakeholders Around the World: The Role of Values, Culture, and Law in Directors’ Decisions“, *LawFin Working Paper*, No. 13, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3766934>, 2. 7. 2022, 1–31; F. Agostini, M. Corgateli, 95–96.

Сличну одредбу садржи Предлог за ревидиране Принципе корпоративног управљања OECD. Наиме, такође се користи термин „узети у обзир“, али овде се изричито спомиње да чланови управе имају дужност да раде у интересу друштва и чланова (нагласио аутор), узимајући у обзир интересе других носилаца интереса пословања. Вид. OECD, *Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance*, 2023, доступно на адреси: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0413#mainText>, 15. 6. 2023, принцип V.A.

68 Овај приступ је подразумевао да се остаје при томе да се примарно ради у интересу чланова, али уз уважање потребе да и интереси других имају значај. Овај приступ је добио примат и усвојен је.

69 Плуралистички приступ је подразумевао да постоји више заинтересованих група и да су чланови само једна од група, те да њихови интереси немају примат.

70 Вид. House of Commons: Trade and Industry Committee, *The White Paper on Modernising Company Law: Sixth report of Session 2002–03*, доступно на адреси: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrind/439/439.pdf>, 10. 5. 2023, 12–13.

начин ипак успостављен одређени ред приоритета. Регулаторни одбор за надзор је стога препознао као проблем и недовољну прецизност приликом формулисања дужности пажње директора у Предлогу директиве, те је као једну од замерки управо истакао (што је био и разлог за друго негативно мишљење овог одбора) да није појашњено како да директори поступају у случају сукоба интереса чланова и одрживости.⁷¹

На крају, очигледно је да Предлог директиве, циљано или не, шири простор за директну одговорност директора не само према привредном друштву, већ и према трећим лицима. Важно је учинити неколико напомена с тим у вези. Прво, у Предлогу директиве није уређен однос са правилом пословне процене (*business judgment rule*), које постоји у неким државама чланицама.⁷² Независно од тога, по мишљењима неких аутора, могућност позивања на правило пословне процене, као једно од правила које би требало да штите директоре од претеране одговорности, значајно је ограничена.⁷³ Наиме, директори не могу да се позивају на правило пословне процене у случају намерне повреде законских одредби, до чега би могло да дође у случају када директор доноси одлуку која је очигледно пословно оправдана, али чиме се крши нека од обавеза у вези са одрживим управљањем. Тиме су директори приморани да се уздрже од доношења одлука које би иначе биле донете с обзиром на захтеве пословања јер ризикују да буду одговорни, што је нарочито изражено услед тога што је број позитивних норми које се односе на одрживо управљање све већи, а самим тим је простор за деловање директора значајно смањен.⁷⁴ Када се на то дода чињеница да није узето у обзир колико је тешко избалансирати различите интересе, те би увек нека од група могла да тврди да њени интереси нису у довољној мери уважени, онда је јасно да се ова одредба може негативно одразити на поступак одлучивања и регрутовање квалификованих кадрова.⁷⁵

71 Вид. Мишљење Регулаторног одбора за надзор (*Regulatory Scrutinity Board Opinion, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Sustainable Corporate Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, SEC(2022) 95, 26. 11. 2021*), доступно на адреси: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC\(2022\)95&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SEC(2022)95&lang=en), 20. 1. 2023, 3.

72 European Company Law Experts Group (EGLE), интернет извор без броја стране.

73 Thilo Kuntz, „How ESG is Weakening the Business Judgment Rule“, *Oxford Business Law Blog*, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/05/how-esg-weakening-business-judgment-rule>, 20. 5. 2023, интернет извор без броја стране. Више о условима за позивање на правило пословне процене вид. Mirko Vasiljević, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Vol. 60, Nr. 3/2012, 13–30.

74 *Ibid.*

75 Вид. и Chamber of Commerce Luxembourg, FEDIL, „Joint Position Paper on the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence“, 29 June 2022, доступно

Дакле, Предлог директиве о дужној пажњи је покушао да споји дужност пажње и рада у интересу друштва са одрживошћу, у складу са идејом да друштва треба да имају значајнију улогу у јачању одрживости и умањења негативних последица пословања друштава на људска права, животну околину и др. Међутим, Предлогом се уводи дужност директора да приликом одлучивања узму у обзир различите аспекте одрживости, при чему није одређено да ли и која питања, односно интереси имају приоритет. Иако се пошло од идеје, макар номинално, да се дужност директора да поступа у интересу друштва само „појасни на хармонизован начин“, очигледно је да ова одредба заправо има за циљ хармонизацију, али то чини суштински погрешно и површно. С обзиром на претходно наведене недостатке и недоследности, а имајући у виду какве последице би усвајање оваквог концепта дужности имало, сматрамо да је овај члан сувишан у Директиви о дужној пажњи.⁷⁶ Међутим, упркос критикама и противљењима бројних стручњака, овај члан је опстао и након расправе у Европском парламенту, те остаје да се види да ли ће наћи своје место, и у ком облику, и у коначном тексту Директиве о дужној пажњи након окончања преговора.

4. Успостава и надзор дужне пажње

Друга изричито предвиђена дужност директора јесте да успоставе и надгледају активности потребне за спровођење дужне пажње, а посебно политике дужне пажње коју је друштво дужно да има. Директор је дужан да узме у обзир релевантна мишљења⁷⁷ чланова друштва и организација цивилног друштва (истакао аутор), о чему је директор дужан да обавести одбор директора.⁷⁸

Директори су дужни да предузму одређене активности у успостављању и спровођењу дужне пажње. То се најпре односи на обавезу спровођења одређених активности које су изричито наведене у чл. 4 Директиве, као и да посвете посебну пажњу политици дужне пажње. Директори су одговорни за интегрисање дужне пажње у политику друштва и обезбеђење да друштво има успостављену политику дужне пажње. Политика дужне пажње треба да садржи опис начина на који

на адреси: https://www.cc.lu/fileadmin/user_upload/tx_ccnews/Corporate_Sustainability_Due_Diligence_Directive_Joint_position_Chambre_de_Commerce_Fedil.pdf, 20. 4. 2023, интернет извор без броја стране.

76 Тако и European Company Law Experts Group (EGLE), интернет извор без броја стране.

77 У српском језику не постоји прецизан превод енглеске речи *input*, те ћемо користити уместо тога израз мишљење с обзиром на то да највише одговара контексту.

78 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 26 ст. 1.

друштво приступа дужној пажњи (укључујући и дугорочну перспективу), кодекс понашања у којем се описују правила и принципи којих морају да се придржавају запослени и повезана друштва, као и опис поступака успостављених у циљу спровођења дужне пажње, укључујући и мере које се предузимају како би се провела усклађеност са кодексом понашања и мере предузете у циљу проширења примене кодекса на успостављене пословне односе.⁷⁹

Активности у вези са дужном пажњом подразумевају интегрисање дужне пажње у политику друштва. Затим, утврђивање стварних или потенцијалних негативних ефеката на људска права и животну средину. Даље, у оквиру активности је предвиђено и спречавање и ублажавање потенцијалних негативних ефеката те елиминисање и ублажавање таквих ефеката. Такође, предвиђена је дужност друштава да омогуће подношење приговора. На крају, предвиђена је дужност праћења делотворности политика и мера дужне пажње, као и обелодањивање информација у вези са дужном пажњом.⁸⁰

Иако, за разлику од претходног члана који уређује дужност пажње директора, овај члан није привукао толико пажње, и у вези са њим су присутне недоумице у вези са тумачењем. Конкретно, спорно би могло да буде то што се од директора очекује да узму у обзир и „релевантне доприносе чланова и организација цивилног друштва“. Најпре, проблематично је што се уопште у поступак одлучивања укључују организације цивилног друштва. То би у пракси могло да значи да је потребно укључити и невладине организације у поступак доношења одлука.⁸¹ Тиме би се отворио простор за мешање лица изван привредног друштва, што би могло да се одрази не само на поступак доношења одлука и интересе чланова друштва и других носилаца интереса пословања, већ би у крајњем могло знатно да угрози способност друштава из ЕУ да буду конкурентна у односу на друштва која нису оптерећена таквим захтевима.⁸² Даље, није дефинисано ни које тачно организације долазе у обзир. Као могуће појашњење, мада и даље остаје велики простор за недоумице, могло би да се узме у обзир спомињање организација цивилног друштва које су активне у области релевантној за ланац снабдевања у контексту права на подношење приговора у случају да постоји оправдана сумња да постоји потенцијална или стварна опасност о негативним ефектима пословања на људска права и животну средину у вези

79 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 4 у вези са чл. 5.

80 Детаљније о садржини тих поступака вид. Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 26 у вези са чл. 4–11.

81 Р.Н. Conac (2022), 115.

82 Р. Krüger Andersen *et al.*, 11.

са активностим друштва.⁸³ Према доступним информацијама и документима, а имајући у виду да преговори о коначном тексту Директиве о дужној пажњи предстоје, овај члан је уклоњен приликом гласања у Европском парламенту.

IV Закључак

Студија ЕУ о дужностима директора и одрживом корпоративном управљању, а потом и Предлог Директиве о дужној пажњи су упутили предлог да се дужности директора прецизирају и додатно прошире изричитим укључивањем питања одрживости у процес одлучивања. Предвиђено је да се Директива о дужној пажњи примењује на друштва која имају више од 250 запослених и укупан нето промет већи од 40 милиона евра. Обухваћено је и друштво које није досегло наведене прагове, уколико је реч о *крајњем (ultimate)* матичном друштву у групи која има више од 500 запослених и укупан промет од 150 милиона евра. Интересантно је и да се Директива о дужној пажњи примењује и на друштва ван ЕУ уколико су остварила укупан промет већи од 150 милиона евра, под условом да је у ЕУ у години која претходи последњој финансијској години остварено минимум 40 милиона евра, укључујући и приходе друштва са којим друштво или његова зависна друштва имају закључен вертикалан споразум у оквиру ЕУ.

Предлог директиве о дужној пажњи предвиђа да су директори дужни да приликом испуњавања дужности рада у *интересу друштва* узму у обзир последице које могу наступити у питањима одрживости, укључујући, уколико је применљиво, и људска права, климатске промене и последице на животну средину на *крајњак, средњи и дужи* рок. Начин на који је одредба формулисана у Предлогу директиве иде толико далеко да тежи не само да прецизира дужности директора у вези са одрживим пословањем тако што би дужности директора изричито укључиле и одрживост, већ делимично редефинише и сам циљ привредног друштва. Притом, одредба не даје довољно јасне смернице на који начин би требало успоставити равнотежу између различитих интереса носилаца интереса пословања. Проширивањем дужности директора се уједно шири простор за директну одговорност директора не само према привредном друштву, већ и према трећим лицима. Предлогом директиве није прецизније дефинисано који степен важности (или приоритета) имају питања одрживости. Даље, приликом формулисања одредбе нису у довољној мери узете у обзир разлике које постоје у разумевању дужности директора и самог института интереса друштва на нивоу ЕУ.

83 Предлог директиве о дужној пажњи, чл. 9 ст. 2 тач. ц.

Услед тих разлика, до сада је интервенција ЕУ у области корпоративног управљања била лимитирана. Дакле, сматрамо да у највећем броју случајева, упркос нејединственом концепту дужности директора, не постоје препреке да се приликом одлучивања узму у обзир и фактори који се односе на одрживост и умањење или спречавање негативних ефеката, али и побољшање интерног управљања ризицима. Услед тога, чини се да је хармонизација дужности на нивоу ЕУ за сада ипак преамбициозан циљ и да тренутно у тој области не би требало интервенисати, макар не на начин на који се то тренутно предлаже у Предлогу директиве о одрживости.

Неспорно је да су и Студија о дужностима директора и одрживости и Предлог директиве значајно допринели томе да се поново отвори дискусија о конкретной улози друштава у постизању неких друштвено пожељних циљева. Компанијско право има потенцијал да допринесе одрживости, те су Студија и Предлог директиве о дужној пажњи били од користи јер су додатно скренули пажњу на ту чињеницу. На овом месту поново указујемо на то да друштва имају одређене дужности и капацитет да помогну остварење друштвено корисних циљева, али треба бити опрезан у којој мери друштва и директори треба да буду одговорни, а у којој то треба да ради држава, друге организације и актери. Улога привредних друштва је стога изузетно важна, али не и неограничена. Међутим, треба бити опрезан у обиму планираних реформи, као и томе да оне не треба да иду толико далеко да претендују да значајно редефинишу (пре би могле да их додатно истакну) дужности директора и циљ привредног друштва.

Коришћена литература

- Agostini Federica, Corgateli Michele, „Article 25 of the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Enlightened Shareholder Value or Pluralist Approach“, *European Company Law*, Vol. 19, Nr. 4/2022.
- Balp Gaia, Strampelli Giovanni, „Institutional Investors as the Primary Users of Sustainability Reporting“, *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2023, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4495602, 30. 6. 2023.
- Barsan Iris, „Corporate Accountability: Non-Financial Disclosure and Liability – A French Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 14, Nr. 3/2017.
- Vasiljević Mirko, „Civil Law and Business Judgment Rule“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Vol. 60, Nr. 3/2012.

- Васиљевић Мирко, „Друштвена одговорност компанија (од политике, преко морала, до права)“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2013. (Vasiljević Mirko, „Društvena odgovornost kompanija (od politike, preko morala, do prava)“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2013)
- Gergely Szabó Dániel, Engsig Sørensen Karsten, „New EU Directive on the Disclosure of Non-Financial Information (CSR)“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 12, Nr. 3/2015.
- Gerner-Beurle Carsten, Paech Philipp, Philipp Schuster Edmund, *Study on Directors' Duties and Liability*, London, 2013, доступно на адреси: http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/___Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle%2C%20C_Study%20on%20directors%E2%80%99%20duties%20and%20liability%28lsero%29.pdf, 20. 1. 2023.
- Darbellay Aline, Caballero Cuevas Yannick, „The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Nr. 1/2023.
- Davies Paul, „Shareholder Voice and Corporate Purpose: The Purposeless of Mandatory Corporate Purpose Statements“, *ECGI Law Working Paper*, No. 666/2022, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=4285770>, 5. 3. 2023.
- Davies Paul, Emmenegger Susan, Ferrarini Guido, Hopt Klaus, Opalski Adam, Pietrancosta Alain, Recalde Andrés, Roth Markus, Schouten Michael, Skog Rolf, Winner Martin, Wymeersch Eddy, „European Commission, Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance“, доступно на адреси: <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/european-commission-study-on-directors-duties-and-sustainable-corporate-governance/>, 20. 1. 2023.
- Edmans Alex, „Response to the EU Commission Study on Sustainable Corporate Governance“, доступно на адреси: <https://alexedmans.com/wp-content/uploads/2020/10/European-Commission-Sustainable-Corporate-Governance.pdf>, 21. 1. 2023.
- Enriques Luca, Gatti Matteo, „The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention“, *Oxford Business Law Blog*, 21 April 2022, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>, 20. 3. 2023.
- Jørgensen Sveinung, Mjøs Aksel, Jacob Tynes Pedersen Lars, „Sustainability Reporting and Approaches to Materiality: Tensions and Potential Resolutions“, *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, Vol. 13, Nr. 2/2022.

- Knapp Vanessa, „Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Non-EU Businesses Should Respond to the Consultation“, *Oxford Business Law Blog*, 18 May 2022, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/proposed-eu-directive-corporate-sustainability-due-diligence-why-non>, 20. 5. 2023.
- Kröger Andersen Paul, Bergthorsson Andri, Bråthen Tore, Friis Hansen Søren, Lau Hansen Jesper, Johansson Svante, Kinander Morten, Knuts Mårten, Lidman Erik, Michael Lilja Troels, Skovmand Rasmussen Niels, Sillanpää Matti J., Skog Rolf, Stattin Daniel, Strand Therese, Villa Seppo, Rose Caspar, Samuelsson Per, Sjöberg Gustaf, Vahtera Veikko, Werlauff Erik, „Response to the Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance by Nordic Company Law Scholars“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709762, 20. 1. 2023.
- Kuntz Thilo, „How ESG is Weakening the Business Judgment Rule“, *Oxford Business Law Blog*, доступно на адреси: <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/05/how-esg-weakening-business-judgment-rule>, 20. 5.2023.
- Lafarre Anne, „The Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Corporate Liability Design for Social Harms“, *European Business Law Review*, Vol. 34, Nr. 2/2023.
- Лепетић Јелена, *Компанијској равни режим сукоба интереса: Дужности лојаности*, Београд, 2015. (Lepetić Jelena, *Компанијској равни режим сукоба интереса: Дужност лојаности*, Београд, 2015)
- Licht Amir N., Adams Renée B., „Shareholders and Stakeholders Around the World: The Role of Values, Culture, and Law in Directors’ Decisions“, *LawFin Working Paper*, No. 13, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3766934>, 2. 7. 2022.
- Mayer Colin, „The Governance of Corporate Purpose“, *ECGI Law Working Paper*, No. 609/2021, доступно на адреси: http://ssrn.com/abstract_id=3928613, 20. 7. 2023.
- Митровић Милена, „Развој правног оквира ЕУ о нефинансијском извештавању“, *Право и привреда*, бр. 1/2020. (Mitrović Milena, „Razvoj pravnog okvira EU o nefinansijskom izveštavanju“, *Pravo i privreda*, br. 1/2020)
- Михајловић Борко, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017. (Mihajlović Borko, „Cilj poslovanja privrednog društva – samo sticanje dobiti ili još nešto?“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017)
- Micheler Eva, *Company Law: A Real Entity Theory*, Oxford, 2021.

- Möslein Florian, „Directors’ Due Diligence Duties?“, *ECGI Online Policy Workshop on the European Commission Directive on Corporate Sustainability Due Diligence – Presentation*, доступно на адреси: https://www.ecgi.global/sites/default/files/moeslein-_directors_due_diligence_duties.pdf, 1. 7. 2022.
- Möslein Florian, Engsig Sørensen Karsten, „Sustainable Corporate Governance: A Way Forward“, *European Company Law*, Vol. 18, Nr. 1/2021.
- Ohnemus Lars, Richter Claus, Thomsen Steen, „Consultation on ‘Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance’“, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/F584003_en, 20. 2. 2023.
- Радовић Вук, „Циљ привредног друштва са освртом на актуелну пандемију“, *Ревизија Копаоничке школе природној људи*, бр. 2/2021. (Radović Vuk, „Cilj privrednog društva sa osvrtom na aktuelnu pandemiju“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 2/2021)
- Ringe Wolf-Georg, Gözlügöl Alperen A., „A Critique of EU Policymaking on Sustainable Corporate Governance and Finance“, *Red*, Vol. 4, Nr. 1/2022.
- Mark J. Roe, *Missing the Target: Why Short-Termism is Not the Problem*, Oxford, 2022.
- Roe Mark, Spamann Holger, Fried Jesse, Wang Charles, „The European Commission’s Sustainable Corporate Governance Report: A Critique“, *Harvard Business School Working Paper*, No. 21-056, доступно на адреси: https://www.hbs.edu/ris/Publication%20Files/21-056_51410b50-5488-477a-9aa3-df8f81138e53.pdf, 20. 2. 2023.
- Sjåfjell Beate, „Realising the Potential of the Board for Corporate Sustainability“, *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability* (eds. Beate Sjåfjell, Christopher M. Bruner), Cambridge, 2019.
- Sjåfjell Beate, Mähönen Jukka, Novitz Tonia, Gammage Clair, Ahlström Hanna, *Securing the Future of European Business: SMART Reform Proposals*, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=3595048>, 20. 3. 2023.
- Fleicher Holger, „Unternehmensinteresse und intérêt social: Schlüsselfiguren aktienrechtlichen Denkens in Deutschland und Frankreich (Comparing Unternehmensinteresse and Intérêt Social: A Guided Tour Through Last Century’s Corporate Law History in Germany and France)“, *ZGR*, Vol. 47, Nr. 5/2018.

- Ferrarini Guido, „Redefining Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer“, *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), London, 2021.
- Fleischer Holger, „Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 18, Nr. 2/2021.
- Friedman Milton, „The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits“, *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, доступно на адреси: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, 1. 4. 2023.
- Hopt Klaus J., „Corporate Purpose and Stakeholder Value – Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems“, *ECGI Law Working Paper*, No. 690/2023, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=4390119>, 5. 4. 2023.
- Conac Pierre-Henri, „Sustainable Corporate Governance in the EU: Reasonable Global Ambitions“, *Red*, Vol. 4, Nr. 1/2022.
- Conac Pierre-Henri, „The Reform of Articles 1833 on Social Interest and 1835 on the Purpose of the Company of the French Civil Code: Recognition or Revolution?“, *Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag: Band I* (Hrsg. Katharina Boele-Woelki, Florian Faust, Matthias Jacobs, Thilo Kuntz, Anne Röthel, Karsten Thorn, Birgit Weittemeyer), München, 2019.
- Coffee John C., Jr., „The European Commission Considers ‘Short-termism’ (and what do you mean by that?)“, *The CLS Blue Sky Blog*, доступно на адреси: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2020/11/16/the-european-commission-considers-short-termism-and-what-do-you-mean-by-that/>, 10. 3. 2023.
- Choudhury Barnali, Petrin Martin, „Stuck in Neutral? Reforming Corporate Purpose and Fiduciary Duties“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4475463, 18. 6. 2023.
- Weber Anne-Marie, Mittwoch Anne-Christin, „Harmonizing Duties of Board Members in the Anthropocene: When Expectations Meet Reality“, *Review of European and Comparative Law*, Vol. 52, Nr. 1/2023.

Milena MITROVIĆ, LL.M
**Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg for
International, European and Regulatory Procedural Law, Luxembourg**

DIRECTOR'S DUTIES IN SUSTAINABLE CORPORATE GOVERNANCE

Summary

The author addresses the issue of directors' duties in the context of sustainable corporate governance. The Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence provides for an extension of the duties of the director, which implies that the director takes into account sustainability issues, including human rights, climate change and environmental impacts. In this way, the director's duty of care would be harmonised at EU level, which has not been the case so far due to the existence of different concepts of the director's duty and the company's interest in the member states. The Proposal was preceded by a Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance. The Study was heavily criticised. The Study proposes a reform of directors' duties which, if adopted in its current form, could have far-reaching consequences for corporate governance. The paper also looks at the possible consequences of a change in the director's duty of care in the way provided for in the Proposal for a Corporate sustainability due diligence directive. Finally, the paper considers whether it is appropriate to harmonise directors' duties at EU level.

Key words: Sustainable Corporate Governance. – Due Diligence. – Corporate Purpose. – Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive. – Corporate Social Responsibility.

Датум пријема рада: 10. 6. 2023.

Датум измене рада: 1. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2023.

УДК: 339.13:004.738.5

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23309A

др **Андреј МИЋОВИЋ***

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

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ НА ТРЖИШТУ ДИГИТАЛНИХ УСЛУГА**

Сажетак

У чланку су анализирана правила која су садржана у Уредби ЕУ 2022/1925, којима се настоји да се пословним и крајњим корисницима основних услуга дигиталних платформа осигурају примерене регулаторне заштитне мере од непоштенних пракси провајдера услуга, који имају статус надзорника провајдера. Када основне услуге провајдају надзорници провајдера, као лица која остварују знатан тржишни утицај, ризик од нарушавања тржишне конкуренције се значајно повећава. Зато је у Уредби дефинисан низ мера са циљем да се остваре, пре свега, ex ante ефекти на моћности неограничене тржишне конкуренције и праведности у дигиталном сектору. У циљу превентивне заштите тржишта дигиталних услуга Уредбом је прописано шта провајери основних услуга не смеју да учине, односно шта су дужни да учине, и овлашћења Комисије у погледу испитивања тржишта. Након спроведеног испитивања, Комисија

* Електронска адреса аутора: andrej.micovic@uni.kg.ac.rs.

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

може да донесе извршни акти којим налаже надзорнику иприсјуи да у ипримереном року ипресјане с неусклађеним иосјуйањем, као и да изрекне санкције у виду новчаних казни и иериодичних иенала.

Кључне речи: Надзорник иприсјуи. – Тржишће. – Конкуренција. – Платформа. – Пословни корисник. – Крајњи корисник.

I Увод

Развој дигиталног сектора, у оквирима којима се обезбеђује праведност¹ и слободна конкуренција на тржишту, подстиче се на нивоу ЕУ,² јер се сматра да је дигитализација³ кључ за економски опоравак и раст на глобалном плану.⁴ Како је уочено да ЕУ заостаје у глобалној трци са САД и Кином поводом улагања у развој нових технологија у

- 1 У теорији се истиче да је концепт праведности у Акту о дигиталним тржиштима шире постављен од принципа праведности на којем се темељи право конкуренције. О томе вид. Belle Beems, „The DMA in the Broader Regulatory Landscape of the EU: An Institutional Perspective“, *European Competition Journal*, Vol. 19, Nr. 1/2023, 7.
- 2 Европска комисија је 9. марта 2021. године представила програм *Пути у дигиталну десетогодишњицу* у циљу спровођења дигиталне трансформације друштва и привреде кроз усмеравање пажње на дигиталне вештине, дигиталну инфраструктуру, дигитално пословање и дигиталне јавне услуге. Вид. European Commission, *Europe’s Digital Decade: digital targets for 2030*, доступно на адреси: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019–2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en, 10. 4. 2023.
- 3 Дигитална транзиција, у којој је на првом месту човек, треба да се заснива на начелима која укратко гласе: дигитална трансформација у служби човека, солидарност и укљученост, слобода избора, учествовање у дигиталном јавном простору, сигурност, заштита и јачање положаја те одрживост. О томе вид. Саопштење Комисије о доношењу декларације о дигиталним правима и начелима за дигиталну десетогодишњицу (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Declaration on Digital rights and principles for the Digital Decade*, Brussels, 26. 1. 2022, COM(2022) 27 final).
- 4 У функцији дигитализације у Одлуци 2022/2481 о програму политике за дигиталну десетогодишњицу до 2030. године (*Decision (EU) 2022/2481 establishing the Digital Decade Policy Programme 2030*, OJ L 323, 19. 12. 2022) постављени су следећи дигитални циљеви: најмање 80% становништва старости од 16 до 74 године треба да располаже барем са основним дигиталним знањем; сви крајњи корисници на фиксној локацији покривени су са гигабитном мрежом; најмање 75% предузећа користи једну или више технологија (рачунарство у облаку, вештачка интелигенција, велика количина података); 100% кључних јавних услуга доступно је путем интернета, 100% грађана има приступ електронским здравственим картонима, 100% грађана има приступ сигурним електронским средствима идентификације (чл. 4).

дигиталном свету⁵ (2,32% БДП, током 2020. године, у односу на 3,08% БДП у САД), предложено је да се издвајања повећају на 3% БДП.⁶

У оквиру дигиталног сектора, основне услуге платформе⁷ имају све важнију привредну улогу, и то зато што омогућавају пружаоцима таквих услуга да дођу до корисника, олакшавају прекограничну трговину и отварају потпуно нове пословне могућности великом броју привредних друштава (Уредба, рецитал 1). Оне доприносе повезивању великог броја пословних корисника с великим бројем крајњих корисника, при чему они постају у значајној мери зависни од њих. У комбинацији с непоштеном праксом пружалаца основних услуга платформе, може да дође до знатног нарушавања конкуренције у подручју основних услуга и утицаја на праведност комерцијалног односа између пружалаца таквих услуга и њихових пословних корисника и крајњих корисника.⁸ У пракси то доводи до брзог и потенцијално далекосежног смањења избора за пословне и крајње кориснике, због чега пружаоци основних услуга, ако су испуњени одређени услови, могу стећи статус надзорника

5 Мишљење Европског привредног и социјалног одбора – Дигитална сувереност – кључни стуб дигитализације и раста у ЕУ (*Opinion of the European Economic and Social Committee on Digital Sovereignty: a crucial pillar for EU's digitalisation and growth [own-initiative opinion]*, OJ C 75/03, 28. 2. 2023), тач. 1.5.

6 Мишљење Европског привредног и социјалног одбора – Дигиталноиновацки центри и МСП-ови (*Opinion of the European Economic and Social Committee on Digital Innovation Hubs and SMEs*, OJ C 75/82, 28. 2. 2023), тач. 2.10.

7 Према чл. 2 ст. 1 тач. 2 Уредбе ЕУ 2022/1925 о праведним тржиштима са могућношћу неограничене тржишне конкуренције у дигиталном сектору и измени директива 2019/1937 и 2020/1828 (*Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance)*, OJ L 265, 12. 10. 2022; даље у фуснотама: Уредба), основне услуге платформе су: а) услуге интернет посредовања; б) интернет претраживачи; в) услуге друштвених мрежа; г) услуге платформе за размену видеозаписа; д) бројно независне интерперсоналне комуникационе услуге; њ) оперативни системи; е) интернет претраживачи; ж) виртуелни помоћници; з) услуге рачунарства у облаку; и) услуге оглашавања на интернету.

8 Увођењем термина „крајњи корисник“, под којим се подразумева свако физичко или правно лице које се користи основним услугама платформе, осим пословног корисника (чл. 2 ст. 1 тач. 20 Уредбе), пропуштена је прилика да се уведе дуго очекивана, ажурирана дефиниција „потрошача“, која би била у складу са прогресивном дигитализацијом, платформизацијом и одрживом трансформацијом који чине централне теме потрошачке агенде Европске комисије за период од 2020–2025. године. О томе вид. Anna Moskal, „Digital Markets Act (DMA): A Consumer Protection Perspective“, *European Papers*, Vol. 7, Nr. 3/2022, 1118; Vanessa Mak, „A Primavera for European Consumer Law: Re-birth of the Consumer Image in the Light of Digitalisation and Sustainability“, *Journal of European Consumer and Market Law – EuCML*, Vol. 11, Nr. 3/2022, 79.

приступа,⁹ а то значи и низ обавеза¹⁰ у погледу пружања основних услуга.¹¹ На овај начин Актом о дигиталним тржиштима, односно Уредбом 2022/1925 настоји се да се осигура виши степен конкуренције на дигиталном тржишту, да се „велики“ спрече да злоупотребљавају своју тржишну снагу, да се отвори простор за улазак на тржиште новим актерима.¹²

На поступање надзорника приступа који пружају једну или више основних услуга платформе, примењују се одредбе Уредбе (уколико прођу троструки тест заснован на квалитативним критеријумима који морају бити кумулативно испуњени, као и на допунским квантитативним критеријумима за које важи оборива претпоставка), као и постојеће право ЕУ, чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ,¹³ којим се регулише конкуренција. Овом Уредбом се постојеће комунитарно право допуњује,¹⁴ с обзиром на то да се њиме не решавају на одговарајући начин случајеви поступања надзорника приступа који немају нужно доминантни положај на тржишту (рецитал 5). У сваком случају, настоји се да се оствари циљ који је комплементаран циљу заштите конкуренције,

9 Чињеница да се дигитална услуга сматра основном услугом платформе сама по себи не изазива довољно озбиљну забринутост у погледу могућности неограничене тржишне конкуренције или непоштених пракси. Такви се разлози за забринутост појављују тек када основну услугу пружа лице које има статус надзорника приступа или се може предвидети да ће имати такав положај у блиској будућности (Уредба, рецитал 15).

10 Актом о дигиталним тржиштима утврђен је низ обавеза које ће морати да поштују и понашање које ће им бити забрањено, односно попис допуштених и забрањених пословних пракси који ће морати да примењују у свакодневном пословању како би се осигурала праведност и отвореност дигиталних тржишта. О томе вид. А. Moskal, 1117.

11 Уредба, рецитал 2.

12 Мишљење Европског привредног и социјалног одбора – Дигитална сувереност: кључни стуб дигитализације и раста у ЕУ, тач. 3.2.

13 Уговор о функционисању ЕУ (*Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10 2012).

14 Значај Уредбе је вишеструк. Прво, предмет Уредбе су питања праведног тржишта са могућношћу неограничене тржишне конкуренције, што излази изван оквира класичних комунитарних правила о заштити конкуренције. Друго, циљ доношења Уредбе је да се спречи фрагментација јединственог тржишта ЕУ у односу на прописе који регулишу обраду и пренос личних и неличних података. Треће, Уредбом се обезбеђује заштита потрошача и њихове приватности у вези са подацима које прикупљају надзорници приступа у вези са коришћењем њихових производа од стране потрошача. О томе вид. Mark Nicolas Gruensteidl, „An Analysis of New Obligations for Online Content Sharing Platforms in the Media Environment under the DSA and DMA“, *European Union Law Working Paper*, No. 72, доступно на адреси: <https://law.stanford.edu/publications/no-72-an-analysis-of-new-obligations-for-online-content-sharing-platforms-in-the-media-environment-under-the-dsa-and-dma/>, 10. 3. 2023.

али је различит од тог циља, како је дефинисано правом конкуренције, а то је осигурати да тржишта на којима делују надзорници приступа буду и остану праведна (рецитал 11).¹⁵

У даљим излагањима биће речи о томе како и на основу којих критеријума се утврђује да пружалац услуга има статус надзорника приступа. Након тога биће изложене мере које су дужни да предузму и пружаоци услуга (надзорници приступа) и Комисија у циљу превентивног деловања ради отклањања могућности у погледу повреде конкуренције и непоштене праксе, а затим мере које изриче Комисија уколико поступци надзорника нису у складу са обавезама које има према Уредби.

II Надзорник приступа

Пружалац основних услуга платформе, без обзира на његов правни статус и начин на који се финансира, може да стекне статус надзорника приступа,¹⁶ а то значи да ће морати да поштује низ обавеза и забрана, што је утврђено у Уредби.¹⁷ Разлог за овакво решење налази се у чињеници што се на тржишту појавио мали број великих пружалаца основних услуга платформе који имају велику привредну моћ.¹⁸

- 15 Поједини аутори сматрају да неусклађеност Уредбе са Уговором може изазвати проблеме везано за примену, односно правну ефикасност Уредбе. О томе вид. Ондреј Блажо, „Закон о дигиталним тржиштима – између тржишне регулације, правила конкуренције и правила непоштене трговинске праксе“, *Сјирани љравни живош*, бр. 1/2022, 125.
- 16 Ако је пружалац основне услуге платформе средње, мало или микропредузеће, треба пажљиво размотрити да ли такав пружалац може знатно да угрози неограничену тржишну конкуренцију у подручју основних услуга платформе, јер је Уредба понајпре усмерена на велике пружаоце основних услуга платформе с великом привредном снагом, а не на средња или мала предузећа или микропредузећа (Уредба, рецитал 24).
- 17 О томе вид. Nacionalna koalicija za digitalne vještine i radna mjesta, Akt o digitalnim tržištima: pravila za digitalne nadzornike pristupa radi osiguravanja otvorenih tržišta, доступно на адреси: <https://digitalnakoalicija.hup.hr/akt-o-digitalnim-trzistima-pravila-za-digitalne-nadzornike-pristupa-radi-osiguravanja-otvorenih-trzista/>, 10. 4. 2023.
- 18 Постоји оправдана забринутост да доминација великих, односно како се још говори доминација *Четири јахача* може да угрози слободе грађана, тржишну конкуренцију и демократске институције. Јер, сваки од *Четири јахача* има потпуну доминацију на тржишту у свом сектору. *Apple* је доминантан учесник на тржишту потрошачке електронике и мобилних оперативних система, *Facebook* на пољу друштвених мрежа, *Google* на тржиштима интернет претраге, видео садржаја, интернет мапа, а *Amazon* на пољу онлајн трговине. Због монополистичког поступања великих технолошких гиганата приступило се реформи дигиталног тржишта са циљем спречавања компанија да намећу непоштене услове – како компанијама, тако и потрошачима. О томе вид. Philip Marsden, Rupprecht Podszun, *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlin, 2020, 12.

Они обично имају способност повезивања великог броја пословних и крајњих корисника путем својих услуга, што им заузврат омогућује да своје предности, као што је приступ великим количинама података, из једног подручја активности искористе у другом. Неки од тих пружалаца основних услуга платформе врше контролу над читавим системима платформи у дигиталном сектору због чега је постојећим или новим субјектима на тржишту структурно изузетно тешко да се такмиче са њима или да им конкуришу (Уредба, рецитал 3).¹⁹ Осим тога, захваљујући позицији коју имају на тржишту, они имају могућност да лако постављају комерцијалне услове, и то на једностран и штетан начин за њихове пословне и крајње кориснике (Уредба, рецитал 13). Зато је било неопходно да се донесу правила којима се дефинише који велики учесници на дигиталном тржишту имају статус тзв. надзорника приступа,²⁰ на основу чега за њих, у погледу пружања основних услуга пословним и крајњим корисницима, настају одређене обавезе. Тиме се настоји да се обезбеди слободна конкуренција на дигиталном тржишту (могућност тржишне конкуренције у подручју услуга у дигиталном сектору може да буде ограничена и ако постоји више од једног надзорника приступа за основну услугу платформе, уколико се не сузбију одређене праксе надзорника којима се повећавају препреке за улазак на тржиште других пружалаца основних услуга платформе (Уредба, рецитал 32) и спречи непоштена пракса.²¹

Статус надзорника приступа ће добити пружалац основних услуга платформе ако испуњава три (објективна) критеријума:

- 19 Већина пословних модела који укључују дигиталне платформе креирају се у крајњем циљу формирања монопола. У овим случајевима се конкуренција на тржишту (са различитим актерима који нуде услуге које се разликују по цени и квалитету), претвара у такмичење за потпуно овладавање тржиштем и елиминисање конкуренције. О томе вид. Rupperecht Podszun, Stephan Kreifels, „Digital Platforms and Competition Law“, *Journal of European Consumer and Market Law – EuCML*, Vol. 5, Nr. 1/2016, 38.
- 20 На вандигиталном тржишту пандан надзорницима приступа представљају лица која имају доминантан положај на тржишту, који могу да наруше конкуренцију монополистичким понашањем, односно злоупотребом доминантног положаја. Дакле, као што чињеница да неко пружа основну услугу сама по себи не изазива забринутост у погледу одвијања слободне конкуренције (Уредба, рецитал 15), исто је и са доминантним положајем, све док неко не почне да злоупотребљава такав положај с циљем спречавања или ограничавања конкуренције. О томе вид. Синиша Варга, *Право конкуренције*, Нови Сад, 2007, 71, 126.
- 21 Могућност неограничене конкуренције на дигиталном тржишту и праведност међусобно су повезане: немогућност или ограничена могућност тржишне конкуренције може омогућити надзорнику приступа да примењује непоштене праксе (Уредба, рецитал 34).

- а) има знатан утицај на унутрашње тржиште (ако остварује годишњи приход у оквиру Уније једнак или већи од 7,5 милијарди ЕУР током сваке од последње три финансијске године или ако је његова просечна тржишна капитализација или еквивалентна тржишна вредност износила најмање 75 милијарди ЕУР у последњој финансијској години, као и ако пружа исту основну услугу платформе у најмање три државе чланице);
- б) пружа основну услугу платформе која је важна тачка приступа путем које пословни корисници долазе до крајњих корисника (ако пружа основну услугу платформе која у последњој финансијској години има најмање 45 милиона месечно активних крајњих корисника који имају пребивалиште или се налазе у Унији и најмање 10 000 годишње активних пословних корисника који имају седиште у Унији, што је утврђено и израчунато у складу с методологијом и показатељима утврђеним у Прилогу);²²
- в) има чврст и трајан положај у подручју свог пословања или је предвидиво да ће такав положај имати у блиској будућности (ако су прагови из тачке (б) досегнути у свакој од задње три финансијске године) (Уредба, чл. 3 ст. 1 и 2).²³

Ако пружалац основне услуге платформе испуни наведене критеријуме, о томе обавештава Комисију без одлагања, а најкасније у року од два месеца и то за сваку основну услугу поводом које испуњава наведене критеријуме. Европска комисија најкасније у року од 45 дана од пријема информација утврђује за то лице статус надзорника приступа (Уредба, чл. 3 ст. 4).²⁴

22 Тако, када се ради о интернет посредовању, под тзв. активне крајње кориснике могу да се подведу само они који су се барем једном у месец дана користили услугом интернет посредовања путем активне пријаве, постављања питања, клика или клизног помицања, или су барем једном у месец дана закључили трансакцију путем услуге интернет посредовања, а под тзв. активне пословне кориснике они који су током целе године имали барем један производ уврштен у услугу интернет посредовања или су у години дана закључили трансакцију коју је омогућила услуга интернет посредовања.

23 Другачије речено, статус надзорника приступа ће добити лице које сходно прописаним параметрима има доминантан привредни и посреднички положај на тржишту. О томе вид. European Commission, *The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets*, доступно на адреси: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en, 10. 4. 2023.

24 Пружалац основне услуге платформе изузетно може да обори претпоставку да има знатан утицај на тржиште доказујући да иако досеже квантитативне прагове

Комисија за сваког пружаоца основне услуге платформе који испуњава сваки од захтева из ст. 1, али не досеже сваки праг из ст. 2 чл. 3, утврђује статус надзорника приступа у складу с поступком који је утврђен у Уредби.²⁵ У ту сврху Комисија узима у обзир неке или све следеће елементе, у мери у којој су релевантни за пружаоца основне услуге платформе: а) величину, укључујући приход и тржишну капитализацију, пословање и положај тог лица; б) број пословних корисника који се користе основном услугом платформе како би дошли до крајњих корисника и број крајњих корисника; в) мрежне учинке и предности који се остварују на основу података, посебно у вези с приступом тог лица личним и неличним подацима; г) све ефекте од којих пружалац основне услуге платформе има користи; д) зависност пословног корисника или крајњег корисника, укључујући трошкове замене и пристраност у понашању, чиме се смањује могућност пословних корисника и крајњих корисника да изврше замену или се паралелно повезују на више платформи за исту сврху; њ) конгломератну корпоративну структуру или вертикалну интеграцију тог пружаоца основне услуге платформе, што му, на пример, омогућава унакрсно субвенционисање, комбиновање података из различитих извора или искоришћавање предности његовог положаја; или е) остала структурна обележја пословања или услуге (Уредба, чл. 3 ст. 8).

За сваког учесника на дигиталном тржишту за којег је утврђен статус надзорника приступа на основу ст. 4 или 8, Комисија у одлуци

утврђене у Уредби, не испуњава захтеве за утврђивање статуса надзорника приступа. Терет доказивања да претпоставка која произлази из досезања квантитативних прагова не би требало да се примењује; требао би да сноси пружалац такве услуге (Уредба, рецитал 23).

- 25 Како би се осигурало потпуно и трајно постизање циљева Уредбе, Комисија може да спроведе истраживање тржишта ради испитивања да ли за пружаоца основне услуге платформе треба утврдити статус надзорника приступа иако он не досеже квантитативне прагове утврђене у Уредби; оправдава ли системска неусклађеност надзорника приступа изрицање додатних корективних мера (мере праћења пословања или структурне корективне мере, којима се привремено забрањује надзорнику приступа учешће у поступку концентрације); треба ли на попис основних услуга платформе додати још услуга у дигиталном сектору и да ли би требало истражити додатне праксе које су на сличан начин непоштене и ограничавају могућност конкуренције на дигиталним тржиштима (рецитал 73). Услуге у дигиталном сектору и врсте пракси повезаних с тим услугама могу се брзо променити. Како би се осигурало да Уредба буде увек ажурирана, да пружи ефикасан и свеобухватан регулаторни одговор на проблеме које представљају надзорници приступа, важно је осигурати редовно преиспитивање пописа основних услуга платформе као и обавеза предвиђених у Уредби. То је нарочито важно како би се осигурало да се открије пракса која ће вероватно ограничити могућност конкуренције у подручју основних услуга платформе (рецитал 77).

о утврђивању статуса наводи релевантне основне услуге платформе које то лице пружа и које су појединачно важна тачка приступа путем које пословни корисници долазе до крајњих корисника (Уредба, чл. 3 ст. 9).

Комисија може на захтев или на властиту иницијативу у било ком тренутку поново размотрити, изменити или ставити изван снаге одлуку о утврђивању статуса донесену на основу чл. 3 због једног од следећих разлога: а) ако се чињенично стање на којем се заснивала одлука о утврђивању статуса битно променило; б) ако се одлука о утврђивању статуса заснивала на непотпуним, нетачним или обмањујућим информацијама (Уредба, чл. 4 ст. 1).

III Заштита тржишта путем превентивних мера

У циљу превентивне заштите тржишта дигиталних услуга Уредбом је прописано шта пружаоци основних услуга не смеју да учине. Прво, када се ради о пружаоцу основних услуга, он не сме, у циљу избегавања утврђивања да има статус надзорника приступа, вештачки позиционирати, делити, фрагментирати или раздвајати услуге нити спроводити њихову потподелу уговорним, комерцијалним, техничким или било којим другим средствима како би избегли квантитативне прагове, који су од значаја за добијање статуса надзорника приступа. Али, и ако се тако нешто деси, то не спречава Комисију (по спроведеном поступку и прибављеним информацијама) да за тог пружаоца ипак утврди статус надзорника приступа (чл. 13. ст. 1. Уредбе). Друго, пружалац услуга, који има статус надзорника приступа, дужан је да поступа у складу са обавезама које су утврђене Уредбом (чл. 5–7). Све те обавезе,²⁶ којима се настоји да се обезбеди праведност и отвореност дигиталног тржишта, према начину на који су дефинисане,²⁷ могу да се разврстају у две групе: (А) на негативне, оне из којих за надзорника приступа

26 О обавезама вид.: Bankar, *Velika promjena na internetu: stroža pravila i kazne za digitalne platforme u EU*, доступно на адреси: <https://www.bankar.me/2022/11/01/velika-promjena-na-internetu-stroza-pravila-i-kazne-za-digitalne-platforme-u-eu/>, 10. 4. 2023; Gecić Law, *Надзорници приступа и дигитална тржишта: ЕУ дигитална снага се наставља*, доступно на адреси: <https://geciclaw.com/sr/eu-digitalna-saga-nadzornici-pristupa/>, 10. 4. 2023.

27 Како би се осигурала ефикасна примена обавеза утврђених Уредбом и истовремено зајамчило да су те обавезе ограничене на оно што је потребно за осигурање могућности неограничене конкуренције на дигиталном тржишту и сузбијање штетних ефеката непоштености пракси надзорника приступа, важно их је јасно дефинисати и уредити како би се надзорнику приступа омогућило да се у потпуности са њима усклади (Уредба, рецитал 65).

проистиче одређена забрана, јер *не сме* да нешто чини,²⁸ захтева²⁹ или спречава,³⁰ и (Б) позитивне, оне из којих за надзорника приступа проистиче обавеза допуштања³¹ или давања.³² Треће, надзорник приступа не сме да погоршава услове или квалитет било које од основних услуга платформе, које пружа пословним корисницима или крајњим корисницима који искоришћавају права или могућности избора утврђене у Уредби (чл. 5–7), нити да непотребно отежава остваривање тих права или могућности, укључујући нуђењем одабира крајњем кориснику на

- 28 Надзорник приступа не сме обрађивати, комбиновати нити унакрсно употребљавати личне податке крајњих корисника без њиховог пристанака (Уредба, чл. 5 ст. 2).
- 29 У ову групу негативних обавеза спадају оне којима се надзорнику приступа забрањује да захтева од крајњих корисника да употребљавају његову услугу идентификације, сервер интернет прегледача или платну услугу, или његове техничке услуге које подупиру пружање платних услуга, као што су системи плаћања за куповину унутар апликације, или да од пословних корисника захтева да употребљавају или нуде те услуге или осигуравају усклађеност с њима, у контексту услуга које пружају пословни корисници који се користе основним услугама платформе тог надзорника приступа (чл. 5 ст. 7); пословних корисника или крајњих корисника да се претплате или региструју на било коју додатну основну услугу платформе као услов за могућност коришћења, приступа, пријаве или регистрације у вези с било којом од основних услуга платформе тог надзорника приступа (чл. 5 ст. 8).
- 30 Тако, надзорник приступа не сме спречавати: пословне кориснике да крајњим корисницима нуде исте производе или услуге путем услуга интернетског посредовања трећих страна или преко властитих канала за директну продају на интернету по ценама или под условима који се разликују од оних који се нуде путем услуга интернетског посредовања надзорника приступа (чл. 5 ст. 3); спречавати ни ограничавати пословне кориснике или крајње кориснике да покрену било које питање његове неусклађености с релевантним правом Уније или националним правом пред било којим релевантним јавним телом, укључујући националне судове, у вези с било којом његовом праксом (чл. 5 ст. 6).
- 31 С једне стране, надзорник приступа има обавезу да пословним корисницима бесплатно допусти да крајње кориснике, које су стекли путем његове основне услуге платформе или путем других канала, информишу о понудама и промовишу их, између осталог под различитим условима, и да склапају уговоре с тим крајњим корисницима без обзира на то користе ли се у ту сврху основним услугама платформе надзорника приступа (чл. 5 ст. 4). С друге стране, надзорник приступа има обавезу да крајњим корисницима допусти приступ садржају, претплатама, компонентама или другим производима и њихову употребу путем његових основних услуга платформе, ако су ти крајњи корисници такве производе стекли од релевантног пословног корисника, а да се притом нису користили основним услугама платформе надзорника приступа (чл. 5 ст. 5).
- 32 Надзорник приступа је дужан да сваком оглашивачу/издавачу којем пружа услуге интернетског оглашавања или трећим странама које су овластили оглашивачи/издавачи, на захтев оглашивача/издавача, свакодневно и бесплатно даје информације о сваком огласу који је оглашавач објавио (чл. 5 ст. 9), односно о сваком огласу који је приказан на издавачевом простору (чл. 5 ст. 10).

начин који није неутралан, или нарушавањем аутономије, одлучивања или слободе избора крајњих корисника или пословних корисника путем структуре, дизајна, функције или начина рада корисничког интерфејса или његовог дела (чл. 13 ст. 6).

Осим наведеног, у циљу заштите тржишта путем превентивног деловања прописано је да је надзорник приступа дужан да обавести Комисију о свакој намераваној концентрацији (Уредба, чл. 14 ст. 1), односно о намераваном стицању других учесника на тржишту који пружају основне услуге платформе или било које друге услуге у дигиталном сектору. Надзорник приступа обавештава Комисију о таквој концентрацији пре њене реализације и након закључивања споразума, објаве јавног надметања или стицања контролног удела. Обавеза обавештавања Комисије је од значаја не само за процес утврђивања статуса појединачних надзорника приступа, већ и за праћење трендова у погледу могућности неограничене тржишне конкуренције у дигиталном сектору. Штавише, такве информације, које Комисија прослеђује државама чланицама, могу се користити и у сврхе националне контроле концентрација (Уредба, рецитал 71).

У информацијама које надзорник приступа пружа описују се учесници на тржишту на које се концентрација односи, њихов годишњи приход на нивоу Уније и на светском нивоу, њихово подручје активности, укључујући активности које су директно повезане с концентрацијом, и трансакцијска вредност споразума или процена те вредности, заједно са извештајем о концентрацији, као и попис држава чланица на које се концентрација односи. Такође, за сваку релевантну основну услугу платформе приказује се њихов годишњи приход на нивоу Уније, број годишње активних пословних корисника и број месечно активних крајњих корисника (Уредба, чл. 14 ст. 2).

Како би се осигурала ефикасна примена Уредбе, а захваљујући томе праведност тржишта и могућност неограничене тржишне конкуренције, Комисији су дата значајна истражна овлашћења. Тако, Комисија редовно, а најмање сваке три године, преиспитује испуњавају ли надзорници приступа и даље захтеве утврђене у чл. 3 ст. 1. У склопу тог преиспитивања такође се испитује треба ли изменити попис основних услуга платформе надзорника приступа. Ако на основу преиспитивања утврди да су се промениле чињенице на основу којих се за учеснике на тржишту утврђује статус надзорника приступа, Комисија доноси одлуку којом се потврђује, мења или ставља изван снаге одлука о утврђивању статуса (Уредба, чл. 4 ст. 2). Даље, Комисија може поново да покрене поступак истраживања тржишта ако је чињенично стање на основу којег је донета одлука битно промењено или ако је одлука

донесена на основу непотпуних, нетачних или обмањујућих информација, и то када се ради о:

1. Истраживању тржишта ради утврђивања статуса надзорника приступа. – Комисија може спровести истраживање тржишта ради испитивања да ли треба за пружаоца основне услуге платформе утврдити статус надзорника приступа или ради утврђивања основних услуга платформе које треба навести у одлуци којом се за пружаоца основних услуга одређује статус надзорника (Уредба, чл. 17 ст. 1).

Ако Комисија утврди статус надзорника приступа за пружаоца основне услуге платформе и који још нема чврст и трајан положај у подручју свог пословања, али се очекује да ће такав положај имати у блиској будућности, она може прогласити да су за тог надзорника приступа примењиве само поједине обавезе које су наведене у Уредби. Комисија проглашава примењивим само оне обавезе које су примерене и потребне како би се надзорник приступа спречио у томе да непоштеним средствима стекне чврст и трајан положај у подручју свог пословања (Уредба, чл. 17 ст. 4).

2. Истраживању тржишта поводом неусклађености надзорника приступа са обавезама које су утврђене у Уредби. – Комисија може да спроведе истраживање тржишта како би испитала да ли је надзорник приступа перманентно неусклађен. Ако истраживање тржишта покаже да надзорник приступа стално крши једну или више обавеза утврђених Уредбом, Комисија може донети извршни акт у којем се за таквог надзорника приступа одређују корективне мере праћења пословања или структурне корективне мере које су сразмерне и потребне за осигурање усклађености с Уредбом (Уредба, чл. 18 ст. 1).³³

Корективна мера може, у мери у којој је сразмерна и потребна за очување или поновно успостављање праведности и могућности неограничене тржишне конкуренције на коју утиче стална неусклађеност, укључивати забрану, током ограниченог раздобља, да надзорник приступа спроведе концентрацију у вези са основним услугама платформе или другим услугама које се пружају у дигиталном сектору. Сматра се да је надзорник приступа стално неусклађен са обавезама ако је Комисија донела најмање три одлуке о неусклађености против надзорника

33 У хитним случајевима због ризика од озбиљне и непоправљиве штете за пословне кориснике или крајње кориснике надзорника приступа, Комисија може донети извршни акт којим се одређују привремене мере против надзорника приступа на основу *prima facie* закључка о кршењу обавеза (Уредба, чл. 24). Привремене мере могу бити важан инструмент којим се током истраге осигурава да се избегну промене које би било тешко исправити одлуком коју би на крају поступка донела Комисија. Привремене мере могу да се примењују само током раздобља које се завршава закључењем поступка који води Комисија (рецитал 84).

приступа у вези с неком од његових основних услуга платформе (Уредба, чл. 18 ст. 2 и 3).

Како би осигурала усклађеност надзорника приступа с његовим обавезама, Комисија редовно преиспитује корективне мере, с тим што има право да их мења ако након новог истраживања тржишта утврди да нису ефикасне (Уредба, чл. 18 ст. 8).

3. Истраживању тржишта у вези са новим услугама и новим праксама. – Комисија може да спроведе истраживање тржишта како би испитала да ли треба попис основних услуга платформе допунити са једном или више нових услуга или како би открила праксе које ограничавају могућност тржишне конкуренције у подручју основних услуга платформе или које су непоштене (Уредба, чл. 19 ст. 1).

Комисија своје налазе објављује у извештају, у року од 18 месеци од датума покретања поступка, који подноси Европском парламенту и Већу, уз који евентуално прилаже: а) законодавни предлог за измену Уредбе како би се на попис основних услуга платформе уврстиле додатне услуге у дигиталном сектору или како би се уврстиле нове обавезе (може се предложити и уклањање постојећих услуга с пописа основних услуга платформе или уклањање постојећих обавеза); или б) нацрт делегираног акта о допуни Уредбе у вези с обавезама надзорника приступа (Уредба, чл. 19 ст. 3).

IV Извршна овлашћења комисије

Комисија доноси извршни акт (одлука о неусклађености) у коме се утврђује да је откривена неусклађеност јер надзорник приступа не поступа у складу с најмање једним од следећег:

- а) било којом обавезом које су утврђене Уредбом (чл. 5–7);
- б) мерама које је Комисија утврдила, а надзорник приступа треба да спроведе како би био усклађен са обавезама одређеним у Уредби;
- в) корективним мерама изреченим на основу чл. 18 ст. 1;
- г) привременим мерама (Уредба, чл. 24);
- д) обавезама које су постале правно обвезујуће на основу понуде надзорника која је дата ради осигурања усклађености са обавезама утврђеним у Уредби (чл. 5–7) (чл. 29 ст. 1 Уредба, чл. 29 ст. 1).

Комисија настоји да донесе одлуку о неусклађености у року од 12 месеци од покретања поступка. Пре доношења одлуке о неусклађености

Комисија надзорнику приступа доставља своје прелиминарне налазе. У њима Комисија објашњава мере које разматра да предузме или за које сматра да би надзорник приступа требало да предузме како би ефикасно одговорио на прелиминарне налазе (Уредба, чл. 29 ст. 2 и 3).

Комисија у одлуци о неусклађености налаже надзорнику приступа да у примереном року престане с неусклађеним поступањем и да достави објашњења о томе шта намерава да учини како би поступио у складу с том одлуком (Уредба, чл. 29 ст. 5).

Ако одлучи да не доноси одлуку о неусклађености, Комисија одлуком закључује поступак (Уредба, чл. 29 ст. 7).

Санкционисање противправног понашања надзорника приступа, као и извршивост одлуке о неусклађености врши се путем новчаних казни и периодичних пенала. Комисија у одлуци о неусклађености може надзорнику приступа изрећи новчане казне које не премашују 10 % његовог укупног прихода на светском нивоу у претходној финансијској години ако утврди да тај надзорник поступа намерно или из непажње не поступа у складу са чл. 29 ст. 1 Уредбе (Уредба, чл. 30 ст. 1). Комисија може надзорнику приступа изрећи новчане казне у висини до 20% његовог укупног прихода на светском нивоу у претходној финансијској години ако утврди да је тај надзорник приступа у вези с истом основном услугом платформе починио кршење обавезе утврђене у чл. 5 до 7 које је једнако или слично кршењу за које је у одлуци о неусклађености, донесеној у претходних осам година, утврђено да га је починио (Уредба, чл. 30 ст. 2).³⁴

Комисија може донети одлуку којом се учесницима на тржишту (надзорницима приступа и удружењима пружалаца основних услуга платформи, када је то према Уредби могуће) изриче новчана казна која не сме да премаши 1 % њиховог укупног прихода на светском нивоу у претходној финансијској години ако намерно или из непажње, на пример: не доставе информације које су потребне како би се проценила могућност да се за њих утврди статус надзорника приступа или доставе нетачне, непотпуне или обмањујуће информације; не испуне обавезу обавештавања Комисије да су достигнути сви квантитативни прагови који су од значаја за утврђивање статуса надзорника приступа; не доставе информације или доставе нетачне, непотпуне или обмањујуће информације поводом намеравање концентрације; одбију да се подвргну инспекцијским радњама које спроводи Комисија (Уредба, чл. 30 ст. 3).

34 Приликом изрицања новчане казне Комисија мора да узме у обзир све санкције и новчане казне које су изречене истом лицу за исте чињенице, како би се осигурало да укупна новчана казна буде примерена тежини учињеног прекршаја (Уредба, рецитал 86).

Ако се новчана казна изрекне удружењу пружалаца основних услуга платформи узимајући у обзир приход његових чланова на светском нивоу, а то удружење није солвентно, оно је дужно од својих чланова да затражи уплату доприноса ради подмиривања износа новчане казне. Ако се ти доприноси не уплате удружењу пружалаца основних услуга платформи у року који је одредила Комисија, она може да затражи плаћање новчане казне директно од било ког пружаоца основних услуга платформи чији су представници били чланови тела тог удружења надлежних за доношење одлука. Међутим, Комисија не сме захтевати плаћање од пружалаца основних услуга платформи који докажу да нису спровели одлуку удружења којом је прекршена Уредба те нису знали да она постоји или су се од ње активно оградиле. При томе, финансијска обавеза сваког пружаоца основних услуга платформи за плаћање новчане казне не сме да премаши 20% његовог укупног прихода на светском нивоу у претходној финансијској години (Уредба, чл. 30 ст. 5).

Комисија може донети одлуку којом се учесницима на дигиталном тржишту (надзорницима приступа и удружењима пружалаца основних услуга платформи, када је то према Уредби могуће) изричу периодични пенали који не премашују 5% просечног дневног прихода на светском нивоу у претходној финансијској години по дану, рачунајући од датума одређеног у тој одлуци, како би се приморали, на пример: да поступе у складу с одлуком којом су за надзорника приступа одређене корективне мере потребне ради усклађивања са одредбама Уредбе; да доставе тачне и потпуне информације у року утврђеном у захтеву за информације; да се подвргну инспекцији наложеној одлуком Комисије; да поступе у складу с одлуком којом се одређују привремене мере; да испуне обавезе које су постале правно обавезујуће; да поступе у складу с одлуком којом је утврђена неусклађеност надзорника приступа (Уредба, чл. 31 ст. 1).

Ако пружаоци основних услуга платформи или њихова удружења испуне обавезу чијем је извршењу био намењен периодични пенал, Комисија може донети извршни акт којим се одређује коначни износ периодичног пенала који је нижи од износа који је био одређен на основу првобитне одлуке (Уредба, чл. 31 ст. 2).³⁵

35 Сврха пенала је да се изврши притисак на дужника, пружаоца основних услуга платформе или надзорника приступа, да у примереном року изврши обавезе, односно поступи у складу са налазима Комисије. Износ пенала који је дужник дужан да плати због доцње у коју је дошао може да се смањи, при чему треба водити рачуна о сврси због које је одређено плаћање пенала. У ком ће се обиму извршити смањење зависиће од околности које утврђује и цени Комисија. О пеналима вид. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Крагујевац – Горњи Милановац, 1980, 819.

V Закључак

Правилима о заштити тржишта дигиталних услуга допуњују се класична правила којима се штити конкуренција, с тим што између њих постоји суштинска разлика. Уз помоћ класичних правила остварује се, у основи, *ex post* заштита тржишта, после наступања догађаја којима се нарушава конкуренција, а на основу спроведених опсежних истрага о сложеним чињеницама у сваком поједином случају. Правилима о заштити тржишта дигиталних услуга спроводи се *ex ante* заштита, применом одговарајућих механизма, односно инструмената контроле, у чему учествују како тржишни актери, тако и надлежни органи, а све у циљу обезбеђења неограничене тржишне конкуренције, праведности и правне сигурности у дигиталном сектору.

Јасно разграничење између наведених циљева Уредбе и циљева комунитарних правила о заштити конкуренције је тешко, јер су тржишна конкурентност и правичност традиционално постављени и као циљеви права конкуренције.³⁶ У ту сврху, потребно је уско тумачење појмова тржишне конкурентности и праведности – који се користе као критеријуми разграничења у односу на класична комунитарна правила о заштити конкуренције. У недостатку јасне дефиниције ових концепата, и конкурентност и праведност треба тумачити у контексту пружања специфичних основних услуга платформе које потпадају под поље примене Уредбе, а не статуса надзорника приступа *per se*.

Прописивањем обавеза надзорницима приступа усмерених на повећање тржишне конкурентности и праведности, одредбе Акта о дигиталним тржиштима делују као филтер у вези са неким облицима понашања надзорника приступа који би потенцијално могли покренути примену комунитарних правила о заштити конкуренције.

Коришћена литература

Akman Pinar, „Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act“, *European Law Review*, Vol. 47, Nr. 1/2022.

36 Оно што додатно отежава прављење јасне разлике је што се правила о заштити тржишта дигиталних услуга не могу искључиво посматрати као инструмент заштите конкуренције нити као инструмент којим се спроводи *ex ante* заштита. О томе вид. Pinar Akman, „Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act“, *European Law Review*, Vol. 47, Nr. 1/2022, 18.

- Beems Belle, „The DMA in the Broader Regulatory Landscape of the EU: An Institutional Perspective“, *European Competition Journal*, Vol. 19, Nr. 1/2023.
- Блажо Ондреј, „Закон о дигиталним тржиштима – између тржишне регулације, правила конкуренције и правила непоштене трговинске праксе“, *Страни њравни живоји*, бр. 1/2022. (Blažo Ondrej, „Zakon o digitalnim tržištima – između tržišne regulacije, pravila konkurencije i pravila nepoštene trgovinske prakse“, *Strani pravni život*, br. 1/2022)
- Варга Синиша, *Право конкуренције*, Нови Сад, 2007. (Varga Siniša, *Pravo konkurencije*, Novi Sad, 2007)
- Мак Vanessa, „A Primavera for European Consumer Law: Re-birth of the Consumer Image in the Light of Digitalisation and Sustainability“, *Journal of European Consumer and Market Law – EuCML*, Vol. 11, Nr. 3/2022.
- Marsden Philip, Podszun Rupprecht, *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*, Berlin, 2020.
- Moskal Anna, „Digital Markets Act (DMA): A Consumer Protection Perspective“, *European Papers*, Vol. 7, Nr. 3/2022.
- Nicolas Gruensteidl Mark, „An Analysis of New Obligations for Online Content Sharing Platforms in the Media Environment under the DSA and DMA“, *European Union Law Working Paper*, No. 72, доступно на адреси: <https://law.stanford.edu/publications/no-72-an-analysis-of-new-obligations-for-online-content-sharing-platforms-in-the-media-environment-under-the-dsa-and-dma/>, 10. 3. 2023.
- Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Крагујевац – Горњи Милановац, 1980. (Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, Kragujevac – Gornji Milanovac, 1980)
- Podszun Rupprecht, Kreifels Stephan, „Digital Platforms and Competition Law“, *Journal of European Consumer and Market Law – EuCML*, Vol. 5, Nr. 1/2016.

Andrej MIĆOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Univeristy of Kragujevac – Faculty of Hotel Management and Tourism in Vrnjačka Banja, Serbia

PROTECTION OF THE COMPETITION ON THE DIGITAL SERVICES MARKET

Summary

The article analyzes the rules contained in the EU Regulation 2022/1925, which seek to provide business users and end users with core platform services and ensure appropriate regulatory safeguards against unfair practices of service providers, who have the status of gatekeepers. When core services are provided by gatekeepers, as persons who exercise significant market influence, the risk of distortion of market competition increases significantly. That is why the Regulation defines a series of measures with the aim of achieving, first of all, ex ante effects on the possibility of unlimited market competition and fairness in the digital sector. With the aim of preventive protection of the digital service marketplace, the Regulation prescribes what the providers of core platform services must not do, or what they are obliged to do and the powers of the Commission in terms of market research. After the conducted research, the Commission can issue an implementing act ordering gatekeeper to stop non-compliant behavior within a reasonable period of time, as well as impose sanctions in the form of fines and periodic penalty payments.

Key words: Gatekeeper. – Market. – Competition. – Platform. – Business Users. – End Users.

Датум пријема рада: 20. 4. 2023.

Датум измене рада: 3. 9. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 9. 2023.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 347.73/.74 ; 336.717

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23310A

Марија СПАСИЋ*

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, студент
истраживач Института за упоредно право у Београду, Србија

НАЧЕЛО НЕЗАВИСНОСТИ И ПРЕВАРА У ПОСЛОВИМА ДОКУМЕНТАРНОГ АКРЕДИТИВА И САМОСТАЛНЕ БАНКАРСКЕ ГАРАНЦИЈЕ

Сажетак

У раду се анализира начело независности и уједињавање преваре на обавезу исплате акредитивне, односно гарантне своје у пословима документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције. Начело независности подразумева да учесници у правним односима заснивају своја права и обавезе само на чињеницама из односа у којима се налазе. Најважнији изузетак од начела независности је преварно исплатење захтева за најлакше. У раду су, најпре, разматрана правила МТК и УНЦИТРАЛ-а. Потребно је кренути од правила ове организације јер су оне донеле најважније аутономне изворе права за ове полове. Затим се анализирају правила америчког и немачког права са циљем уједињавања неопходног степена преваре у овим правним системима, будући да у српском праву ово питање није детаљно регулисано. Стога је неопходно разматрати и упоредна решења. У последњем делу разматра се превара са стипендијом српског права. У српском праву најзначајнији механизам

* Електронска адреса аутора: marijaspasic98@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8793-3043>

за заштити од преваре јесте изрицање судске привремене мере забране исплате акредитивне, односно јарантне своје.

Кључне речи: Документарни акредитив. – Самостална банкарска јаранција. – Начело независности. – Превара. – Судска привремена мера.

I Увод

Документарни акредитив (енгл. *documentary letter of credit*) и самостална банкарска гаранција (апстрактна, на први позив, енгл. *demand guarantee*) широко су прихваћени послови у банкарској пракси, и највише се разликују по својој функцији.¹ Ради се о сложеним пословима у којима издавалац документарног акредитива, односно самосталне банкарске гаранције (даље: издавалац) у своје име, а за рачун налогодавца, преузима самосталну обавезу према кориснику акредитива, односно банкарске гаранције (даље: корисник), која се по правилу састоји у исплати одређене новчане своте када се за то стекну услови наведени у акредитивној, односно гарантној исправи. Иако налогодавац закључује са издаваоцем уговор о издавању акредитива или самосталне банкарске гаранције, посао акредитива, односно самосталне банкарске гаранције потпуно је независан од ових уговора и заснива се искључиво на изјави воље издаваоца упућене кориснику. Начело независности одваја правне односе у којима се налазе учесници у овим пословима и онемогућава истицање приговора који произлазе из других правних односа.

Ипак, независност ових послова од валутног односа и односа покрића нема апсолутни домашај. Изузетак начелу независности правних односа је преварно истицање захтева за наплату акредитивне, односно гарантне своте. Принцип *fraus omnia corrumpit* најбоље објашњава разлог увођења овог изузетка. Превара пробија начело независности, јер онај ко превари другог не може остварити никакве користи из таквог правног посла. Корисник који је свестан преваре не може имати право на акредитивну, односно гарантну своту. Иако издавалац има обавезу исплате према кориснику, превара треба да конституише право, али и обавезу издаваоца да одбије плаћање и да затражи упутства од свог налогодавца без каснијег позивања на његову одговорност.

1 Кључна разлика између документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције је у њиховој функцији. Документарни акредитив служи као начин плаћања новчане обавезе, док је самостална банкарска гаранција средство обезбеђења обавезе из валутног односа. Више о функцијама документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд, 2021, 523–524, 539–540.

Упркос начелу независности, судовима треба допустити да утврђују чињенице из других правних односа између учесника како би се спречила превара. У домаћем праву преварно истицање захтева за наплату у овим банкарским пословима није посебно регулисано, те стога треба анализирати међународна правила, упоредно право и праксу како би се утврдили прописани критеријуми за одступање од начела независности услед преваре.

II Начело независности

Документарни акредитив и самостална банкарска гаранција сложени су банкарски послови с обзиром на то да у њима учествује најмање три лица (налогодавац, издавалац и корисник), а често четири или више када издавалац ангажује сарадника. Између ових учесника стварају се различити правни односи. Правна независност односа огледа се у томе да учесници у њима заснивају своја права и обавезе само на чињеницама из односа у којем се налазе, а не и на чињеницама из односа са другим учесницима, нити на чињеницама из односа других учесника.² На постојање и пуноважност посла документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције не утичу постојање и пуноважност валутног односа, нити уговора о отварању документарног акредитива, односно издавању самосталне банкарске гаранције.

У српском праву и документарни акредитив и самостална банкарска гаранција су једностранни правни послови, те за настанак обавезе издаваоца није релевантна воља корисника, већ је довољно да корисник прими једнострану изјаву воље издаваоца у писаној форми.³ Издавалац акредитива се обавезује на исплату ако су испуњени услови предвиђени у акредитивној исправи, те је стога његова обавеза апстрактне природе.⁴ Слично, издавањем самосталне банкарске гаранције гарант преузима обавезу према кориснику искључиво на основу садржине гарантног писма, те је и обавеза издаваоца самосталне гаранције апстрактна. У немачком праву, правна природа обавезе издаваоца на исплату акредитивне, односно гарантне своте објашњава се као апстрактно обећање дуга.⁵ Овакво одређивање правне природе у српском праву није од великог практичног значаја будући да овај институт није посебно регулисан

2 *Ibid.*, 524.

3 Вид. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, друга књига, Београд, 1990, 1070.

4 *Ibid.*, 1069.

5 Вид. Jens Nielsen, Nicolai Nielsen, „The German Bank Guarantee: Lesson to be Drawn from China“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 5, Nr. 2/2014, 193.

у Закону о облигационим односима,⁶ па нема посебних правила која би се у том случају могла применити. Међутим, без обзира на то што се однос између издаваоца и корисника у нашем праву квалификује као једностранни правни посао, а не уговор, на њега треба применити сва општа правила која се примењују на уговоре.⁷ Законодавац је имао у виду да се општа правила која се односе на уговоре примењују и на друге правне послове, у које спадају и једностранни правни послови.

Када издавалац стекне обавезу према кориснику, код банкарске гаранције она је неопозива, за разлику од документарног акредитива који је према Закону о облигационим односима опозив, те је неопходно да у акредитивној исправи буде назначена његова неопозивост.⁸ Издавалац има обавезу да исплати новчану своту ако корисник презентује документа наведена у акредитивној, односно гарантној исправи и не може се позивати на приговоре које може истаћи налогодавцу из односа покрића, нити приговоре које би налогодавац могао истаћи кориснику као свом саговорнику у валутном односу. Забрањени су и лични приговори налогодавца према кориснику. Једини дозвољени приговори су они који произлазе из акредитива или банкарске гаранције, или лични приговори издаваоца према кориснику.⁹

Услед начела независности, положај издаваоца је отежан с обзиром на то да нема механизма да се одбрани против захтева корисника за исплату акредитивне, односно гаранте своте, нарочито ако је корисник испунио све формалне услове за наплату (нпр. благовремено је поднео захтев и уредно презентовао документа), иако би налогодавац могао да истакне кориснику приговоре из валутног односа и одбије такво плаћање. Издавалац није дужан да проверава стварно стање јер искључиво послује на основу садржине презентованих докумената и њихове строге саобразности са условима наведеним у акредитивној, односно гарантној исправи.¹⁰ У литератури је истакнуто да је „доктрина строге саобразности савезник начелу независности“.¹¹ Пословање документима омогућава издаваоцу да не испитује тачност њихове

6 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени тласник РС*, 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 тласник РС*, бр. 18/2020.

7 ЗОО, чл. 25 ст. 3.

8 ЗОО, чл. 1077 ст. 2.

9 Упор. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 525, 548; Иван Тодоровић, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 701; Божидар Павићевић, *Банкарска гаранција у теорији и њракси*, Београд, 1990, 100.

10 Упор. Радован Д. Вукадиновић, „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014, 377–378.

11 Michelle Kelly-Louw, „The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees“, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 49, Nr. 1/2016, 90–91.

садржине (нпр. да ли је заиста назначена роба утоварена на брод, или да ли је повреда обавезе наведена у захтеву за исплату гаранције заиста учињена) ако су они према спољном изгледу уредни.¹² Обавеза издаваоца је да провери да ли су сва документа уредно презентована и да ли су испуњени сви услови за исплату наведени у акредитивној, односно гарантној исправи. Након исплате, издавалац има право регреса за исплаћену новчану своту, као и право на накнаду осталих трошкова и накнаду за учињену услугу.¹³ Будући да је валутни однос правно независан у односу на однос између налогодавца и издаваоца, налогодавац не може истицати приговоре из валутног односа како би одбио захтев за регрес издаваоца. Начело независности, међутим, штити издаваоца само у случају да је у свему поступио у складу са примљеним налогом. Супротно томе, у случају да акредитивна или гарантна исправа одступају од примљеног налога, издаваоцу се не може признати право на накнаду трошкова јер није ваљано извршио налог свог сауговорача.

Иако је начело независности главна предност документарног акредитива и самосталне гаранције и највећи разлог њиховог уговарања у валутном односу, ипак постоје одређена одступања зарад правне сигурности. Општеприхваћено одступање од овог начела јесте превара приликом истицања захтева за наплату.¹⁴ Начело независности мора бити ублажено у ситуацијама када корисник на преваран начин истакне захтев за наплату, када би издавалац имао право, али и обавезу¹⁵ да одбије исплату акредитивне, односно гарантне своте, иако би то морао да учини у складу са начелом независности.

III Превара као изузетак од начела независности

Начело независности је темељ на којим се заснивају документарни акредитив и самостална банкарска гаранција, али оно не може бити

12 Упор. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 533.

13 За самосталну банкарску гаранцију закон је изричито прописао обавезу налогодавца да плати банци сваки износ који је она платила на основу гаранције издате са клаузулом без приговора. Вид. ЗОО, чл. 1087 ст. 2. Такво решење треба применити и за документарни акредитив јер банка нема интереса да исплату изврши за свој рачун. Она није дужник из валутног односа и исплату увек врши у своје име, али за рачун налогодавца. Стога, она има право регреса за новчану своту коју је исплатила када се налогодавац ослободио обавезе из валутног односа, чак и када то није уговорено. С друге стране, банка редовно уговара са налогодавцем у уговору о отварању документарног акредитива или издавању самосталне банкарске гаранције право на накнаду за учињену услугу и накнаду осталих трошкова.

14 Поред тога, у упоредном праву се могу уочити и други изузеци, попут незаконитости валутног односа. Вид. М. Kelly-Louw, 87.

15 Zaid Aladwan, „Legal basis for the fraud exception in letters of credit under English Law“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 30, Nr. 2/2023, 594.

апсолутно.¹⁶ Најважнији изузетак од начела независности документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције је превара.¹⁷ Преваром се издавалац доводи у заблуду стварањем или одржавањем погрешне представе о томе да су испуњени сви услови за исплату. Превара је изазвана, квалификована заблуда која настаје недопуштеном радњом корисника или трећег лица.¹⁸ За примену правила о превари потребна је несавесност корисника. Корисник не мора нужно бити учинилац преваре, већ то може бити и треће лице, али корисник мора бити свестан њеног постојања. Послови документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције су нарочито изложени превари због своје апстрактности и чињенице да издавалац послује документима, а не робом. Разлог постојања овог изузетка правда се положајем корисника који стиче ново и апстрактно потраживање према издаваоцу, те издавалац не може истицати приговоре из валутног односа. Стога, превара представља противтежу повољнијем положају корисника, који мора бити изложен санкцији када, упркос свим погодностима које ужива, преваром жели да оствари материјалну корист. Судови су још давне 1765. године препознали превару као изузетак начела независности код документарног акредитива. Међутим, у упоредном праву није утврђен јединствени степен преваре који мора постојати да би се применило правило о превари, те су судови су различито приступали овом питању.¹⁹

1. Правила МТК и УНЦИТРАЛ-а

Међународна трговинска комора у Паризу (МТК) и Комисија УН за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) улажу значајне напоре у изналажењу решења за проблеме узроковане преваром приликом истицања захтева за наплату акредитивне или гарантне своте.²⁰ Ове организације донеле су најважније аутономне изворе права у области документарних акредитива и самосталних банкарских гаранција, и то:

16 Michelle Kelly-Louw, „Beneficiary Fraud and Demand Guarantees“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 25, Nr. 1/2022, 2.

17 *Ibid.*

18 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 301.

19 Alan Davidson, „Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 40. Судови користе термине на енглеском језику попут *proven, gross, material, established, clearly established, outright, obvious, egregious, clear, of such a character, strong and prima facie, sufficient, sufficiently grave, intentional, active, actual and serious*.

20 Michelle Kelly-Louw, „International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 74.

Једнообразна правила и обичаје за документарне акредитиве (ЈПДА),²¹ Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив (ЈПГ)²² и Конвенцију УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима (Конвенција).²³ Примена ЈПДА и ЈПГ је опциона, и у акредитивној, односно гарантној исправи, мора бити изричито наведена, те стога правна природа ових правила није нормативног, већ уговорног карактера.²⁴

а) Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве

Иако значајан извор права за документарне акредитиве, ЈПДА не садржи одредбе које спречавају корисника да преварним понашањем поднесе захтев за наплату према банци. Разлог томе је што су ова правила намењена стварању правног оквира за послове између издавалаца и корисника, и корисника и кореспондентних банака.²⁵ У литератури се истичу два објашњења оваквог става МТК. Прво јесте да састављачи нису били вољни да се упуштају у регулисање једног овако осетљивог проблема, а друго је уврежено схватање да ЈПДА нису диспозитивне одредбе већ представљају кодификовану банкарску праксу.²⁶

И на садржај и на тумачење правила МТК утиче чињеница да она служе као правила добре банкарске праксе, а не законска правила.²⁷ Поједини аутори поздрављају овакав став МТК, истичући да је сваки покушај успостављања јединствених правила о превари непотребан и осуђен на пропаст, јер је у националним законодавствима регулатива преваре изузетно осетљиво питање и међусобно се разликује.²⁸ Како се

21 Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве из 1933. године, последња верзија из 2007. године (*Uniform customs and principles for Documentary Credits*; даље у фуснотама: ЈПДА).

22 Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив из 1992. године, последња верзија из 2010. године (*Uniform rules for Demand Guarantees*; даље у фуснотама: ЈПГ).

23 Конвенција УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима из 1995. године (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фуснотама: Конвенција).

24 ЈПДА, чл. 1; ЈПГ, чл. 1. О правној природи правила МТК о документарним акредитивима и самосталним банкарским гаранцијама, а посебно ЈПДА вид. Радован Вукадиновић, „Документарни акредитив према новој ревизији Једнообразних правила и обичаја из 1993. године“, *Право и приврега*, бр. 9–12/1993, 18–21.

25 М. Kelly-Louw (2010), 76–77.

26 *Ibid.*

27 Roy Goode, „Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce“, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 39, Nr. 3/1995, 727.

28 М. Kelly-Louw (2010), 78.

превара традиционално сматра питањем којим се бави меродавно право и судови који га примењују, састављачи ЈПДА, иако свесни овог проблема, намерно су га изоставили.²⁹ Ипак, други аутори критикују ово решење и наглашавају да је ово велики недостатак.³⁰ Тачно је да ЈПДА представљају банкарску праксу, али истина је да се она примењују на већину међународних документарних акредитива, и банке и корисници их третирају као *de facto* законска правила иако она то формално нису.³¹ Стога, потребно је да састављачи ЈПДА обезбеде макар смернице за судове како да решавају практичне проблеме попут преваре корисника код документарног акредитива. Највећи проблем је што се национална правна правила разликују, а често су и нејасна.³² Стога, неопходно је да се ЈПДА допуне сетом правила којима би се регулисао утицај преваре на исплату акредитивне своте. Тиме би се утврдили услови који морају бити испуњени да би суд могао да одбије захтев корисника против издаваоца и постигла би се уједначеност судске праксе.

б) Једнообразна правила за гаранције плаћиве на први позив

Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив заузимају сличан став као ЈПДА у погледу утицаја преваре корисника на обавезу исплате гарантне своте. И ЈПГ решавање овог проблема остављају меродавном праву, судовима и судској пракси. Основна функција самосталне банкарске гаранције чини овај инструмент једнако подложен превари у циљу наплате гарантне своте. Корисник у највећем броју случајева не мора подносити додатна документа осим захтева за наплату, те је могућност издаваоца да одбије исплату у овом послу значајно умањена. Према ЈПГ, гаранција је по својој природи независна од валутног односа и захтева за издавање банкарске гаранције, и гарант ни на који начин није везан овим правним односима.³³ Такође, изричито је прихваћено и начело пословања документима.³⁴ Из тог разлога ЈПГ садрже правило које треба да има одвраћајућу сврху за кориснике који преваром траже исплату гаранте своте. Према том правилу, захтев по

29 Xiang Gao, „The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 62.

30 M. Kelly-Louw (2010), 79.

31 Xiang Gao, *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*, The Hague, 2002, 56–57.

32 *Ibid.*

33 ЈПГ, чл. 5 тач. а).

34 ЈПГ, чл. 6. Гарант се бави (послује) документима, а не робом, услугама, односно испуњењем обавеза на које се документи односе.

основу банкарске гаранције ће у сваком случају бити праћен изјавом корисника која указује на који начин је налогодавац повредио своју обавезу из валутног односа која је обезбеђена банкарском гаранцијом.³⁵ Следствено, изјава корисника да је налогодавац повредио своју обавезу у валутном односу није довољна. Пратећа изјава може бити значајан доказ несавесности и преваре корисника у каснијој парници коју покрене налогодавац. Из изложеног се може закључити да пратећа изјава корисника треба да има превентивну функцију, тј. да спречи корисника да олако постави захтев за исплату, јер касније може бити суочен са наводима налогодавца о преварном поступању и то на основу пратеће изјаве као доказа.

в) *Конвенција о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима*³⁶

Услед забране банкама да издају самосталне банкарске гаранције за друга лица, пракса САД створила је евентуални акредитив (енгл. *stand-by letter of credit*). Овај нови тип инструмента такође садржи апстрактну банкарску новчану обавезу.³⁷ Као и код самосталне банкарске гаранције, корисник је дужан да преда банци писмену изјаву да дужник о доспећу није испунио своју обавезу, чиме се стичу услови за наплату евентуалног акредитива.

Конвенција садржи правила применљива у случају преваре или злоупотребе приликом подношења захтева за исплату. Праћена је Образложењем информативног карактера који садржи одељак о истицању захтева за плаћање преваром или злоупотребом.³⁸ Главна сврха Конвенције је да утврди једнообразност на међународном нивоу у погледу начина на који гарант, односно издавалац, али и суд реагују на наводе о превари или злоупотреби у захтевима за плаћање по самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима. Ово питање је изузетно

35 ЈПГ, чл. 15.

36 Република Србија није потписница Конвенције. Пред домаћим судовима, када је меродавно српско право, потребно је да примена буде изричито наведена у гарантној исправи, односно у исправи евентуалног акредитива (чл. 1 ст. 2). За информације о државама уговорницама вид.: https://treaties.un.org/Pages/UNTSOnline.aspx?id=2&clang=_en, 4. 5. 2023.

37 Вид.: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018, 413; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 537.

38 Образложење секретаријата УНЦИТРАЛ-а уз Конвенцију УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима (*Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фусногама: Образложење), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>, 4. 5. 2023, одељак V тач. с.

проблематично у пракси јер се наводи о превари јављају када дође до спора између налогодавца и корисника у погледу извршења обавезе у валутном односу. Потешкоће настају услед чињенице да гаранти, односно издаваоци и судови на различити начин третирају такве наводе (посебно се разликују европска и америчка судска пракса), што доводи до различитих исхода приликом одлучивања о привременим мерама за одбијање плаћања.³⁹

Када корисник истакне захтев за наплату, он тиме потврђује да не поступа несавесно.⁴⁰ Гарант, односно издавалац има право да одбије плаћање, а налогодавац има право на изрицање судске привремене мере у складу са чл. 20 Конвенције због преваре, у случају да је очигледно и јасно 1) да се ради о документима који нису оригинални или да су фалсификовани; или 2) да плаћање није доспело на основу навода у захтеву и пратећих докумената; или 3) да судећи према типу и сврси посла захтев није основан.⁴¹ По први пут Конвенција садржи различите ситуације у којима захтев није основан, али тражи јаке доказе о њиховом постојању.⁴² Листа није затворена, али је врло значајна за судове јер дефинише тип понашања који доводи до преварног истицања захтева.⁴³ Ситуације које наводи Конвенција представљају изузетак од обавезе плаћања, тачније оне стварају овлашћење гаранта, односно издаваоца да одбије плаћање, али не успостављају такву обавезу. Како се наводи у Образложењу, разлог томе јесте равнотежа између различитих интереса који постоје у послу. Давањем дискреционог овлашћења гаранту, односно издаваоцу, који поступа у доброј вери, Конвенција узима у обзир њихов интерес да очувају поузданост у ове послове, у којима су њихове обавезе самосталне од валутног односа.⁴⁴

Члан 19 Конвенције указује на суштинске елементе преваре. Питање које суд треба да размотри је шта се сматра преваром, и каква она

39 Образложење, одељак V тач. с пара. 45.

40 Конвенција, чл. 15 ст. 3.

41 Конвенција, 19 ст. 1 тач. (а), (б) и (с).

42 М. Kelly-Louw (2010), 107. У чл. 20 ст. 1 Конвенције наводи се да суд може да изрекне привремену меру на основу одмах доступних јаких доказа.

43 Конвенција, чл. 19 ст. 2. Ситуације су следеће: а) случај, односно ризик који је обезбеђен банкарском гаранцијом се без сумње није остварио; б) суд или арбитража су обавезу налогодавца из валутног односа прогласили неважећом, осим ако посао указује на то да такав случај потпада под ризик покривен гаранцијом; в) обавеза из валутног односа је несумњиво уредно испуњена; г) испуњење обавезе у валутном односу је очигледно спречено намерним понашањем корисника; д) у случају захтева код контрагаранције, корисник контрагаранције је поступао несавесно када је платио као гарант/издавалац у послу поводом кога је контрагаранција издата.

44 Образложење, одељак V тач. с пара. 48.

мора да буде да би се применила правила о превари.⁴⁵ Конвенција захтева очигледну и јасну превару, и јаке, одмах доступне доказе за њено постојање. Пошто Конвенција предвиђа само отворену листу радњи које доводе до преваре, судови имају овлашћења да утврђују да ли и друге радње у конкретном случају могу да се подведу под члан 19, што отвара врата различитом поступању у судској пракси. Ипак, судови се морају придржавати постављеног степена очигледне и јасне преваре и јаких, одмах доступних доказа.

Конвенција одступа од начела независности у два правца. С једне стране, даје овлашћења суду да задире у валутни однос, и утврђује да ли је потраживање доспело, односно да ли је судећи према типу и сврси посла захтев основан. С друге стране, захтевајући да корисник не поступа несавесно, Конвенција тражи да захтев за плаћање буде оправдан са становишта валутног односа.⁴⁶ Оваква одступања нису у складу са ЈПГ, према којима је за плаћање довољан захтев корисника у писменој форми, праћен изјавом у чему се састоји повреда обавезе налогодавца. Иако Конвенција изричито прихвата начело независности, када се ради о утврђивању основаности захтева за плаћање, независност валутног односа и односа поводом издавања гаранције или евентуалног акредитива стављена је у други план.

Постоје две ситуације у којима се пред судом може истаћи постојање преваре. Прва је када налогодавац истакне предлог за издавање привремене мере како би спречио гаранта, односно издаваоца да испуни захтев за плаћање корисника, или у случају блокаде претходно исплаћених средстава, у ком случају мора суду да укаже да се *prima facie* ради о превари, као и да непогодност коју налогодавац трпи иде у прилог изрицању привремене мере. Друга ситуација, којом се Конвенција иначе не бави, јесте приговор преваре који истиче налогодавац у регресном поступку који води гарант који је исплатио по захтеву корисника.⁴⁷ Конвенција даје право налогодавцу да захтева привремене судске мере ако постоји велика вероватноћа да је учињена нека од радњи које Конвенција наводи у члану 19, на основу одмах расположивих, јаких доказа. Суд тада може изрећи привремену меру која дејствује тако да корисник не прими било какво плаћање, укључујући и наредбу гаранту, односно издаваоцу да задрже плаћање. Друга могућност односи се на привремену меру блокирања средстава која су кориснику претходно исплаћена.⁴⁸ Суд у сваком случају мора да узме у обзир да ли је у

45 X. Gao (2010), 69.

46 M. Kelly-Louw (2010), 109.

47 A. Davidson, 43.

48 Конвенција, чл. 20 ст. 1 тач. (а) и (б).

одсутству оваквих привремених мера вероватно да ће налогодавац претрпети озбиљну штету. Насупрот томе, као услов изрицања привремене мере, суд може да затражи од налогодавца да положи обезбеђење које суд сматра погодним.

2. Једнообразни трговачки законик САД⁴⁹ и америчка судска пракса

У америчком праву правило о превари развило се кроз судску праксу. У предмету *Old Colony Trust Co v Lawyers' Title Trust and Co*⁵⁰ суд је истакао да „ако издавалац документарног акредитива зна да документ, иако формално уредан, заправо је лажан или незаконит, издавалац не може бити приморан да прихвати такав документ као саобразан условима акредитива.“⁵¹ Ова пресуда представља значајан искорак ка примени правила о превари, јер се оваква одлука суда заснива на постојању лажних докумената за које је суд утврдио да нису саобразни, иако су по спољном изгледу уредни. Међутим, изузетак у овом случају није направљен у односу на начело независности, већ у односу на начело саобразности докумената са акредитивном исправом.⁵²

Значајан утицај на развој правила о превари има предмет *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation*.⁵³ Овај случај се сматра прекретницом у америчком праву и коришћен је приликом кодификације ЈТЗ, верзије из 1962. године, као и основ за наредне предмете у којима је постојала превара код документарних акредитива, како унутар, тако и изван САД.⁵⁴ Суд најпре потврђује начело независности и његов значај, али након тога наводи да је неопходно да се ово начело пренебрегне у случају преваре. „У конкретном случају мора се претпоставити да је продавац намерно повредио своју обавезу да испоручи робу коју је купац наручио. У ситуацији када је продавчева превара била позната банци пре него што су захтев и документа презентована на наплату, начело независности банчине обавезе исплате не може бити примењено тако да заштити несавесног продавца.“⁵⁵

49 Једнообразни трговачки законик САД из 1952. године, последња ревизија из 1995. године (*Uniform Commercial Code*; даље у фуснотама: ЈТЗ).

50 *Old Colony Trust Co v Lawyers' Title Trust and Co* (1924) 297 F. пара. 152.

51 *Ibid.*, пара. 158.

52 Hamed Alavi, *Exceptions to the Principle of Independence in Documentary Letters of Credit*, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy, Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2018, 68.

53 *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

54 H. Alavi, 69–70.

55 *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941), пара. 633.

Правило о превари које данас важи у америчком праву садржано је у Једнообразном трговачком закону и последњи пут измењено је 1995. године.⁵⁶ Поред документарних акредитива примењује се и на евентуалне акредитиве.⁵⁷ Правило се примењује у следећим ситуацијама: 1) када је потребан документ фалсификован; 2) када постоји битна превара на основу потребног документа; или 3) када би хонорисање докумената омогућило битну превару од стране корисника према издаваоцу или налогодавцу. Из наведеног произлази да ЈТЗ изричито прописује да превара мора бити битна да би се применило правило о превари.⁵⁸ Разликовање фалсификованих докумената од постојања битне преваре није увек сасвим јасно, иако се у литератури истиче да ипак постоји одређена разлика.⁵⁹ Званични коментар ЈТЗ појашњава да превара која произлази из документа мора бити битна за стицаоца тог документа или мора бити значајна за учеснике у валутном односу.⁶⁰ Неки судови, додуше, тумаче битну превару као повреду обавезе пажљивог и марљивог поступања, односно поступања у доброј вери.⁶¹ С друге стране, ЈТЗ дозвољава утврђивање битне преваре корисника према налогодавцу, чиме изричито одступа од начела независности валутног односа у односу на посао акредитива.

ЈТЗ одређује три основна елемента преваре успостављена у предмету *Sztejn*, и то: 1) плаћање може бити обустављено ако је у посао документарног акредитива укључена превара; 2) плаћање може бити обустављено само ако је утврђено постојање преваре; 3) плаћање треба да се изврши ако је захтев постављен од стране савесног лица, нпр. лице које је у доброј вери примило и држи документа.⁶² Поред савесног

56 ЈТЗ, чл. 5, одељак 5–109 („Превара и фалсификовање“).

57 Richard E. Flint, „Fraud, Letters of Credit, and the Uniform Commercial Code: It is Time to Untether the Independence Principle“, *Baylor Law Review*, Vol. 71, Nr. 2/2019, 378.

58 M. Kelly-Louw (2022), 12. Степен преваре је битна превара. Иако помиње битну превару, ЈТЗ не дефинише овај појам, те остаје на судској пракси да му да одговарајуће значење у конкретном случају. За појам битне преваре вид. предмет *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

59 *Ibid.*, 14. Ова ауторка као пример даје разлику коју је направио Бајрн (*Byrne*): „Фалсификован документ је онај који није аутентичан. То може бити, на пример, сертификат о контроли који је потписао корисник представљајући се као контролор. Фалсификовање документа доводи до преваре. Међутим, преварни документ је онај који садржи преварне информације. Документ може, независно од тога бити аутентичан.“

60 Вид. Xiang Gao, Ross P. Buckley, „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, Nr. 3/2003, 317.

61 *Ibid.*, 322.

62 X. Gao (2010), 59.

лица које има право на хонорисање докумената, ЈТЗ иде корак даље и предвиђа још три категорије лица на које се не примењује правило о превари.⁶³

Ако је утврђено фалсификовање докумената или битна превара, предвиђене су две могућности. Прва јесте овлашћење издаваоца да поступајући у доброј вери, хонорише или одбије хонорисање докумената, док је друга судска забрана.⁶⁴ Суд има овлашћење да привремено или трајно забрани издаваоцу хонорисање докумената, или може изрећи неку другу одговарајућу меру против издаваоца или других лица.

Узимајући у обзир да ЈТЗ не предвиђа изричито ко може бити учинилац битне преваре, поставља се питање да ли превара мора бити учињена од стране корисника, или и преваре других лица могу довести до примене правила о превари. С једне стране, ЈТЗ помиње битну превару корисника према издаваоцу или налогодавцу, што може довести до закључка да једино битна превара корисника може довести до изрицања судске привремене мере. С друге стране, има аутора који сматрају супротно. Гао (*Gao*) тврди да је корисник једини могући учинилац преваре само у трећем случају који помиње ЈТЗ (када би хонорисање докумената омогућило битну превару од стране корисника према издаваоцу или налогодавцу).⁶⁵ У осталим случајевима правило о превари се примењује независно од тога ко је учинилац (нпр. осигуравач, превозилац, инжењер, архитекта и сл.). Стога, очигледно је да битна превара у потребним документима у америчком праву може бити учињена и од стране других лица, а не само од стране корисника. Осим тога, ЈТЗ ни у једном делу не предвиђа да за примену правила о превари мора бити доказана намера учиниоца, већ се усредсређује на озбиљност последица преваре.

3. Немачко право

У немачком праву документарни акредитив и самостална банкарска гаранција правно се квалификују као обећање испуњења дуга из немачког Грађанског законика.⁶⁶ Првобитна верзија НГЗ садржи термин апстрактно како би се направила разлика од акцесорног обећања дуга какво је јемство.⁶⁷ Стога, немачко право прихвата независност доку-

63 Вид. ЈТЗ, одељак 105–9 (а)(1).

64 ЈТЗ, одељак 105–9 (а)(2), одељак 105–9(б).

65 X. Gao (2002), 116–117; M. Kelly-Louw (2022), 16.

66 J. Nielsen, N. Nielsen, 176, 192. Немачки Грађански законик из 1900. године, са последњим изменама из 2022. године (*Bürgerliches Gesetzbuch* – НГЗ), § 780.

67 *Ibid.*

ментарног акредитива и самосталне банкарске гаранције у односу на валутни однос у коме лежи основ ових послова.

Суштина послова документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције налаже да се сви међусобни спорови између налогодавца и корисника реше између ових лица пред судом. Међутим, ово се не може применити ако је у супротности са основним принципима једног правног система,⁶⁸ а нарочито за превару која је данас у већини правних система препозната и забрањена. У немачком праву као изузетак од начела независности наводи се злоупотреба права, која се заснива на повреди добре вере приликом испуњења обавезе.⁶⁹ Иако је приговор злоупотребе права присутан у упоредном праву, национална законодавства се разликују у потреби доказивања субјективног елемента злоупотребе, намере корисника да преварно наплати акредитивну, односно гаранту своту.⁷⁰ Савезни врховни суд Немачке (нем. *Bundesgerichtshof* – BGH) утврдио је критеријуме по којима банка мора одбити плаћање кориснику у случајевима када корисник формалноправно посматрано има то право, али је такво плаћање са материјалног становишта неоправдано. „Ако је очигледно, неспорно, или се јасно може доказати да се гарантни случај није догодио, упркос томе што су се стекли формални услови за наплату, захтев за плаћање не може бити испуњен услед приговора злоупотребе права. Међутим, овај приговор је ограничен само на случајеве када је злоупотреба формалног положаја корисника свима очигледна. Сви спорови чињеничне или правне природе, када решење није очигледно само по себи, морају се решити након плаћања у евентуалном поступку за повраћај датог.“⁷¹ Терет доказивања злоупотребе корисника је на издаваоцу, односно на налогодавцу. У погледу доказивања намере злоупотребе права, из § 242 НГЗ не произлази да иста мора бити доказана, већ је довољно да је захтев објективно неоснован. Строго правно посматрано налогодавац не мора доказати намеру корисника. Међутим, судска пракса, а и већина немачких правника, признају постојање злоупотребе само ако је корисник очигледно арбитражно, преварно или малициозно поднео захтев за наплату.⁷² Критеријуми које

68 J. Nielsen, N. Nielsen, 204.

69 НГЗ, § 242. Дужник има обавезу да приликом испуњења поступа у доброј вери, у складу са обичајима. За злоупотребу у швајцарском праву вид. Hans Giger, „Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Nr. 1/1987, 38–47.

70 J. Nielsen, N. Nielsen, 204.

71 BGH IX ZR 113/87, 21. 4. 1988.

72 Ernst von Caemmerer, „Bankgarantien im Außenhandeln“, *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages* (Hrsg. Bernhard Aubin, Ernst von Caemmerer), Heidelberg, 1964, 303. Наведено према: J. Nielsen, N. Nielsen, 207.

постављају немачки судови потврђују начело независности и смањују изгледе издаваоца и налогодавца за истицањем приговора злоупотребе права. Овакав приступ судова значајно сужава могућност издаваоца да одбије плаћање. Становиште да издавалац мора да испуни своју обавезу исплате само зато што корисник није био свестан да његов захтев представља очигледну злоупотребу је претерано строго.⁷³ Овакве одлуке судова не узимају у обзир да је корисник који захтева плаћање и презентује документа одговоран за тачност таквих докумената. С друге стране, становиште да су само објективни елементи злоупотребе неопходни је мањинско међу немачким правницима. Неки правници заузимају став да ни у ком случају не треба дозволити кориснику да доказује да нема његове кривице иако су му биле познате чињенице на основу којих је дошло до злоупотребе.⁷⁴ Ипак, строги већински став судова се може ублажити. Објективно становиште уз пребацивање терета доказивања савесности на корисника чини се могућим решењем овог проблема.⁷⁵

4. Српско право

Закон о облигационим односима не садржи посебна правила која би се применила у случају преваре. ЗОО потврђује начело независности акредитива у односу на посао поводом кога је отворен.⁷⁶ Ово начело важи и код самосталне гаранције коју законодавац назива гаранцијом „без приговора“.⁷⁷ Приликом истицања захтева за наплату корисник се мора придржавати начела савесности и поштења, а ЗОО је, као и немачки законодавац, изричито забранио злоупотребу права.⁷⁸ Преварно

73 Најбољи пример оваквог становишта је предмет у енглеској судској пракси *United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada*, UK House of Lords (1983) 1 A.C. 168. Суд је наложио банци да плати, иако је корисник презентовао коносман чији је датум издавања фалсификован. Суд је сматрао да банка има обавезу да плати јер корисник није знао да је коносман антидатиран.

74 J. Nielsen, N. Nielsen, 209.

75 За судске привремене мере које немачки судови могу изрећи у случају злоупотребе банкарске гаранције вид. Werner Blau, Joachim Jedzig, „Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts“, *The International Lawyer*, Vol. 23, Nr. 3/1989, 725–735.

76 ЗОО, чл. 1074.

77 ЗОО, чл. 1087 ст. 1. Ако банкарска гаранција садржи клаузулу „без приговора“, „на први позив“, или сличне речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Више о овом ставу у странијој литератури вид. H. Giger, 400.

78 ЗОО, чл. 12 и 13.

истицање захтева је често, нарочито код самосталних банкарских гаранција, где је довољан писмени захтев корисника, најчешће уз пратећу писану изјаву, па је неопходно успоставити ефикасне инструменте заштите налогодавца, који сноси ризик неосноване наплате.⁷⁹

Најефикаснији инструмент заштите, предвиђен у упоредном праву, које прихвата и српско право јесу судске привремене мере. Оне су предвиђене у досада свим анализираним правилима која уређују злоупотребу, односно превару корисника приликом истицања захтева.⁸⁰ У српском праву привремене мере се дефинишу као мере обезбеђења које суд може одредити пре, у току, или после судског или управног поступка, па док извршење не буде спроведено под условом да извршни поверилац учини вероватним постојање потраживања као и да постоји опасност по потраживање.⁸¹ Слично, Конвенција предвиђа да суд у сваком случају мора узети у обзир вероватноћу да ће налогодавац претрпети озбиљну штету у одсуству привремене мере. И у америчком праву суд мора да узме у обзир да ли ће налогодавац претрпети ненадокнадиву штету без привремене мере.⁸² Међутим, ЗИО предвиђа да извршни поверилац није дужан да докаже опасност по потраживање ако учини вероватним да извршни дужник може због привремене мере претрпети само незнатну штету или да потраживање треба да се испуни у иностранству.⁸³

За разлику од Конвенције која захтева очигледну и јасну превару и јаке, одмах доступне доказе за њено постојање, америчког права

79 Упор. Paula Poretti, Lidija Šimunović, Elizabeta Kovač, „Dopustivost privremenih mjera kod bankarskih garancija na prvi poziv u hrvatskom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2022, 614.

80 У литератури постоје различита схватања преваре. У енглеској се користе појмови превара (енгл. *fraud*), злоупотреба (енгл. *abuse*), и лоша вера (енгл. *bad faith*). Није сасвим јасно да ли се ради о синонимима, али постоји становиште да ако корисник нема право на наплату износа, то представља и злоупотребу и превару. *Ibid.*, 623. Упор. Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, The Hague, 2004, 1. И. Тодоровић, 703. Наравно, корисник мора бити несавестан. Вукмир наводи да се појам *fraud* користи када постоји очигледна превара, док *abuse* представља ситуацију када корисник очигледно нема право на плаћање. Вид. Branko Vukmir, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na prvi poziv“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, posebno izdanje, 2006, 266 fn. 24.

81 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 10/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023, чл. 447 ст. 1 и 449 ст. 1 и 2. За хрватско право вид. P. Poretti, L. Šimunović, E. Kovač, 614. Домаћи судови заузимају став да се привремена мера може изрећи ако извршном повериоцу прети ненадокнадива штета. Вид. пресуду Привредног апелационог суда Пж 142/2017 од 19. 1. 2017.

82 P. Poretti, L. Šimunović, E. Kovač, 619 fn. 49.

83 ЗИО, чл. 449 ст. 5.

које захтева битну превару, и немачке праксе која тражи очигледну, неспорну злоупотребу, која се јасно може доказати, у српском праву није једноставно утврдити неопходни степен преваре за примену привремених мера. ЗОО се не изјашњава о овом питању, остављајући његово решење судској пракси. ЗИО захтева да извршни поверилац учини вероватним своје потраживање. На први поглед изгледа да налогодавац треба да учини вероватним превару. Међутим, код самосталне гаранције превара мора бити очигледна.⁸⁴ Превара је изузетак од начела независности и, узимајући у обзир сврху самосталне гаранције, треба је уско тумачити. Ово одступање треба изузетно примењивати будући да самостална гаранција служи кориснику да брзо и лако наплати гарантни износ у складу са гарантном исправом.⁸⁵ Посматрајући са становишта банке, треба јој признати право да одбије плаћање без штетних последица само ако је толико очигледно постојање преваре, да се то уопште не може доводити у питање. Од банке се не може очекивати да замени улогу суда. Задржавање плаћања на основу постојања индиција о превари, осим што би довело до евентуалног одштетног захтева корисника, значајно би пољуљало поверење клијената банке, јер би такав посао постао непоуздан. Када једном одбије плаћање уз постојање сумње о превари, банка се излаже ризику да јој се клијенти више не обрате ради закључења овог посла. Исти критеријуми се морају применити и у случају поступања пред судом поводом издавања привремених мера. Стога, чини се да је исправно прихватити да превара мора бити јасна, очигледна и да постоје јаки, неспорни докази о њеном постојању. Свако друго становиште одузело би смисао апстрактности овом послу. Недовољно је да налогодавац учини вероватним превару, јер се тиме отварају врата злоупотреби привремене мере. Супротно тумачење svelo би самосталну гаранцију на каузални посао. „У одговору на питање о томе да ли свака превара разара апстрактност (у послу самосталне банкарске гаранције, прим. аут.), чини се да најбољи став даје судска пракса која се не задовољава *prima facie* доказом, већ захтева „јасан“ доказ преваре, злоупотребе права или неоснованог позивања на плаћање.“⁸⁶ С друге стране, има мишљења да код документарног акредитива „за изрицање привремене мере клијент не мора доказима да увери суд у превару, већ је довољно да му је учини вероватном.“⁸⁷ О

84 В. Vukmir, 267; И. Тодоровић, 703.

85 Код самосталне гаранције услов је најчешће писмена изјава корисника са описом у чему се састоји повреда обавезе. Правило прво плати, па се суди задржава свој смисао само ако се доследно примењује. Оно треба да онемогући налогодавца да спречи плаћање увек када у валутном односу постоји спор.

86 М. Васиљевић, 423.

87 Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 533.

овоме се може расправљати. Како је то предвиђено у америчком праву, не треба одвајати ове послове. Услови за изрицање привремене мере требало би да буду исти и за документарни акредитив и за самосталну гаранцију. Разлог томе налази се у гарантној сврси коју корисник налази у документарном акредитиву. Иако то није његова примарна функција, за корисника је од изузетног значаја јер може да се поузда да ће на тај начин намирити своје потраживање из валутног односа. Наведене критеријуме треба применити када је корисник учинилац преваре или је свестан преваре трећег лица, а ипак захтева наплату. Анализирана правила упоредног права указују на то да није значајно порекло преваре, тј. да она може да произлази из односа корисника и издаваоца, али и валутног односа.⁸⁸

IV Закључак

Анализа упоредних и међународних правила показује да је начело независности општеприхваћено код документарног акредитива и самосталне гаранције. Такође, главни изузетак начела независности је преваром истицање захтева за наплату акредитивне, односно гарантне своте. Правила Конвенције, америчког и немачког права су сагласна да превара не мора потицати од корисника, али он у сваком случају мора бити несавестан. Узима се у обзир превара како у валутном односу, тако и односу између издаваоца и корисника. Осим тога, сагласност постоји и у механизмима заштите налогодавца, тј. изрицању судских привремених мера. С друге стране, степен преваре је сличан, при чему Конвенција прописује да превара мора бити очигледна и јасна и да постоје јаки, одмах доступни докази, док америчко право захтева битну превару. Немачко право се ослања на приговор очигледне злоупотребе права. У српском праву треба прихватити становиште очигледне преваре уз јасне доказе о њеном постојању у оба анализирана посла. Недовољно је да налогодавац учини вероватним превару јер је то супротно сврси ових послова. Апстрактност односа издаваоца и корисника најважнији је разлог њиховог закључивања, па када постоји спор у валутном односу, једини разлог за пробијање начела независности мора бити јасна и очигледна превара. Начело савесности и поштења, забране проузроковања штете другоме и забране злоупотребе права налажу да начело независности не може бити изнад преваре. Међутим, како је оно темељ ових послова, привремену меру треба изрећи само када за то постоје јасни и неспорни докази.

88 Упор. В. Vukmir, 267.

Коришћена литература

- Alavi Hamed, *Exceptions to the Principle of Independence in Documentary Letters of Credit*, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy, Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2018.
- Aladwan Zaid, „Legal basis for the fraud exception in letters of credit under English Law“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 30, Nr. 2/2023.
- Bertrams Roeland, *Bank Guarantees in International Trade*, The Hague, 2004.
- Blau Werner, Jedzig Joachim, „Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts“, *The International Lawyer*, Vol. 23, Nr. 3/1989.
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 16. izdanje, Beograd, 2018)
- Von Caemmerer Ernst, „Bankgarantien im Außenhandeln“, *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages* (Hrsg. Bernhard Aubin, Ernst von Caemmerer), Heidelberg, 1964.
- Вукадиновић Радован Д., „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014. (Vukadinović Radovan D., „Doktrina stroge saobraznosti kod dokumentarnog akreditiva i meke klauzule“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2014)
- Вукадиновић Радован, „Документарни акредитив према новој ревизији Једнообразних правила и обичаја из 1993. године“, *Право и привреда*, бр. 9–12/1993. (Vukadinović Radovan, „Dokumentarni akreditiv prema novoj reviziji Jednoobraznih pravila i običaja iz 1993. godine“, *Pravo i privreda*, br. 9–12/1993)
- Vukmir Branko, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na prvi poziv“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, posebno izdanje, 2006.
- Gao Xiang, Buckley Ross P., „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, Nr. 2/2003.
- Gao Xiang, *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*, The Hague, 2002.
- Gao Xiang, „The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Giger Hans, „Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Nr. 1/1987.

- Goode Roy, „Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce“, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 39, Nr. 3, 1995.
- Davidson Alan, „Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)
- Kelly-Louw Michelle, „Beneficiary Fraud and Demand Guarantees“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 25, Nr. 1/2022.
- Kelly-Louw Michelle, „International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Kelly-Louw Michelle, „The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees“, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 49, Nr. 1/2016.
- Nielsen Jens, Nielsen Nicolai, „The German Bank Guarantee: Lesson to Be Drawn from China“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 5, Nr. 2/2014.
- Павићевић Божидар, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Београд, 1990. (Pavićević Božidar, *Bankarska garancija u teoriji i praksi*, Beograd, 1990)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1980. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980)
- Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, друга књига, Београд, 1990. (Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, druga knjiga, Beograd, 1990)
- Poretti Paula, Šimunović Lidija, Kovač Elizabeta, „Dopustivost privremenih mjera kod bankarskih garancija na prvi poziv u hrvatskom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2022.
- Тодоровић Иван, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Todorović Ivan, „Odbijanje plaćanja po garanciji na prvi poziv“, *Pravo i privreda*, 4–6/2018)
- Flint Richard E., „Fraud, letters of credit, and the uniform Commercial code: it is time to untether the independence principle“, *Baylor Law Review*, Vol. 71, Nr. 2/2019.

Marija SPASIĆ, LL.M

**PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Student
Researcher at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia**

INDEPENDENCE PRINCIPLE AND FRAUD IN DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT AND INDEPENDENT BANK GUARANTEE

Summary

This paper analyzes the independence principle and the impact of fraud on the obligation to pay letter of credit or guarantee amount in documentary letter of credit and independent bank guarantee. The independence principle implies that participants in legal relations base their rights and obligations only on facts of the relations in which they find themselves in. The most important exception to independence principle is fraudulent claim for collection. First of all, rules of the ICC and UNCITRAL were discussed. It is necessary to start from rules of these organizations because they adopted the most important autonomous sources of law for these transactions. Then, rules of American and German law are analyzed with the aim of determining the necessary standard of fraud in these legal systems, since this issue is not regulated in detail in Serbian law. Therefore, it is necessary to consider comparative solutions. In the last part, fraud is discussed from Serbian law point of view. In Serbian law, the most important mechanism for protection against fraud are court interim measures which prohibit payment of the letter of credit, i.e. the guarantee amount.

Key words: *Documentary Letter of Credit. – Independent Bank Guarantee. – Principle of Independence. – Fraud. – Judicial Interim Measure.*

Датум пријема рада: 20. 6. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 8. 2023.

UDC: 347.91:347.77(73)

CERIF: S 124, S 144

ARTICLE TYPE: STUDENT PAPER

DOI: 10.55836/PiP_23311A

Nikola DRAGIĆ, LL.M*

LL.M. Candidate at the University of Illinois College of Law, USA

THIRD-PARTY PATENT LITIGATION FINANCING IN THE UNITED STATES: DO YOU KNOW WHO IS SITTING IN YOUR COURTROOM?***

Summary

The goal of this paper is to present the current landscape of third-party litigation financing in the United States—namely, patent disputes, as well as a brief insight into the litigation funding business. In the last ten years, patent litigation brought by patent trolls has increased, creating a significant problem. First, this paper explains the basic rules of federal civil procedure that relate to deciding which court will hear a patent case. Next, this paper discusses the Nimitz case before the United States District Court for the District of Delaware, which gained publicity due to the non-disclosure of certain facts by Nimitz’s counsel to the court. Finally, the author recognizes problems raised after the Nimitz case in connection to third-party litigation financing.

Key words: *Patent Litigation. – Litigation Financing. – Patent Trolls. – United States. – Third-Party Funders.*

* E-mail: ndragic2@illinois.edu.

** Special thanks to Kelley L. Izatt for her help in the preparation of this paper.

I Introduction to Third-Party Litigation Financing

Third-Party Litigation Financing (“TPLF”) is a huge business in the United States. Reports appraise that there was a 207 percent increase in overall litigation funding in the United States between 2012 and 2018—equating to an approximate value of \$13.5 billion today. The litigation funding industry generates billions of dollars each year, and patent cases play a certain role in it. Patent litigation cases are high-dollar cases, with \$2.8 billion of total damages being awarded across sixty-seven cases in 2022.¹ Those litigations are often lengthy and expensive. A recent survey estimated the median cost of litigation through appeal at \$675,000 when less than \$1 million is at stake and \$4 million when at least \$25 million is at stake.² For certain companies, like start-ups, this is a significant burden. However, even corporations with high net profits and revenues engage in TPLF for their cases to diversify risk(s).³ Today, TPLF constitutes about thirty percent of all patent litigation—a conservative estimate.⁴ While TPLF has its merits, there are also concerns about potential abuse and ethical issues.

TPLF is based on the doctrine of champerty. Champerty refers to a relationship that arises when third parties unrelated to a litigation provide material support to litigants in exchange for consideration contingent on the outcome of the litigation.⁵ The most basic champerty scheme occurs when a third party provides material support to a party on the condition that the litigant share with the supporter any of the proceeds won from the litigation. The third-party funder must have no *bona fide* interest in the case—the sole benefit is pecuniary.⁶ The purpose is to allow the plaintiff to bring a lawsuit when he would not otherwise have the resources to do so, which is

1 Lex Machina, Patent Litigation Report 2023, available at: <https://lexmachina.com/media/press/lex-machina-releases-2023-patent-litigation-report/>, 15. 4. 2023.

2 American Intellectual Property Law Association, Report of the Economic Survey (2021), available at: <https://www.aipla.org/detail/journal-issue/2021-report-of-the-economic-survey>, 15. 4. 2023.

3 The world’s largest food distributor, Sysco Corp., engaged in litigation financing with London-based Burford Capital to raise \$140 million for exchange of any winnings from its antitrust cases. See Hannah Albarazi, “When A Litigation Funder Is Accused Of Taking Over The Case”, March 2023, available at: <https://www.law360.com/articles/1584860/when-a-litigation-funder-is-accused-of-taking-over-the-case>, 19. 4. 2023.

4 Jonathan Stroud, “Third-Party Litigation Funding: Disclosure to Courts, Congress, and the Executive”, February 2023, available at: <https://patentlyo.com/patent/2023/02/litigation-disclosure-executive.html>, 16. 4. 2023.

5 See Cornell Law School Legal Information Institute, Champerty, available at: <https://www.law.cornell.edu/wex/champerty#:~:text=The%20most%20basic%20champerty%20scheme,the%20sole%20benefit%20is%20pecuniary>, 19. 4. 2023.

6 *Ibid.*

usual for so-called consumer funding nowadays. Consumer arrangements are between funders and individuals, which may be deemed contingency fee arrangements, which are commonly used in personal injury cases. There is also commercial funding, which is between funders and corporate litigants or law firms (usually small-to-mid-size law firms). The patent TPLF falls into the latter category of funding. A variation is when corporate litigants are incorporated by the funders for litigation, thus being divergent from “pure” commercial funding.

Even though champerty agreements were historically illegal (the early common law did not look at champerty in a propitious manner), such agreements are common today. However, states do not universally welcome the scheme.⁷ Some states characterize it as a risky form of gambling, thus deeming it illegal because it is essentially speculation that violates state law.⁸ Some authors argue that there is something immoral about betting on patent litigation and that it should be outlawed as a form of gambling.⁹ In modern parlance, champerty encompasses TPLF. TPLF is allowed in states such as Arizona, Delaware, California, Texas, New Jersey, and Illinois. Alternatively, Alabama, Colorado, Kentucky, and Pennsylvania have restricted or outlawed TPLF.¹⁰ Therefore, it is distinguishable that TPLF regimes vary between states—some of which offer better opportunities for litigation funding business.

II The Business of TPLF

A TPLF fund operates like any investment fund in the capital market. They have fund managers who are general partners who select lawsuits to invest in.¹¹ The asset in question is a lawsuit, rather than other traditional financial instruments or commodities. The funds are backed by limited partners who provide capital to the fund.¹² TPLF is structured as a complex

7 *Ibid.*

8 Today, in the industry of TPLF there is a high number of fund investment players. However, Ohio’s Supreme Court held in 2003 that “a lawsuit is not an investment vehicle, and that intermeddler is not permitted to gorge upon the fruits of litigation.” *Rancman v. Interim Settlement Funding Corp.*, 99 Ohio St.3d 121 (2003), 6.

9 Paul Taylor, “Disclosing High Roller Bankrolling in the Patent Litigation Casino: The Need to Regulate Third Party Litigation Financing”, May 2022, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4099537, 16. 4. 2023, 4.

10 Korok Ray, “Third-Party Funding of Patent Litigation: Problems and Solutions”, June 2022, available at: <https://ssrn.com/abstract=4125510>, 16. 4. 2023, 3.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

private agreement.¹³ The funder will offer non-recourse funding upfront to cover expenses in exchange for being first in line to recoup that funding from the funds awarded. They also take a hefty percentage—often sixty percent or more of whatever is remaining—although there are no rules governing how much the funder can ask for.¹⁴ Sometimes all fees are paid upfront by the funder. Some pay a continuing level of a fee/contingency split with firms to split risk; some pay the original patent holder upfront; others make all recovery, for all parties in a waterfall, contingent upon settlement.¹⁵ This access to capital markets, in which third parties fund the litigation and in exchange capture some of the upside, allows the plaintiff to shift the risk from himself to a less-risk-averse entity, which consists of a diversified pool of risk-neutral shareholders.¹⁶

Patent TPLF funds generally promise roughly 20 percent internal rates of return to funders year-over-year, or about a 2x to 2.5x return on investment over four or five-year investment cycles.¹⁷ This fits into the most common funding structure, which applies a “Two and Twenty” rule. “Two” means 2% of assets under management and refers to the annual management fee charged by the hedge fund for managing assets. “Twenty” refers to the standard performance or incentive fee of 20% of profits made by the fund above a certain predefined benchmark.

To reiterate, one of the key notions of TPLF is that the third party does not have a non-financial stake in the litigation, so it cannot play any legal role in the lawsuit.¹⁸ However, there are indicia that nearly all TPLFs require[d] oversight and consultation at all key decision points.¹⁹ This practice can raise a claim of champerty or maintenance in the court, therefore funders are putting a lot of effort into the non-disclosure of such agreements. All abovementioned relates to the practice of the funders who should be considered traditional investors. Even though certain courts perceive traditional funders as “gamblers in a patent casino” said quote is more appropriate for the entities that engage in litigation, and financing in general, by exploiting problems with the patent systems.

13 J. Stroud, internet source without page number.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 K. Ray, 3.

17 J. Stroud, internet source without page number.

18 K. Ray, 3.

19 J. Stroud, internet source without page number.

III Non-Practicing Entities, Patent Trolls, and TPLF

The patent system is designed to encourage innovation by giving inventors the exclusive right to their technologies for a limited period of time.²⁰ In the classic model, patent litigation is brought by a company that invented something and sells it in the marketplace against competitors that copy the new technology.²¹

Complex patent landscapes have given rise to some firms that are solely in the business of patent litigation and licensing. These firms are known variously as “nonpracticing entities”, “patent assertion entities”, or “patent trolls”.²² Notably, the terms are not interchangeable.

A nonpracticing entity (“NPE”) is a person or company that acquires patents with no intent to use, further develop, produce, or market the patented invention.²³ Patent assertion entities are typically for-profit firms whose business is asserting patents; any patent assertion entity is also (by definition) a non-practicing entity.²⁴ Therefore, traditional TPLF funds fall into this category and should be distinguishable from “patent trolls”. Patent trolls (pejoratively) are considered nonpracticing entities which focus on aggressively or opportunistically enforcing the patent against alleged infringers.²⁵ Their primary business is collecting money from others that allegedly infringe their patents.

Trolls are a significant feature of the patent system. The patent troll market has grown substantially, engaging in the purchase of patents from small entrants (i.e., secondary patent market) and asserting them in court.²⁶ Patent trolls are not a unitary phenomenon. There are at least three different troll business models, and those models have different effects on the patent system.²⁷

The first model consists of “lottery-ticket” trolls, which is a company that owns a patent and hopes to strike big in court.²⁸ This model is, for the

20 Mark A. Lemley, A. Douglas Melamed, “Missing The Forest For The Trolls”, *Columbia Law Review*, Vol. 113, Nr. 8/2013, 2121.

21 *Ibid.*

22 Jonathan S. Masur, Lisa Larrimore Ouellette, *Patent Law: Cases, Problems, and Materials*, 2nd Edition, 2022, 37.

23 Bryan A. Garner (ed.), “Nonpracticing entity”, *Black’s Law Dictionary*, 11th edition, St. Paul, 2019.

24 J. S. Masur, 37.

25 B. A. Garner.

26 K. Ray, 8.

27 M. A. Lemley, A. D. Melamed, 2120.

28 *Ibid.*

purposes of this paper, irrelevant since the model of functioning in the Nimitz case (*see infra* sec. 5) differentiates from the “lottery-ticket” model as well as the “patent aggregators”. Patent aggregators collect many patents, after which they demand royalties to license the portfolio and threaten to sue those that do not pay.²⁹

The Nimitz case demonstrates a variation of “bottom-feeder” trolls. Bottom-feeders are trolls who are interested in quick, low-value settlements for a variety of patents. They rely on the high cost of patent litigation to induce the parties they sue to settle for small amounts of money rather than pay millions to their lawyers.³⁰ The model can be lucrative because patent holders can sue many defendants on the same patent, forcing multiple settlements, and because there are lots of patents acquired for very little money as long as quality is unimportant.³¹

The bottom-feeder trolls should be considered funders in TPLF, since the newer strategy practiced in recent years shows that they are offering funding to third persons, instead of litigating on their own and under their name. This raises some questions regarding the trustworthiness, candor toward the tribunal and opposing party, and equality between the funder and party that engages in the litigation.

IV Patent Cases Jurisdiction and Venue

One criterion for third-party funders, and trolls to some extent, in deciding whether to fund a certain case is where the case would be tried. United States federal district courts are conferred exclusive *subject matter jurisdiction* over patent law cases based upon the following language: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action arising under any Act of Congress relating to patents, plant variety protection, copyrights, and trademarks”.³² Furthermore, courts must have *personal jurisdiction* over the defendant to hear a case that can be general or specific. To decide whether it has *personal jurisdiction* over the case, the Federal Circuit applies a three-part test: “(1) whether the defendant purposefully directed activities at residents of the forum; (2) whether the claim arises out of or relates to those activities; and (3) whether the assertion of personal jurisdiction is reasonable and fair.”³³

29 *Ibid.*

30 75 percent of cases in the Federal District Court were likely to be settled in a period from 2020–2022. Lex Machina, Patent Litigation Report 2023.

31 M. A. Lemley, A. D. Melamed, 2121.

32 28 U.S.C. Code § 1338(a).

33 *Nuance Communications v. Abby Software House*, 626 F.3d 1222, 1231 (Fed. Cir. 2010).

Further, patent lawsuits must be brought in an appropriate venue: “Any civil action for patent infringement may be brought in the judicial district where the defendant resides, or where the defendant has committed acts of infringement and has a regular and established place of business.”³⁴ This section was interpreted broadly until 2017 and the landmark decision of the Supreme Court in *TC Heartland v. Kraft Foods*. In this case, the Court held: “for purposes of § 1400(b) a domestic corporation ‘resides’ only in its State of incorporation.”³⁵ Additionally, *TC Heartland* points out that the defendant may be sued in the state where it has a regular place of business. In this case, the Supreme Court reversed the practice of lower courts (i.e., the Federal Circuit) that effectively allowed patent holders to sue for infringement in any federal court in the country. This prior practice was a kind of paradise for the plaintiffs and patent trolls. Some districts gained a reputation for their’ court procedures and jury pools to favor plaintiffs. Potential plaintiffs ventured into forum shopping and judge shopping. Forum shopping is the practice of choosing the most favorable jurisdiction or court in which a claim might be heard.³⁶ Judge shopping is the practice of filing several lawsuits asserting the same claims—in a court or a district with multiple judges—with the hope of having one of the lawsuits assigned to a favorable judge and of voluntarily dismissing the others.³⁷ The Eastern District of Texas is significant concerning these occurrences.³⁸ Defendants in this district faced high rewarded damages and the court was accused of being sympathetic to patent plaintiffs. This went so far away that tech giant *Apple* shuttered its only two retail stores in the Eastern District of Texas to avoid being sued in a district where the company has been hit with massive patent verdicts.³⁹

Even though *TC Heartland* addressed the jurisdiction question in a certain manner, as Lemley stated: “[I] don’t think *TC Heartland* spells the end of lawsuits in the Eastern District of Texas, but it will definitely cause a number of cases to move elsewhere. The cases that stay there will be cases

34 28. U.S. Code § 1400(b).

35 *TC Heartland v. Kraft Foods*, 581 U.S. 258 (2017).

36 Bryan A. Garner (ed.), “Forum-shopping”, *Black’s Law Dictionary*, 11th edition, St. Paul, 2019.

37 Bryan A. Garner (ed.), “Judge-shopping”, *Black’s Law Dictionary*, 11th edition, St. Paul, 2019.

38 Some companies spent millions of dollars in contribution to the local community (i.e., potential jurors). For instance, Samsung, Korean tech giant, sponsored scholarships and a winter ice skating rink in front of the courthouse in Marshall, Texas.

39 Ryan Davis, “Apple Shuts Down Stores in EDTX, But Will Other Cos. Follow?”, February 2019, available at: <https://www.law360.com/articles/1131879>, 17. 4. 2023, 1.

against large retailers who have stores in every district.”⁴⁰ This is exactly what followed.

After *TC Heartland*, many patent infringement cases moved from the Eastern District of Texas to the Western District of Texas and the District of Delaware. In 2022, the districts with the most filed patent cases were the Western District of Texas with 867, the District of Delaware with 667, and the Eastern District of Texas with 472.⁴¹ There is a clear decrease in the number of cases filed before the Eastern District of Texas—a direct result of the Supreme Court’s decision in *TC Heartland*.

The Western District of Texas is flooded with patent infringement lawsuits because the city of Austin is situated there. Austin has nearly one million inhabitants and major U.S. business operations. Therefore, the second portion of 28 U.S.C. § 1400(b) applies, and lawsuits may be brought before the federal court in the Western District of Texas. For instance, Judge Albright from the Western District of Texas (Vaco division) heard an astonishing 2,404 patent cases from 2020–2022, which is the highest number of patent cases over a three-year period.⁴² Moreover, Judge Albright created the so-called *rocket-docket* that promotes accelerated trial schedules and quick settlements.⁴³ Judge Albright also elected to eliminate discoveries after the Markman hearings.⁴⁴ Notably, in most of the cases tried in the Western District of Texas, defendants are large, established technology companies and plaintiffs are shell entities created explicitly to enforce and litigate patents.

The answer to why Delaware has such a high number of cases is simple. According to reports, 66.8% of all Fortune 500 companies are incorporated in Delaware.⁴⁵ Further, in 2021, Delaware had more entities incorporated in the state (1,825,050)⁴⁶ than citizens (1,004,807).⁴⁷ Delaware is popular among

40 Larry Downes, “The U.S. Supreme Court is Reining in Patent Trolls, Which is a Win for Innovation”, *Harvard Business Review*, June 2017, available at: <https://hbr.org/2017/06/the-u-s-supreme-court-is-reining-in-patent-trolls-which-is-a-win-for-innovation>, 17. 4. 2023.

41 Lex Machina, Patent Litigation Report 2023.

42 *Ibid.*

43 Judge Albright’s Standing Order Governing Proceedings (OGP) 4.1 – Patent Cases (April 14, 2022) at 3, Appendix A.

44 A hearing at which the court receives evidence and argument concerning the construction to be given to terms in a patent claim at issue. *Markman v. Westview Instruments, Inc.*, 52 F.3d 967, 984–85 (Fed. Cir. 1995) (en banc), aff’d, 517 U.S. 370.

45 Secretary of State, Delaware Division of Corporations: 2021 Annual Report, 2022, available at: <https://corpfiles.delaware.gov/Annual-Reports/Division-of-Corporations-2021-Annual-Report.pdf>, 17. 4. 2023, 1.

46 *Ibid.*

47 United States Census Bureau, Growth in U.S. Population Shows Early Indication of Recovery Amid COVID-19 Pandemic, December 2022, available at: <https://www.census.gov/>

business entities due to its General Corporation Law, which represents the most advanced and flexible business formation statute in the United States, as well as the wide-known Court of Chancery—the most efficient and knowledgeable corporation court in the country.

Therefore, Delaware became one of the largest stages for patent cases in the United States. Delaware patent casino (i.e., court) was a fortunate and easy-win venue for NPEs and patent troll players, however, this recently changed because of one judge.

V Rules Governing TPLF in Delaware

As mentioned, TPLF could raise certain ethical and frivolous conduct implications. To mitigate this, certain rules are applicable, but the TPLF industry is not specifically regulated under United States federal law. There is also no nationwide requirement to disclose litigation funding agreements to courts or opposing parties in federal litigation, however, some courts have required disclosures of funding arrangements in some instances—for example, the United States District Court for the District of Delaware. Additionally, certain local rules regarding professional conduct prohibit potential unlawful engagements.

One of these rules is rule 83.5 of Local Rules of Civil Practice of the United States District Court for the District of Delaware (“Local Rule 83.5”), which stipulates that association with Delaware counsel is required in the case that counsel had been admitted *pro hac vice*⁴⁸ in the case. This is the reason why counsel associates with local counsel in Delaware when representing the clients. There are also certain strategic reasons when choosing which counsel to associate with for litigation in Delaware, but those fall outside the scope of this paper.

Chief Judge Connolly issued the remarkable 80-page memorandum order on November 10, 2022, which directed Nimitz Technologies and its counsel to produce certain records to the court (“Memorandum Order”).⁴⁹ In this Memorandum Order, the judge established a connection between Nimitz Technologies LLC, other shell companies that had appeared in his courtroom, and third-party funders.

[newsroom/press-releases/2022/2022-population-estimates.html](https://www.delo.com/newsroom/press-releases/2022/2022-population-estimates.html), 17. 4. 2023, 6.

48 Pro hac vice is a temporary admission of an out-of-jurisdiction lawyer to practice before a court in a specified case or set of cases. See Bryan A. Garner (ed.), “Pro hac vice”, *Black’s Law Dictionary*, 11th edition, St. Paul, 2019.

49 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, Civ. No 22–413-CFC, Document 23.

To promote transparency, Chief Judge Connolly first issued on April 18, 2022, the standing order regarding third-party funding arrangements (the “Third-Party Funding Disclosure Statement”).

In pertinent part, the Third-Party Funding Disclosure Statement recites:

. . . [W]here a party has made arrangements to receive from a person or entity that is not a party (a “Third-Party Funder”) funding for some or all of the party’s attorney fees and/or expenses to litigate this action on a non-recourse basis in exchange for (1) a financial interest that is contingent upon the results of the litigation or (2) a non-monetary result that is not in the nature of a personal loan, bank loan, or insurance:

1. Within the later of 45 days of this Order or 30 days of the filing of an initial pleading or transfer of the matter to this District, including the removal of a state action, the party receiving such funding shall file a statement (separate from any pleading) containing the following information:
 - a. The identity, address, and, if a legal entity, place of formation of the Third-Party Funder(s);
 - b. Whether any Third-Party Funder’s approval is necessary for litigation or settlement decisions in the action, and if the answer is in the affirmative, the nature of the terms and conditions relating to that approval; and
 - c. A brief description of the nature of the financial interest of the Third-Party Funder(s).

As stated by Judge Connolly, his confidence about the appropriateness of this order is supplementally justified on the survey showing that “[s]ix U.S. Courts of Appeals have local rules which require identifying litigation funders” and that “of the 94 federal district courts in the United States, 24—or roughly 25% of all U.S District Courts—require disclosure of the identity of litigation funders in a civil case.”⁵⁰ The Third-Party Funding Arrangements Order applies to each case that is heard by Chief Judge Connolly.

Next, Federal Rule of Civil Procedure 7.1 requires any “nongovernmental corporate party” to file “with its first appearance, pleading, petition, motion, response, or other request addressed to the court” “a disclosure statement that: (1) identifies any parent corporation and any publicly held corporation owning 10% or more of its stock; or 2) states that there is no such corporation.” (Rule 7.1).⁵¹

⁵⁰ *Ibid.*, 7.

⁵¹ Fed. R. Civ. P. 7.1.

Based on this, Judge Connolly issued another standing order regarding disclosure statements required by Rule 7.1 (“Disclosure Order”). The order required any “party [that] is a nongovernmental joint venture, limited liability corporation, partnership, or limited liability partnership, ... [to] include in its disclosure statement filed pursuant to Federal Rule of Civil Procedure 7.1 the name of every owner, member, and partner of the party, proceeding up the chain of ownership until the name of every individual and corporation with a direct or indirect interest in the party has been identified.”⁵²

Each of these requirements regarding third-party funding disclosures embodies the crux of the cases related to Nimitz Technologies LLC (“Nimitz Technologies”).

VI Candor Toward Tribunal—What is That?

1. *Nimitz* case

Nimitz Technologies filed a total of 11 cases in Delaware between August 30, 2021, and March 30, 2022. Four of these patent cases were assigned to Chief Judge Connolly. The patent asserted in each case was U.S. Patent No. 7,848,328 (“328”) claiming a method of broadcast content encapsulation. The other seven cases filed were voluntarily dismissed by Nimitz between December 2021 and April 2022. The attorney of record in each case was Mr. Pazuniak.⁵³

The remaining cases before Judge Connolly were *Nimitz Technologies LLC v. CNET Media, Inc.*, Civ. No. 21–1247, *Nimitz Technologies LLC v. BuzzFeed, Inc.*, Civ. No. 21–1362, *Nimitz Technologies LLC v. Imagine Learning, Inc.*, Civ. No. 21–1855 and *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, Civ. No. 22–413 (collectively referred to as “*Nimitz*” encompassing other seven settled cases).

To understand the events in *Nimitz*, we must take a brief look at another case before the United States District Court for the District of Delaware heard by Judge Connolly and his findings. On July 13, 2022, an oral argument on a filed motion to dismiss was held in *Longbeam Technologies LLC v. Amazon.com, Inc.*, Civ. No. 21–1559 (“*Amazon*”). At first glance, Judge Connolly did not have any reason to believe that this case was related to *Nimitz*.⁵⁴

52 Colm Connolly, “Standing Order Regarding Disclosure Statements Required By Federal Rule of Civil Procedure 7.1”, April 2022, available at: <https://www.ded.uscourts.gov/sites/ded/files/Standing%20Order%20Regarding%20Disclosure%20Statements.pdf>, 17. 4. 2023, 1.

53 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, Civ. No 22–413-CFC, Document 23.

54 *Ibid.*, 10.

Since Longbeam Technologies LLC (“Longbeam”) failed to comply with the disclosure requirements under Rule 7.1, Chief Judge Connolly pointed that fact out to its counsels. What caught the attention of the judge during a hearing is that neither Longbeam’s counsel, nor Amazon’s counsels, were informed who are the members of Longbeam.⁵⁵

Longbeam filed an Amended Rule 7.1 disclosure statement representing that “its sole owner and only member is Sharon Bullion.” Company asserted in its Amended Third-Party Funding Disclosure Statement that “Longbeam ha[d] not entered into any funding arrangement or agreement for the payment of attorneys’ fees in this case other than, to the extent applicable, its retainer agreement with outside counsel of record, Daignault Lyer LLP.”⁵⁶ Amazon objected to both statements. Moreover, Amazon brought to the surface several things which later turned out to be important for *Nimitz*: (1) Longbeam is an extension of IP Edge by its own administrative filings and public reporting; (2) Longbeam’s correspondence address is an “@ip-edge.com” email address; and (3) IP Edge has an “established practice of the naming of individuals, seemingly with no prior connection to monetization, as managers or members of its various LLCs’ to avoid disclosure of its real interests, in defiance of the purpose of this Court’s standing disclosure orders.”⁵⁷ Notably, the asserted patent in this case was assigned to Longbeam three days before filing the lawsuit and the documents filed with the Patent and Trademark Office (“PTO”) listed linhd@ip-edge.com as the assignee’s email address.

Amazon continued to present the published article (published by RPX Corporation) that identified Mark Hall, Sally Pugal, and Lori LaPray as the managing members of different LLCs that had been assigned IP-Edge-related patents.⁵⁸ Each of the LLCs was “formed just prior” to transfers of patents to the LLCs, after which each LLC “launched a litigation campaign over its received assets.”⁵⁹

In its response to Amazon’s objection, Longbeam did not rebut the allegation that he was “an extension of IP Edge” which engaged in patent litigation campaign(s).

IP Edge is a well-known patent monetization entity. IP EDGE is the most active NPE in the United States as measured by cases filed in 2020 and 2021. Based in Texas, and per publicly available information, it has 241 known

55 *Ibid.*, 11.

56 Civ. No. 21–1559, D.I. 31 at 1.

57 *Ibid.*, 1–2.

58 Civ. No. 21–1559, D.I. 34–1 at 28.

59 *Ibid.*

related entities. This could be one prong that IP Edge is using shell LLCs to operate its TPLF business and to assert patents to achieve financial benefit(s).

It is noteworthy to state, that after Chief Judge Connolly issued two standing orders, the counsel of plaintiffs in certain patent cases filed motions to withdraw. This brings us to another relevant case in the same court.

2. *Missed Call Case*

An attorney who is highly active in Delaware patent litigation is Mr. Jimmy Chong from Chong Law Firm.⁶⁰ Mr. Chong's firm brought 795 patent infringement lawsuits (representing plaintiffs) in the period 2020–2022.⁶¹ On August 25, Judge Connolly started to work on Mr. Chong's motions to withdraw as counsel for Missed Call, LLC in three patent cases: *Missed Call, LLC v. Freshworks, Inc.*, Civ. No. 22–739; *Missed Call, LLC v. Talkdesk, Inc.*, Civ. No. 22–740; and *Missed Call, LLC v. Twilioinc.*, Civ. No. 22–742. (collectively “*Missed Call*”). Like *Longbeam*, Judge Connolly had no reason to believe that the *Missed Call* cases were related in any way to the Nimitz cases.⁶²

In summary, Mr. Chong motioned to withdraw from the *Missed Call* cases since he was “unable to effectively communicate with the client in a manner consistent with good attorney-client relations.” The representation would be continued by out-of-state counsel, William P. Ramey, which imposed immediate issues. Under Local Rule 83.5, Mr. Ramey could not represent the plaintiff without an appearance of Delaware counsel since he had been admitted *pro hac vice* to the court.⁶³

Notwithstanding the abovementioned, Mr. Chong has filed motions to withdraw in 15 patent cases in which he acted as Delaware counsel for an LLC that was also represented by Mr. Ramey. Six cases were assigned to Judge Connolly and in none of the six cases, the plaintiff failed to comply with the Disclosure Order and Third-Party Funding Disclosure Statement.⁶⁴

On September 1, 2022, a hearing was set on the withdrawal motion in *Missed Call*. Both Mr. Chong and Mr. Ramey were required to attend the hearing in person, however, Mr. Ramey disregarded this duty.⁶⁵ Mr.

60 Before 2019, Mr. Chong was unknown in the patent world. Whatsoever, website of The Chong Law Firm markets themselves as a Pennsylvania and Delaware personal injury, wrongful death, and medical practice practitioners, without mentioning patent litigation practice.

61 Lex Machina, Patent Litigation Report 2023.

62 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, 15.

63 *Ibid.*, 16.

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*, 18.

Chong confirmed that Missed Call and other LLCs that he and Mr. Ramey represented failed to comply with the Disclosure Order. Additionally, as the owner of Missed Call, Mr. Chong identified Carlos Gorrichategui.⁶⁶ However, in a disclosure that followed the next day, Neuvo LLC, solely owned by Hernan Percec, was cited as the owner of Missed Call.⁶⁷

Conducting additional research, the judge found in other cases where Mr. Chong was representing plaintiffs, that Lamplight was owned by Sally Pugal, Mellaconic by Hau Bui, and Backertop by Lori LaPray. Do these names sound familiar? Moreover, Chief Judge Connolly found that these cases all had some type of connection to IP Edge, even though none had disclosed third-party arrangements, with more than one of the identified patent owners using linhd@ip-edge.com.⁶⁸ This was the same email address listed in the documents for the assignment of Longbeam's patent asserted in *Amazon*.

Following this, an evidentiary hearing in the *Nimitz*, Mellaconic and Lamplight cases was scheduled for November 4, 2022, in which all LLC owners were directed to be present. What brought attention to the judge was a letter Mr. Chong filed on October 31, in which he stated: "On October 21, I was first advised by Ms. Pugal's representative that she has a health-related issue which now may prevent her from attending the hearing with the Court here in Delaware."⁶⁹ Ms. Pugal did not attend the November 4 hearing. Chief Judge Connolly was curious about who Ms. Pugal's representative is and with whom Mr. Chong signed the retention letter, as well as how he advised Lamplight on obtaining independent legal counsel in connection with the execution of the retainer agreement. Mr. Chong stated that he never talked to Ms. Pugal regarding Lamplight's litigation and that all communication and discussions were conducted with the consulting company Mavexar.⁷⁰

At this point, the judge had certain concerns if Mr. Chong complied with the Rules of Professional Conduct⁷¹ and whether Mavexar was the real party in interest in Lamplight's cases. Similar concerns were raised after representations made by Mr. Pazuniak in *Nimitz* that he was contacted by Linh Dietz, an agent for Nimitz Technologies.⁷² All the communication

66 *Ibid.*, 22.

67 *Ibid.*

68 Dani Kass, "Del. Judge Lists Red Flags To Justify Funding Probe", December 2022, available at: <https://www.law360.com/articles/1554211/del-judge-lists-red-flags-to-justify-funding-probe>, 17. 4. 2023, 3.

69 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, 28.

70 *Ibid.*, 29–31.

71 See American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct* (2022), available at: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_4_communications/, 17. 4. 2023, r. 1.4(b), 1.2.

72 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, 34.

regarding representation was facilitated with Mrs. Dietz, and even the retainer agreement was forwarded to Linh Dietz, to forward to Mark Hall as the principal of Nimitz Technologies and the sole, hundred percent, owner of the entity. Moreover, Mr. Pazuniak was informed of the agreement between Mavexar and Nimitz Technologies. This revealed a connection between Mavexar and IP Edge. According to its public information report filed with the Texas Secretary of State, two of Mavexar's three members were Gautham Bodepudi and Sanjay Pant, who were the managing partners of IP Edge.⁷³

As the owner of Nimitz Technologies, Mr. Hall witnessed that: (1) "he was presented an opportunity by Mavexar" which was brought to him by Linh Dietz over the phone; (2) he acquired ownership of the "328 patent with 'no money exchanged hands from his end'"; (3) he would hold monetary liability if the case did not proceed well; (4) for assuming this liability, he would recover ten percent of the proceeds; (5) there was no communication with IP Edge directly, except through Linh Ditz's email address; and (6) he did not have any involvement in the litigation decisions, nor knowledge of any settlement.⁷⁴

Hau Bui, the owner of Mellaconic, and operator of a food truck and of what he described as a "fried chicken joint" represented similar facts as Mr. Hall.⁷⁵ The only difference was that his share of the litigation or settlements was even less—five percent of the revenue generated. Except for the percentage, *modus operandi* was the same. Chief Judge Connolly stated that it was Mavexar "[w]ho pays for the lawyers to go out and sue people."⁷⁶ According to the presented consulting agreement in Mellaconic case, it was Mavexar that advanced "all costs and expenses relating to the monetization of the patents."⁷⁷ Chief Judge Connolly expressed his concerns with this apparent gamesmanship:

[B]y structuring this litigation the way you have with Mavexar, you've basically put a plaintiff in this court asserting a patent, and the plaintiff has no assets. So, you've immunized, effectively, the plaintiff from the consequences of a frivolous lawsuit, for instance. Mavexar, who's *driving the train*, isn't formally a party, here, so you've insulated it, assuming nobody wanted to look into this.⁷⁸

73 D. Kass, 3.

74 *Nimitz Technologies LLC v. Bloomberg L.P.*, 40–49.

75 *Ibid.*, 49.

76 *Ibid.*, 61.

77 Aakash Patel, "Nimitz Patent Fight Offers Peek Behind NPE Liability Curtain", February 2023, available at: <https://www.law360.com/articles/1574889>, 17. 4. 2023, 4.

78 *Ibid.*

The judge ordered Nimitz to produce documents relating to Mavexar and IP Edge’s involvement in the litigation. Nimitz failed to do so, however simultaneously with omitting the judge’s request filed a petition for a writ of mandamus requesting that the United States Court of Appeals for the Federal Circuit vacate the court’s document production order and direct the district court to terminate its inquisition into Nimitz. The Federal Circuit denied Nimitz Technologies’ petition, noting that Nimitz was not entitled to the “drastic and extraordinary remedy” of the writ of mandamus.⁷⁹ It found Nimitz’s privilege-based arguments unpersuasive because Nimitz Technologies was not required to make any of the documents public and was not otherwise prohibited from asserting privilege.⁸⁰ Nimitz’s petition for rehearing was denied by the Federal Circuit.

Long-awaited answers imposed by Chief Judge Connolly were provided to the court on April 6, 2023. Mr. Pazuniak stated in its filing that he was providing “retention letters and/or agreements” between Nimitz and Pazuniak’s firm, as well as “communications and correspondence” involving Nimitz’s owner Mark Hall, a non-lawyer Nimitz representative named Linh Dietz—described by Chief Judge Connolly as “a logical candidate for the linhd@ip-edge.com email”—as well as a lawyer for other IP Edge companies named Papool Chaudhari of Chaudhari Law PLLC, and a consulting firm that IP Edge uses called Mavexar.”

3. *Nimitz Off-Shot*

Nimitz raises serious questions and ambiguity regarding TPLF disclosure requirements. The first question is who the owner is, i.e., who controls the litigation. Owners of the LLCs were not aware of all case-related matters, and they had no legal interest. Their only interest—was to make money (i.e., a small amount of money considering the percentage of the funds that they would receive). Patent litigation is often highly complex litigation, containing difficult claim language and technological and legal terms that are not easy to understand meaning the owners (like Mr. Bui). Even when they were presented with the prepared case documentation, they would approve and execute them without any in-depth analysis. They were sent to the court like “clay pigeons”. This fact is even more astounding considering Delaware Superior Court’s decision in *Charge Injection Technologies, Inc. v. E.I. DuPont de Nemours & Company* from 2016. The court held that to properly structure litigation finance agreements to avoid claims of champerty and maintenance:

79 Order Denying Petition for Writ of Mandamus at 4, *In re Nimitz Techs. LLC*, No. 2023–103 (Fed. Cir. Dec. 8, 2022).

80 *Ibid.*, 5.

(1) the agreement should not assign ownership of the claims to the financier; (2) the financier should not have any rights to direct or control the litigation; and (3) the plaintiff should retain the unfettered right to settle the litigation at any time and for any amount.⁸¹ In *Nimitz*, it seems that the sole owners of shell LLCs were simple observers in litigation even though they were parties in interest—by the letter of law. This confronts the provision of federal law that stipulates: “an action must be prosecuted in the name of the real party in interest.”⁸² Obviously, owners did not have any control over the litigation, nor knowledge of all case-related matters in their “own” dispute.

Second, the imposed burden of fee payments, if the plaintiff loses the case, is impermissible. This contradicts one of the basic TPLF principles that plaintiffs do not have to repay the funding if their lawsuit is not successful. The takeaway from the witnesses’ testimony in *Missed Call* and *Nimitz* is that they would need to pay all litigation costs and fees if the lawsuit failed. However, as Chief Judge Connolly observed, these plaintiffs had no assets. This raises the question of whether the principle of equal consideration in the agreement was breached, as well as the principle of equity. The answer to this question will be given upon the analysis of documentation presented to the court by Mr. Pazuniak on April 6, 2023.

Third, the counsel’s non-compliance with the judge’s two standing orders, as well as lack of direct communication with the “clients” raises ethical and professional misconduct concerns. Candor towards tribunal is one of the rules prescribed by the lawyer’s professional code of conduct. If the court enters an order, parties ought to comply promptly, which was not the case in *Nimitz*. Furthermore, the appellate court explicitly affirmed that Chief Judge Connolly’s orders were appropriate. Moreover, the defendants do not know who they fight against. The court should also know who has an interest in the case so they can determine if there is a conflict of interest. How can the public have confidence in the court system when the courts do not know who is (actually) sitting in the courtroom?

Fourth, there is a lack of transparency in the TPLF sphere, and it seems that the line between TPLF and patent trolls fades. Patent trolls developed a new model for their business operations and “patent monetization,” which is their “core business”. The solution to distinguish traditional TPLF funders and patent trolls and to bring more transparency to the TPLF landscape is simple. Congress should enact a federal rule that requires all TPLF agreements to be disclosed to the court and opposing party. The said supplements should be made to the rules of the civil procedure since they govern all litigation,

81 *Charge Injection Technologies, Inc. v. E.I. DuPont de Nemours & Company*, No. CV N07C-12-134-JRJ, 2016 WL 937400 (Del. Super. Ct. Mar. 9, 2016).

82 Fed. R. Civ. P. 17(a)(1).

including patent litigation. By this, it would be avoided that counsels invoke the client-attorney privilege and secrecy of the documents to not disclose all TPLF related-matters. Accordingly, there would be no uncertainties, and counsels and courts would be in a better position to determine all parties' interests and who they are.

VII Conclusion

TPLF is not illegal. However, the conduct of certain entities regarding TPLF suggests that the industry operates questionably. Patent trolls are hiding behind other entities and people; however, the current patent system does not possess a means of solving this problem. As some authors argue, patent trolls are not single-handedly the problem—rather, they are a symptom of larger problems within the patent system. Treating the symptom will not solve the problems. Until the new legislation regarding TPLF come into force, we will surely continue to see cases like *Nimitz* in a variety of courtrooms and jurisdictions. Some entities will need to look for their luck in other places. It should not be surprising that *Nimitz* finishes in the Supreme Court. This case will have a huge impact on the TPLF industry and the way how they structure TPLF agreements. TPLF funders and patent trolls will again put all their efforts into not disclosing the facts that relate to their *modus operandi*. Finally, Chief Judge Connolly will surely not allow smooth withdrawals from *Nimitz*. He is going to persistently use all the remedies at his disposal to determine who is sitting in his courtroom, and other judges and courts should follow in his footsteps.

References

- Albarazi Hannah, “When A Litigation Funder Is Accused Of Taking Over The Case”, March 2023, available at: <https://www.law360.com/articles/1584860/when-a-litigation-funder-is-accused-of-taking-over-the-case>, 19. 4. 2023.
- Connolly Colm, “Standing Order Regarding Disclosure Statements Required By Federal Rule of Civil Procedure 7.1”, April 2022, available at: <https://www.ded.uscourts.gov/sites/ded/files/Standing%20Order%20Regarding%20Disclosure%20Statements.pdf>, 17. 4. 2023.
- Davis Ryan, “Apple Shuts Down Stores in EDTX, But Will Other Cos. Follow?”, February 2019, available at: <https://www.law360.com/articles/1131879>, 17. 4. 2023.

- Downes Larry, “The U.S. Supreme Court is Reining in Patent Trolls, Which is a Win for Innovation”, *Harvard Business Review*, June 2017, available at: <https://hbr.org/2017/06/the-u-s-supreme-court-is-reining-in-patent-trolls-which-is-a-win-for-innovation>, 17. 4. 2023.
- Garner Bryan A. (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 11th edition, St. Paul, 2019.
- Kass Dani, “Del. Judge Lists Red Flags To Justify Funding Probe”, December 2022, available at: <https://www.law360.com/articles/1554211/del-judge-lists-red-flags-to-justify-funding-probe>, 17. 4. 2023.
- Lemley Mark A., Melamed A. Douglas, “Missing The Forest For The Trolls”, *Columbia Law Review*, Vol. 113, Nr. 8/2013.
- Masur Jonathan S., Larrimore Ouellette Lisa, *Patent Law: Cases, Problems, and Materials*, 2nd Edition, 2022.
- Patel Aakash, “Nimitz Patent Fight Offers Peek Behind NPE Liability Curtain”, February 2023, available at: <https://www.law360.com/articles/1574889>, 17. 4. 2023.
- Ray Korok, “Third-Party Funding of Patent Litigation: Problems and Solutions”, June 2022, available at: <https://ssrn.com/abstract=4125510>, 16. 4. 2023.
- Stroud Jonathan, “Third-Party Litigation Funding: Disclosure to Courts, Congress, and the Executive”, February 2023, available at: <https://patentlyo.com/patent/2023/02/litigation-disclosure-executive.html>, 16. 4. 2023.
- Taylor Paul, “Disclosing High Roller Bankrolling in the Patent Litigation Casino: The Need to Regulate Third Party Litigation Financing”, May 2022, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4099537, 16. 4. 2023.

Date of receipt of paper: 20. 4. 2023.

Date of correction of paper: 26. 4. 2023.

Date of acceptance of paper: 20. 6. 2023.

УДК: 347.447.72

CERIF: S 130, S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23312A

Иван РАИЧЕВИЋ*

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ТУМАЧЕЊЕ О СУБЈЕКТИВНОЈ ПРИРОДИ ОПШТЕГ ОСНОВА УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ**

Сажетак

Инсцирисан различитим теоријским позицијама са којих су га подучавали професори на предметима облигационо право и трговинско право, као студентиа треће, односно четврте године основних студија, аутор критички анализира аргументацију у прилој субјективној природи општег основа уговорне одговорности и настоји да одговори на питање да ли су њоме откљоњене све дилеме у том питању, односно да ли њена доследна примена до краја подржава закључак о кривици као општем основу уговорне одговорности. У том контексту, аутор не анализира само одредбе Закона о облигационим односима, већ и поједина рјешења из Нацрта Грађанског законика Републике Србије, али и одредбе из Скице за законик о облигацијама и уговорима. Исто тако, у раду се анализирају и одредбе Конвенције УН о међународној продаји робе у контексту примене поменутих аргументације. Након размајрања ставова присујних у правној теорији, аутор закључује да је поменуто тумачење

* Електронска адреса аутора: i.raicevic505@gmail.com.

** Овај рад је награђен одлуком фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2023. годину.

недоследно и засновано на несјабилним, нејоузданим и јравно несјурним шемељима.

Кључне речи: *Уговорна одговорност. – Основ одговорности. – Виша сила. – Случај.*

I Увод

У нашој правној теорији постоје различита схватања о општем основу уговорне одговорности, услед чињенице да га Закон о облигационим односима (Закон), за разлику од основа вануговорне (деликтне) одговорности, изричито не помиње, тј. услед формулације и тумачења члана 263 Закона, који регулише ослобођење од уговорне одговорности.¹ Наиме, дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.² Иако је већинско становиште наших старијих правника да је уговорна одговорност субјективна, заснована на претпостављеној кривици,³ у нашој теорији постоје и аутори који стоје на становишту да она то није, било да сматрају да је заснована на субјективно-објективној концепцији,⁴ било да мисле да је она неспорно објективне природе.⁵ У новијој литератури, присталице субјективне природе уговорне одговорности настоје да обједине аргументацију свих

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 263.

2 ЗОО, чл. 263.

3 Живомир Ђорђевић, „Члан 262“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, 759; Јаков Радишић, *Облигационо јраво*, 12. издање, Ниш, 2018, 204; Слободан Перовић, *Облигационо јраво*, Београд, 1990, 504; Оливер Антић, *Облигационо јраво*, Београд, 2011, 439; Небојша Јовановић, *Увод у соптон law уговорно јраво*, Београд, 2015, 211; Мирко Васиљевић, *Трговинско јраво*, 15. издање, Београд, 2016, 65–66; Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско јраво*, 2. издање, Београд, 2021, 115.

4 Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 647; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 123–126; Слободан Перовић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 595–598;

5 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штећу*, 2. издање, Београд, 2019, 46–64; Милена Ђорђевић, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Harmonius*, 2015, 42–44.

аутора и, примењујући законе правне логике, оспоре свако тумачење којим се уговорна одговорност не квалификује као субјективна.⁶ Треба испитати да ли су у том свом настојању били успешни, те отклонили све дилеме у погледу правне природе уговорне одговорности или су, ипак, својом недоследношћу учинили ово питање још отворенијим. С тим у вези, треба навести неке аргументе присталица субјективне концепције, а који ће бити предмет анализе.

II Тумачење о субјективној одговорности

Прво, околности из члана 263 Закона обухватају не само вишу силу, већ и случај. Према томе, ако се дужник може ослободити уговорне одговорности доказујући случај, његова одговорност је субјективна. Зашто те околности обухватају и случај, а не само вишу силу? Наиме, битна обележја више силе су спољашњост, што значи да околност има порекло ван штетника и његовог понашања, те несавладивост, што значи да је није могао отклонити или избећи. У том смислу се ова одредба из члана 263 пореди са одредбом из члана 177 Закона која прописује ослобођење од одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности, а која се неспорно односи на вишу силу и према којој се ималац ослобађа од одговорности ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налази *ван ствари*, а чије дејство се није могло предвидети, *ни избећи или отклонити*. Дакле, закључује се да је, да би се радило о вишој сили, неопходно постојање околности ван ствари, што значи спољње околности, спољњег узрока. Исто тако, одредба из члана 263 Закона се пореди са одредбом члана 208 Скице за Законик о облигацијама и уговорима⁷ која уређује ослобођење од уговорне одговорности и према којој се дужник ослобађа обавезе да накнади штету, ако докаже да је био спречен да испуни своју обавезу неким случајем *више силе*, или којим другим *сираним узроком* за који не одговара. Дакле, закључује се да је у Скици уговорна одговорност, а пошто се наводи страни (спољњи) узрок, те пошто се дужник може ослободити од одговорности доказујући само вишу силу, објективна. Поређењем ове три одредбе, закључује се да искључиво одредба из члана 263 Закона не предвиђа да ослобађајућа околност мора бити ван ствари, те због тога околности из те одредбе не обухватају само вишу силу, већ и случај, због чега је уговорна одговорност, према Закону, субјективна. Такође, историјским тумачењем се указује и то да, да је законодавац „хтео“ да уговорна одговорност буде

6 Небојша Јовановић, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020, 40–63.

7 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969.

објективна, свакако би у Закону задржао правило из Скице, одређујући да ослобађајући разлог мора да буде „страни узрок“. Пошто то није учињено, закључује се да је „хтео“ да она буде субјективна.⁸ Из свега наведеног произлази да није неопходно да дужник докаже да је штета настала услед више силе, тј. околности која није везана за дужника, његову вољу и активност, већ је довољно да докаже да је штета настала услед случаја, тј. околности у оквиру дужниковог понашања, унутрашње околности која не прекида узрочну везу, већ само уклања кривицу дужника за насталу штету. Најзад, истиче се да је и *непредвидљивост* обележје више силе, а сходно чему члан 177 Закона и предвиђа да је за искључење вануговорне објективне одговорности за штету неопходно да штета потиче од неког узрока чије се дејство није могло предвидети. С друге стране, члан 263 Закона не наводи непредвидљивост приликом уређивања околности којима бива искључена уговорна одговорност. Ова разлика, такође, упућује на то да уговорна одговорност има субјективни, а не објективни карактер.⁹

Друго, дужникова уговорна одговорност ограничена је само на ону коју је он у време закључења уговора морао предвидети као могућу последицу повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. Дакле, његова одговорност ограничена је само на предвидиву штету. Међутим, дужник се не може позивати на ово ограничење одговорности, ако је обавезу повредио тешком кривицом – преварно, намерно или крајњом непажњом – па ће тада одговарати и за непредвидиву штету. Уговорна одговорност је, како се чини, зависна од степена кривице. Наиме, она је ограничена ако је последица обичне непажње, а неограничена ако је последица намере или крајње непажње. Та зависност уговорне одговорности од кривице, прописана у чл. 266 ст. 2 Закона, алудира да је она субјективна.

Треће, члан 264 ст. 4 Закона прописује да дужник одговара за потпуну или делимичну немогућност испуњења *и* ако ту немогућност *није скривио*, ако је наступила после његовог доласка у доцњу за коју одговара. Дакле, ако током дужникове доцње у испуњењу обавезе наступи немогућност њеног испуњења, одговараће (чак) и ако није скривио ту немогућност услед које је поверилац претрпео штету. Обрнуто, закључује се да, ако је немогућност испуњења наступила пре дужниковог доласка у доцњу, он неће одговарати ако је није скривио, тј. одговараће само ако је *крив* за немогућност испуњења. Овакво тумачење, такође, упућује на закључак да уговорна одговорност дужника зависи од тога да ли је крив, тј. да је она, по својој природи, субјективна.

8 Н. Јовановић (2019), 49–50.

9 И. Јанковец, 122.

Четврто, присталице субјективне концепције методом језичког тумачења установљавају разлику између начина ослобођења од уговорне и деликтне одговорности, иако су и једна и друга, у начелу, субјективне природе. Наиме, они тврде да се штетник може ослободити деликтне одговорности тако што ће доказати околност која је узрок штете и да за њу није крив или тако што ће, ако не може да докаже околност која је узрок штете, доказати да је у датим околностима поступао са пажњом која се од њега захтевала. На оба начина штетник обара претпоставку кривице, тиме се ослобађајући од субјективне деликтне одговорности. Њему је довољно да на било који начин ту претпоставку кривице обори, будући да му чл. 154 Закона налаже „само“ да докаже да је штета настала без његове кривице. С друге стране, код уговорне одговорности, која је такође субјективна, дужников доказни терет је већи, будући да се он не може ослободити од одговорности доказујући да је поступао са, у датим околностима, захтеваном пажњом, већ искључиво доказивањем околности која је узрок штете, а за коју није крив, јер је она наступила упоркос уложеној одговарајућој пажњи. Њему није довољно да на било који начин претпоставку кривице обори, будући да му чл. 263 Закона налаже да то може учинити искључиво на један начин – доказивањем околности насталих после закључења уговора, а које није могао спречити, отклонити или избећи. С тим у вези, језичким тумачењем се закључује да су и деликтна и уговорна одговорност субјективне природе, с тим да се дужник уговорне одговорности не може ослободити доказивањем да је уложио пажњу која се од њега захтевала у датим околностима, без доказа за узрока штете, као што то може штетник у деликтној одговорности.¹⁰

Пето, методом систематског тумачења се закључује да, кад би уговорна одговорност, по општем правилу, била објективна, онда би било бесмислено да законодавац код посебних уговора понавља да је уговорна одговорност у сваком поједином случају објективна, кад се то већ подразумева према општем правилу о њеном основу. Управо зато што се ради о различитим посебним основима уговорне одговорности у односу на њен општи основ, треба закључити да је она, по општем правилу, субјективна. С тим у вези, наводи се одговорност дужника за манљиво испуњење обавезе, будући да тад одговора без обзира на то да ли је за недостатке знао, следствено чему је његова одговорност објективна. Такође, наводе се и одговорност складиштара за штету на роби коју је примио на чување, одговорност угоститеља за донете ствари госта, одговорност превозиоца за губитак или оштећење пошиљке, те за смрт, болест и повреду путника које наступе током превоза. У свим тим појединим случајевима уговорна одговорност је објективна.

10 Н. Јовановић (2019), 55–57.

Све то води закључку да законодавац није узалуд понављао правила о општем основу уговорне одговорности, већ је настојао да у појединим врстама именованих уговора посебан основ одговорности разликује од општег.¹¹ Дакле, пошто је законодавац уредио посебне основе одговорности, према којима је она у појединим случајевима објективна, а пошто нема смисла да изнова наглашава оно што је већ прописао у општем правилу, закључује се да је општи основ уговорне одговорности кривица, тј. да је она, према општем правилу, субјективна. Најзад, присталице субјективне одговорности се ограђују на позитивноправна правила о основу уговорне одговорности, при чему не тврде да би уговорна одговорност требало да буде субјективна, односно да је такво решење оправдано или целисходно. Дакле, не указују да је субјективна природа уговорне одговорности боља или лошија од објективне природе, будући да је то питање за филозофију права, те правну и економску политику.¹²

III Критички осврт на тумачење о субјективној одговорности

1. Критички осврт на први аргумент

Доследном применом аргумента који се тиче битних обележја више силе, а који нису садржани у члану 263 Закона, закључили бисмо да се свака друга законска формулација, у којој су такве околности на исти начин интерпретиране (као и у члану 263 Закона), реферише не само на вишу силу, већ и на случај. Међутим, без претјеране анализе законских одредаба долазимо до супротног закључка. Најпре, одговорност *ујосійишеља* искључена је ако су ствари пропале или оштећене услед *околности које се нису могле избећи или оїкционији*, услед неког узрока у самој ствари, ако су нестале или оштећене понашањем самог госта, или понашањем лица које је он довео или која су му дошла у посету.¹³ Затим, *складишијар* одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована услед *околности које се нису могле избећи или оїкционији* или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.¹⁴ Ипак, владајуће је мишљење у правној теорији, а то значи и међу присталицама кривице као општег основа уговорне одговорности, да су одговорност складиштара и одговорност угоститеља објективне природе,

11 *Ibid.*, 50–54.

12 *Ibid.*, 61.

13 ЗОО, чл. 724 ст. 2.

14 ЗОО, чл. 731.

односно да у наведеним одредбама поменуте околности представљају искључиво вишу силу.¹⁵ Дакле, чини се да није неопходно да околности у Закону буду интерпретиране тако да су у њима недвосмислено видљива сва обележја више силе, будући да овим формулацијама услова за ослобођење од одговорности није испуњен тзв. захтев „вањкости догађаја“, а који се наводи као један од кључних разлога због којег је уговорна одговорност, по општем правилу, субјективна. Штавише, ослобађајуће околности су формулисане на исти начин као и околности из члана 263 Закона, који прописује опште правило о ослобођењу дужника од одговорности. Такође, присталице субјективне концепције уговорне одговорности недоследно примењују метод историјског тумачења (мада ће о томе више бити речи у каснијем делу рада). Заправо, у оваквим теоријским околностима и на овај начин, домен позивања на метод историјског тумачења се може протезати до бесмисла, због чега се није поуздано на њега ослонити.¹⁶ Наиме, систем уговорне одговорности се у нашим старим правним изворима заснивао на кривици, при чему је кривица изричито била наведена као основ, тј. било је експлицитно наглашено да је за наступање дужникове одговорности неопходна његова кривица.¹⁷ С тим у вези, далекосежном применом метода историјског тумачења, могли бисмо рећи да, да је законодавац „хтео“ да уговорна одговорност буде субјективна, изричито би навео кривицу као основ, будући да су му неспорно били познати наши ранији правни извори. Пошто то није учинио, закључује се да је „хтео“ да буде објективна или бар да није „хтео“ да буде искључиво субјективна. Исто тако, законодавцу је било познато и како је Михаило Константиновић у Скици интерпретирао ослобађајуће околности које представљају случај. Тако је, примера ради, у члану 747 Скице прописано: „Ова одговорност је искључена ако су ствари пропале или оштећене услед *случаја* или неког другог узрока у самој ствари...“ Дакле, да је законодавац „хтео“ да околности из члана 263 представљају случај, учинио би то на начин као што је то урађено у Скици. Пошто то није учинио, закључује се да није „хтео“ да уговорна одговорност буде субјективна, односно да није „хтео“ да поменуте околности представљају случај. Иако тренутно делује банално и неозбиљно, у духу самог тумачења, ова критика ће бити продубљена и учвршћена касније, у контексту складиштареве одговорности, а нарочито у контексту неких решења предложених Нацртом Грађанског законика. Непостојање непредвидљивости као обележја више силе међу

15 М. Васиљевић, 169; Н. Јовановић (2019), 53–54.

16 Незахвалност и непоузданост примене метода историјског тумачења на овај начин кулминираће у закључку рада.

17 Тако је, примера ради, према § 801 Српског грађанског законика било прописано да се обавезе на накнаду штете неко може ослободити само ако докаже да се штета није десила његовом кривицом, него случајно.

обележјима околности дефинисаних у члану 263 Закона истичу присталице субјективне концепције, што такође упућује на закључак чији су они заговорници. Међутим, у правној теорији се ипак истиче да, ако се признаје накнада само до оне границе до које дужник мора предвидети штету,¹⁸ онда је у томе садржан и став да дужник не може одговарати ако штету није могао предвидети, те да због тога непредвидљивост није наведена као обележје у члану 263 Закона.¹⁹ Присталице субјективне одговорности указују да се у члану 177 Закона, који се неспорно односи на вишу силу, вероватно ради о омашци законодавца. Наиме, они указују на то да та одредба, уместо везника „ни“, треба (да се тумачи тако) да садржи везник „или“, како је то и урађено у Скици,²⁰ те да се односи на околности чије се дејство није могло предвидети или се није могло избећи или отклонити, а не на околности чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити, будући да је престрого да дужник одговара за предвидиву, а несавладиву вишу силу.²¹ Такође, у правној теорији се истиче да разликовање случаја и више силе као основа за ослобођење од одговорности није доследно спроведено нити прихваћено од свих аутора, те не може послужити као аргумент за овакво тумачење.²² Према једном схватању, случај је такав догађај који бисмо, да смо га предвидели, могли спречити, наспрам више силе где се ради о догађају који, да смо га предвидели, не бисмо могли спречити.²³ Према другом схватању, случај се схвата као догађај који се могао предвидети, али чије се последице нису могле отклонити, а виша сила се сматра непредвидивим догађајем чије се последице такође нису могле

18 ЗОО, чл. 266 ст. 1.

19 Стојан Цигој, *Улога каузе у асијектима накнаде уговорне штете: Уговори у међународној правини*, I том, Београд, 1987, 50.

20 М. Константиновић, чл. 137 ст. 1.

21 Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 207; Кад би се прихватио такав закључак присталица субјективне концепције, строго језичким тумачењем бисмо дошли до закључка да ће онај мали број околности које се нису могле предвидети, али се јесу могле отклонити (будући да се непредвидљивост и несавладивост захтевају алтернативно), ослободити дужника од објективне (начелно строже) одговорности, али не и од уговорне (наводно субјективне и начелно блаже) одговорности. Такође, треба рећи да се у члану 177 Закона захтева непредвидљивост дејстава описаних околности. С тим у вези, наступање самих околности може бити предвиђено, а да дужник не одговара. Дакле, иако су захтеви несавладивости и непредвидљивости дејстава постављени кумулативно, дужник неће одговарати за предвидиву вишу силу, као што се то истиче у замерци, ако су њена дејства била непредвидива (нпр. не могу се предвидети последице, односно дејства олујног невремена које се може предвидети).

22 М. Ђорђевић, 38.

23 Martin Vedriš, Petar Klarić, *Грађанско право, опћи дио, стварно право, обвезно и насљедно право*, Zagreb, 2004, 572; нав. према: М. Ђорђевић, 38 фн. 27.

отклонити.²⁴ Према трећем схватању, виша сила је само један од појавних облика случаја. Неки истичу да је случај, за разлику од више силе, околност чије се дејство, по правилу, може и предвидети и спречити или избећи.²⁵ Неки аутори истичу да је јако мало оних околности које могу спречити извршење уговора, а које у тренутку закључења уговора није било могуће предвидети.²⁶ Дакле, из тога произлази да испуњење уговора осујећују најпре оне околности које је могуће предвидети. С друге стране, неки аутори истичу да се догађаји, који се могу предвидети, по правилу, могу и отклонити.²⁷ Из тога произлази да испуњење уговора осујећују најпре оне околности које није могуће предвидети. Такође, истиче се да ако се околности нису могле отклонити, ирелевантно је да ли су се могле предвидети.²⁸ Из тога произлази да је (не)предвидивост као обележје по којем се чл. 263 разликује од нпр. чл. 177, због чега се околности из члана 263 не могу стумачити као виша сила, ирелевантан, те да је такав аргумент, заправо, беспредметан. У сваком случају, ма шта да се закључи у вези са непредвидљивошћу, у правној теорији се наводи да појам (не)предвидљивости догађаја изгледа у данашње доба неадекватно и звучи као превазиђени остатак прошлости.²⁹ Најзад, присталице субјективне концепције у прилог свом схватању наводе и одлуку Врховног касационог суда који је изричито нагласио да се не захтева да околности из члана 263 Закона имају карактер више силе:

„ЗОО не тражи да те околности имају карактер више силе. Околности само морају бити објективне природе. [...] Одредба члана 263 ЗОО првенствено подразумева објективне околности које су спречиле дужника да испуни своју уговорну обавезу, тј. околности које дужник није изазвао својим понашањем, него

24 Љубиша Милошевић, „Ослобођење (искључење или ограничење) од одговорности због неизвршења или неуредног извршења уговора о купопродаји робе у спољној трговини“, *Куйојродаја робе у сјољној трговини* (ур. Владимир Капор), Нови Сад, 1972, 226; М. Ђорђевић, 38 фн. 27.

25 М. Мишковић, 207.

26 И. Јанковец, 122.

27 Мирко Васиљевић, *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1987, 113.

28 *Ibid.*; Аутор који замера законодавцу кумулативно захтевање непредвидљивости и несавладивости, тврдећи да се ради о омашци, те да је исправно да се непредвидљивост и несавладивост алтернативно захтевају (са везником „или“, уместо „ни“), понавља став да је ирелевантно да ли се околности могу предвидети, ако се не могу отклонити (вид. М. Мишковић, 207). Ипак, кад би се удовољило њиховој идеји (о алтернативном захтевању поменутих обележја), чини се да би дужнику било довољно да докаже једно од наведених обележја, а то значи и само непредвидљивост.

29 Врлета Круљ, *Промене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967, 111.

су наступиле мимо његове воље и *мимо њејовој деловања* [...] У конкретном случају тужени се не би могао сматрати *несавесним* дужником, јер његово непоступање по обавези из уговора није последица његовог вољног нечињења, већ је реч о нечињењу као резултату одређеног притиска и изазивања страха код туженог.³⁰

Међутим, разграничавајући вишу силу од случаја, те инсистирајући на томе да формулација из члана 263 Закона не испуњава тзв. захтев „вањскости догађаја“, они наводе да је виша сила такав догађај који нема никакве везе са непосредном активношћу дужника, док случај потиче из узрока везаних за његово деловање, тј. унутрашњих околности у оквиру дужниковог понашања.³¹ Дакле, виша сила подразумева узрок који треба да буде спољан, да долази од споља као околност која није везана за субјекта, његову вољу и активност.³² Чини се да околности које суд описује, иако наглашава да не морају да имају карактер више силе, ипак пре имају њена обележја, неголи обележја случаја. Ово стога што се захтева да су околности наступиле мимо дужникове воље и *мимо њејовој деловања*, а што је у колизији са заговараним обележјима случаја. Такође, из последње реченице цитиране судске аргументације, закључили бисмо да ослобођење од одговорности за неиспуњење обавезе произлази из тога што на дужничкој страни није било несавесног поступања. Међутим, без обзира на то да ли се околности из члана 263 Закона тумаче као виша сила или као случај, у оба случаја чињеница да дужник није поступао несавесно, односно да је поступао са захтеваном пажњом, није довољна, сама по себи, за његово ослобођење од уговорне одговорности (дакле, чак и кад би се прихватила субјективна концепција, несавесност дужника у поступању, тј. непоступање са одговарајућом пажњом би било ирелевантно). Ако узмемо у обзир да се на исти начин Законом дефинисане околности у једном случају тумаче искључиво као виша сила, а у другом и као случај, а да се то правда омашком законодавца, да историјско тумачење, на овај начин и у овој мери, није поуздано, да се и у самој дефиницији више силе из члана 177 указује на законодавчеву омашку у погледу кумулативног, односно алтернативног захтевања непредвидљивости и несавладивости као обележја више силе, да различити аутори разлику између више силе и случаја различито схватају, те да ни одлука суда на коју се позивају не подржава до краја њихово становиште, штавише долазимо до закључка

30 Пресуда Врховног касационог суда Прев. 173/2011.

31 Н. Јовановић (2019), 49.

32 *Ibid.*; исто вид. Тодор Ачански, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској љрава и љрава удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), II том, Београд, 1978, 734.

о климавости првог од аргумената који су предмет овог критичког осврта, а који ће додатно бити критикован у даљем делу рада, нарочито у контексту Бечке конвенције, Нацрта Грађанског законика Републике Србије, али и у закључку.

2. Критички осврт на други аргумент

Присталице субјективне концепције указују на то да је уговорна одговорност заснована на кривици, на шта указује и чињеница да је степен кривице релевантан приликом одмеравања висине накнаде штете. С друге стране, ипак, у правној теорији се истиче да законодавац, иако прописује да дужник дугује накнаду у већем обиму онда када је степен кривице већи, не условљава само *постојање* уговорне одговорности постојањем кривице. Дакле, постојање квалификованог облика кривице дужника значајно је за обим његове одговорности, а не за њено постојање. Међутим, присталице субјективне концепције истрајне су у томе да овакво тумачење нема утемељења у логици, те да је бесмислено да дужник у редовним околностима одговара и кад није крив, а да у случају тешке кривице одговара субјективно поштрено.³³ Тиме показују да занемарују чињеницу да се степен кривице не везује за постојање одговорности, већ за висину накнаде штете. С тим у вези, дужник ће одговарати и када није крив – ограничено. Дакле, ограничене се одговорности не може ослободити доказивањем да није крив. А ако *поверилац* докаже и квалификовани облик кривице – *обим* одговорности се повећава. Чињеница да одговара *субјективно поштрено*, како то наводе присталице субјективне концепције, ипак не значи да се дужник доказивањем непостојања кривице може ослободити уговорне одговорности. Он одговара свакако, без обзира на то да ли је крив, а ако поверилац докаже квалификовани облик кривице, дужник онда дугује већу накнаду. Чини се ипак логички утемељеним да дужник одговара за повреду уговора, без обзира на то да ли је крив, али и ограничено на предвидиву штету, а да се, ако му се уз то може приписати и тешка кривица, санкционише дуговањем потпуне накнаде. Уосталом, и у страним правима у којима је уговорна одговорност неспорно објективне природе (чак и за присталице субјективне природе уговорне одговорности у праву РС) постоји ограничење одговорности на штету коју је дужник морао предвидети, при чему се он на такво ограничење не може позивати ако је поступао грубо непажљиво или намерно.³⁴ Дакле, чини се

33 Маша Мишковић, „Уговорна одговорност складиштара“, *Право и привреда*, бр. 2/2020, 229.

34 Према члану 1150 француског Грађанског законика (*Code Civil*), дужник одговара само за штету која је била предвидљива или која се могла предвидети у време

да зависност обима одговорности (не и постојања) од степена кривице дужника не представља препреку да се она квалификује као објективна. Међутим, у светлу евентуалног прихватања аргумента присталица субјективне концепције, довољно је дотаћи се одредбе која регулише складиштареву одговорност. Наиме, накнада штете коју је складиштар дужан платити због пропасти, умањења или оштећења робе за време од њеног пријема до предаје, не може прећи стварну вредност робе, осим ако је штету проузроковао *намерно или крајњом непажњом*.³⁵ Како се види, одговорност складиштара је ограничена, а обим његове одговорности је, такође, везан за степен његове кривице. Доследном применом овог другог аргумента, закључили бисмо и да одговорност складиштара утолико мора бити субјективна. Није на одмет подсетити да на такав закључак упућује и доследна примена првог аргумента, који се тиче језичког тумачења обележја ослобађајућих околности. Ипак, већинско становиште међу присталицама субјективне концепције је да је одговорност складиштара објективне природе, вероватно са жељом да се у питање не доведе конзистентност петог аргумента, која је ипак већ дискутабилна, а о којој ће се детаљније говорити у каснијем делу рада. Дакле, сам аргумент делује доста неуверљиво, а и кад би се прихватио, довео би присталице субјективне одговорности у раскорак у односу тумачење о природи одговорности код посебних уговора, као што је нпр. одговорност складиштара. И код других уговора постоји ограничена одговорност, с тим да се дужник тим ограничењем не може користити ако је штету проузроковао *намерно или крајњом непажњом*. Примера ради, у случају губитка или оштећења пошилике у којој су се налазиле драгоцености, хартије од вредности или друге скупocene ствари, превозилац је дужан накнадити тако насталу штету само ако је приликом предаје ствари био обавештен о природи тих ствари и њиховој вредности, или ако је штету проузроковао *намерно или кајњом непажњом*.³⁶ Потом, угоститељ одговара у погледу ствари које су гости донели само до одређеног износа, премда дугује потпуну накнаду ако му је гост предао ствар на чување, као и ако је штета настала *његовом кривицом или кривицом лица за које он одговара*.³⁷ Најзад, у свим врстама превоза прописом је на одређени износ ограничена одговорност превозиоца за штету коју је проузроковао губитком или оштећењем робе током превоза.

закључења уговора, осим у случајевима кад намерно није испунио обавезу. Упркос тој зависности ограничења уговорне одговорности од кривице, владајуће је становиште да је уговорна одговорност, према француском праву (упркос екстензивном схватању више силе), објективна.

35 ЗОО, чл. 733.

36 ЗОО, чл. 672 ст. 1.

37 ЗОО, чл. 724 ст. 3.

Чини се, дакле, да зависност висине накнаде штете од степена кривице не опредељује основ уговорне одговорности. Због тога није најсрећнији наведени аргумент да би нелогично законско решење било да дужник у редовним околностима одговара и кад није крив, а да у случају тешке кривице одговара субјективно поштрено.

3. Критички осврт на трећи аргумент

Присталице субјективне концепције указују да се, без обзира на тумачење проблематике о обележјима околности из члана 263 Закона, субјективна одговорност „крије“ у члану 262 став 4 Закона, из разлога наведених у ранијем делу рада, унутар трећег аргумента у прилог субјективној природи уговорне одговорности.³⁸ Међутим, у правној теорији се истиче да присталице субјективне природе уговорне одговорности мешају накнадну нескривљену немогућност испуњења обавезе, као разлог престанка обавезе, са разлогом искључења уговорне одговорности, односно разлогом ослобођења дужника од одговорности за штету.³⁹ Повод за то им даје законодавац, који је поменуто правило сместио међу одредбе о одговорности за штету од неиспуњења односно задоцњења, тиме пропустивши да испоштује разлику између повреде обавезе, с једне, и немогућности испуњења обавезе, с друге стране, а што је један од начина да обавеза престане по сили закона, искључујући тако могућност да дужник одговара за њено неиспуњење.⁴⁰ Истиче се да је у питању немогућност испуњења из члана 354 Закона, према којем обавеза дужника престаје кад њено испуњење постане немогуће услед околности због којих он не одговара. Како је већ речено, чињеницом да је обавеза престала искључује се питање одговорности за последице неиспуњења. Питање одговорности се поставља онда када је дужник одговоран за немогућност испуњења, будући да му обавеза тада неће престати (а постојање обавезе је услов одговорности за неиспуњење или задоцњење), те ће он бити обавезан да је изврши. Пошто он то неће учинити, управо због немогућности испуњења (за коју одговара), поставиће се питање његове обавезе накнаде штете због неиспуњења. У том случају облигациони однос између дужника и повериоца неће престати, будући да је постојећа обавеза опстала, с тим да се она, управо због немогућности испуњења (за коју дужник одговара, јер да не одговара – она би престала), претвара у обавезу накнаде штете због неиспуњења, као секундарну обавезу. Дакле, у цитираном правилу, на које се позивају присталице субјективне концепције, али и које је

38 М. Мишковић (2015), 206; Н. Јовановић (2019), 44.

39 М. Караникић Мирић, 60–62.

40 *Ibid.*

највише допринело постојању субјективног аспекта међу присталица-ма мешовите (субјективно-објективне) природе уговорне одговорности, се ради о кривици за околности због којих је испуњење обавезе постало немогуће, а не о кривици за неиспуњење постојеће обавезе. С тим у вези, упућује се критика законодавцу што није до краја спровео поменуто разликовање, насупрот Скици у којој Константиновић не помиње немогућност испуњења у одредбама које се односе на право на накнаду штете проузроковане повредом уговорне или какве друге обавезе (чл. 206–214 Скице).⁴¹

4. Критички осврт на четврти аргумент

Четврти аргумент указује на то да је код уговорне одговорности, која је такође субјективна (као и вануговорна, што је неспорно), дужников доказни терет већи, будући да се он не може ослободити од одговорности доказујући да је поступао са, у датим околностима, захтеваном пажњом, већ искључиво доказивањем околности која је узрок штете, а за коју није крив, јер је она наступила упркос уложеној одговарајућој пажњи. Та се околност, а како је објашњено у првом аргументу у прилог субјективне природе уговорне одговорности, не односи на вишу силу, већ и на случај, као околност којом се искључује кривица. Као и у вези са претходним аргументима, треба видети да ли се присталице субјективне концепције уговорне одговорности конзистентно придржавају и овог аргумента. Наиме, неке присталице субјективне природе уговорне одговорности, тврдећи да је складиштарева одговорност објективна, указују на правило из Закона о јавним складиштима Краљевине Југославије из 1930. године, према којем јавно складиште одговара за сву штету која настане услед тога што у складишном пословању није поступало *марљивошћу уредног трговца*.⁴² Дакле, неспорно је да се радило о субјективној одговорности, будући да на то јасно указује пажња која се од складиштара захтевала приликом чувања робе – марљивост уредног трговца, односно пажња доброг привредника. Из тога се закључује да, да је законодавац „хтео“ да одговорност складиштара буде субјективна, задржао би законско правило из доба Краљевине, будући да му је било познато. Пошто то није учинио, законодавац је „хтео“ да одговорност складиштара буде објективна.⁴³ Доследна примена овог тумачења значила би да је свака одговорност, које се није могуће ослободити доказивањем дужне пажње, објективна.

41 *Ibid.*

42 Закон о јавним складиштима Краљевине Југославије – Закон о јавним складиштима, *Службене новине*, бр. 200/1930, пара. 22.

43 Н. Јовановић (2019), 54 фн. 33.

Па ипак, управо такав закључак је онај који се демантује језичким тумачењем унутар четвртог од аргумената који су предмет анализе (видети: II Тумачење о субјективној одговорности). Раније наведена формулација одредбе из члана 731 ст. 1 Закона,⁴⁴ којом се уређује складишарева одговорност за штету на роби, у потпуности је уподобљена с поменутиим четвртим аргументом. Наиме, будући да је формулација слична као она у члану 263 Закона, прихватањем и доследном применом оваквих аргумената, могли бисмо закључити (у контексту покушаја прихватања субјективне концепције) да се складиштар од одговорности не ослобађа доказивањем дужне пажње (што не чини ову одговорност нужно објективном), већ доказивањем околности која је узрок штете и за коју није крив, односно околности која се није могла избећи или отклонити. Дакле, управо онако како се то указује и у односу на општи основ уговорне одговорности. Штавише, ако тумачимо како су интерпретиране ослобађајуће околности у тој одредби из члана 731 ст. 1 Закона, примећује се да је то исто као и у члану 263 Закона којим се уређује општи основ уговорне одговорности. Такође, обим складиштареве одговорности, према одредби из члана 733 Закона, зависи од степена његове кривице. Дакле, како се види, правила о одговорности складиштара сагласна су са првим, другим и четвртим аргументом који се наводе у прилог субјективној природи уговорне одговорности, према општем правилу. Па ипак, присталице субјективне природе уговорне одговорности већински схватају складиштареву одговорност као објективну, занемарујући аргументе које су користили у прилог субјективној природи општег основа уговорне одговорности. То нас упућује на закључак о недоследности. Заправо, о томе колико је стабилно историјско тумачење које се примењује у овом контексту говори и то да се исто формулисане околности (у чл. 731 и чл. 263 Закона) тумаче различито и то на крилима историјског тумачења, упркос томе што ранији прописи који регулишу складиштареву одговорност предвиђају несумњиво субјективну (закон из 1930. године), а ранији прописи који регулишу општи основ несумњиво објективну одговорност (Скица) – дакле, као да се основ одговорности у каснијем пропису, у случају да он ма на који начин (макар и само речима, не и суштински и значењски) одступа од ранијег прописа, нужно мора тумачити супротно од основа који је садржан у ранијем пропису.⁴⁵ Све и да је тако, такав аргумент (који почива на историјском тумачењу) у колизији је са свим осталим аргументима којима се жели оправдати субјективна природа општег основа.

44 Складиштар одговара за штету на роби осим ако докаже да је штета проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом (ЗОО, чл. 731 ст. 1).

45 Тако то чини Н. Јовановић, 40–63.

Присталице субјективне концепције тврде да је уговорна одговорност заснована на кривици. С тим у вези, није на одмет пробати дати њену дефиницију.⁴⁶ Закон прописује да кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом.⁴⁷ Међутим, у правној теорији се указује на то да оваква дефиниција није најсрећнија, зато што није довољна, а ни прецизна. У Србији се кривица разуме објективно, што значи да се не улази у интимни свет учиниоца (не испитују се трауме из младости, комплекси, лична својства, знања и способности конкретног штетника), већ се полази од неких стандарда, мерила понашања (основаних друштвених очекивања) са којима се понашање штетника пореди, при чему лична својства штетника не утичу на оно што се од њега основано очекује. Због тога се указује да је од оне у Закону значајно боља дефиниција кривице садржана у члану 127 Скице: „При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало онако како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима.“⁴⁸ Ако се кривица разуме на наведени начин, бива нелогична немогућност ослобођења од одговорности засноване на кривици дужниковим доказивањем да је поступао са захтеваном пажњом. Наиме, ако је дужник у стању да докаже да у њега нема кривице, по самој њеној дефиницији (дакле, доказивањем да се владао онако како се од њега очекује), поставља се питање шта је онда основ његове одговорности од које се на тај начин није ослободио. Због тога неки аутори указују на то да се дужник од одговорности не може ослободити доказујући да није крив, већ само доказујући околности из

46 „Сви покушаји да се кривица дефинише остали су безуспешни. Кад кажемо за неког да је крив ми се изјашњавамо о његовом понашању. Ми истражујемо шта се у датим околностима могло основано очекивати од разумног човека. Ако је учинилац изневерио такво очекивање он је крив.“ Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982, 512.

47 ЗОО, чл. 158.

48 Обрад Станојевић, „‘Скица’ Михаила Константиновића“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 280. Наиме, за разлику од кривичног права, у грађанском је појам кривице објективно обојен, те се кривица разуме као социјални, а не психички факт. Кривица је погрешно поступање штетника, а не његово стање свести и воље у тренутку предузимања штетне радње. Дакле, није у питању ментално стање одређеног квалитета, већ поступање одређеног квалитета. Идеја о кривици као социјалном факту садржана је у Белешкама професора Константиновића: „Биће крив, и због тога одговоран сваки онај који се није понашао онако како би се понашао врло пажљив човек. То значи да није довољно понашати се као лице просечне марљивости; потребно је понашати се као лице врло пажљиво и опрезно. Иначе свако друго понашање значи кривицу.“ Михаило Константиновић, *Облигационо право – белешке са предавања*, Београд, 1961, 93.

члана 263 Закона. То значи да његова одговорност постоји и када није крив, ако није у стању да докаже околности из члана 263 Закона.⁴⁹ Тако се изјашњавао и Врховни суд Србије:

„Одредбом чл. 263 ЗОО прописано је да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу односно да је задоцнио са испуњењем због околности насталих после закључења уговора, које није могао да спречи, отклони или избегне. То правило о ослобађању од одговорности за штету представља изузетак од општег правила из чл. 154 ст. 1 ЗОО, по којем се лице које проузрокује штету другоме ослобађа одговорности ако докаже да је штета настала без његове кривице. У случају штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе дужник обавезе не може се ослободити одговорности доказујући да није крив, већ само под условима из чл. 263 ЗОО. Тужени није доказао да је задоцнио због околности које су наступиле после закључења уговора, а које он није могао да спречи, отклони или избегне, а не може се ослободити одговорности доказујући да није крив.“⁵⁰

То би значило да је, ако се дужник не може ослободити доказујући да није крив, његова одговорност објективна. Ипак, заговорници субјективне концепције истичу да те околности представљају случај (како је и објашњено у ранијем делу рада), те да су неки старији правници, погрешно и нејасно заговарајући објективно-субјективан критеријум ослобођења од одговорности, вероватно мислили на вишу силу, као објективну чињеницу, и на случај, као субјективну чињеницу.⁵¹ Заправо, како тврде, ради се о чистој субјективној одговорности, будући да се дужник од ње може ослободити доказивањем случаја. Свакако, тим пре ће се ослободити доказивањем више силе, али то никако не значи да одговорност није субјективна. Међутим, не чини се да се таква неумешност може приписати поменутиим ауторима. Наиме, они изричито наводе: „Постоје ситуације у којима дужник није крив за неиспуњење уговорне обавезе, или за закашњење у испуњењу, али нису у питању околности које би се могле оквалификовати као виша сила. У таквим ситуацијама, дакле, када је у питању *случај (casus)*, дужник може, уколико нису испуњени услови из члана 263 Закона, одговарати *и када није крив*.“⁵² Значи, ти аутори нису занемарили постојање случаја, већ су,

49 И. Јанковец, 123–126; С. Перовић (1995), 595–598; Б. Благојевић, В. Круљ, 647.

50 Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2962/1997.

51 Н. Јовановић (2019), 57.

52 И. Јанковец, 126.

имајући га у виду и изричито га помињући, сматрали да дужник може бити одговоран, чак и кад је у питању случај, а то значи када није крив. Даље наводе да је неопходно закључити да ли је у питању такав узрок штете да га дужник, иако није крив, мора узети на свој терет, пошто је реч о околности која проистиче из унутрашњости његове правне сфере, из његовог пословања односно делатности.⁵³ Дакле, изричито се наводи могућност да дужник, иако се ради о случају, те иако није крив, буде одговоран за штету због неиспуњења или задоцњења са испуњењем. Заправо, чини се да ови аутори ситуације у којима ће дужник одговарати, иако није крив, своде управо на околности које представљају случај.

5. Критички осврт на пети аргумент

Чини се да присталице субјективне концепције улазе у зачарани круг (*circulus vitosus*) систематског тумачења, унутар којег је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна, јер би било бесмислено да законодавац понавља да је у појединим случајевима (посебним ситуацијама или појединим врстама именованих уговора) одговорност објективна, кад се то свакако подразумева према општем правилу о њеном основу. С друге стране, а унутар истог круга, кључни аргумент у прилог објективне одговорности код појединих уговора је тај да се посебно правило предвиђа управо ради одступања од општег правила према којем је она, како закључише, субјективна. Примера ради, главни аргумент у прилог објективне одговорности складиштара је тај да, ако је по општем правилу уговорна одговорност субјективна, посебна одредба о ослобођењу складиштара од одговорности је непотребна ако успоставља исту одговорност за губитак и оштећење ускладиштене робе као за остале врсте штете услед повреде уговорне обавезе. Правно-логички посматрано, било је потребно унети посебну одредбу да би складиштар одговарао другачије од општег режима уговорне одговорности.⁵⁴ На тај начин, укратко и поједностављено, долазимо у ситуацију да је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна, јер је одговорност складиштара објективна. А зашто је одговорност складиштара објективна? – Зато што је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна. И тиме је направљен потпуни круг. Дакле, нарочито у ситуацијама у којима одредба о ослобођењу од одговорности код посебног уговора готово о свему одговара формулацији из члана 263 Закона (у погледу обележја ослобађајућих околности, зависности висине накнаде штете од степена кривице, ослобођења доказивањем

53 *Ibid.*

54 М. Мишковић (2020), 204.

стварног узрока штете, а не дужне пажње и сл.), прибегава се овој неопходности за одступањем од општег правила. Тиме се сви претходно наведени аргументи релативизују. Тако долазимо у ситуацију да кад год ослобађајуће околности садрже обележје спољњег узрока (нпр. код одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке), у питању је објективна одговорност. С друге стране, пошто тог обележја нема у општем правилу, одговорност је субјективна. Међутим, кад тог обележја нема у одредби код неког посебног уговора (нпр. код ускладиштења или угоститељске оставе), одговорност је објективна, јер је неопходно одступити од општег правила, а ради се о омашци законодавца.⁵⁵ Има, међу присталицама субјективне концепције општег основа уговорне одговорности, и оних аутора који заговарају кривицу као основ одговорности складиштара.⁵⁶ Они настоје да буду доследни аргументима којима су се користили тврдећи да је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна. Уз то, истичу и бројне друге аргументе: мане и природна својства робе као разлог за ослобођење складиштара од одговорности⁵⁷ представљају догађај унутрашње природе који не може ослободити дужника од одговорности за опасну ствар (која је неспорно објективна), а ослобађају складиштара; чињеница да је складиштар професионалац, коју неки аутори истичу као аргумент у прилог његове објективне одговорности,⁵⁸ указује ипак на захтев за његовом повећаном пажњом (пажњом доброг стручњака), што алудира на кривицу, будући да је пажња код објективне одговорности ирелевантна; код уговора о превозу ствари, роба је током превоза у потпуности „препуштена“ превозиоцу, а пошиљалац и прималац немају контролу над пошиљком, због чега превозиоца одговара објективно.⁵⁹ С друге стране, оставодавац приликом ускладиштења има контролу над робом, с обзиром на то да има право да је прегледа и узме узорке од ње, што алудира на блажу (субјективну) одговорност складиштара у односу на превозиоца.⁶⁰ Упоредноправно и у међународној Конвенцији УН о одговорности оператора транспортних терминала⁶¹ већински је прихваћена субјективна

55 Н. Јовановић (2019), 54; Вјекослав Шмид, „Угоститељска остава“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 652.

56 М. Мишковић (2020), 230–231.

57 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

58 Н. Јовановић (2019), 54.

59 ЗОО, чл. 671 ст. 1.

60 ЗОО, чл. 735. Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе – ЗЈСПП, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009 и 44/2018, чл. 14 ст. 1.

61 Конвенција УН о одговорности оператора транспортних терминала у међународној трговини из 1991. године (*The United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*), чл. 5.

одговорност складиштара.⁶² Међутим, заговарањем субјективне одговорности складиштара, ови аутори се саплићу о аргументе својих истомишљеника на терену општег основа уговорне одговорности. Наиме, управо супротно у односу на анализирани пети аргумент, дошло би се у ситуацију да законодавац понавља да је одговорност субјективна, иако се то већ подразумева према општем правилу. Међутим, без обзира на то како се квалификује одговорност складиштара, треба поменути и законску одредбу која се тиче одговорности превозиоца. Наиме, превозилац је дужан превести путника до одређеног места на време.⁶³ Он одговара за штету коју би путник претрпео због задоцњења, изузев ако је до задоцњења дошло из *узрока* који није могао отклонити ни пажњом стручњака.⁶⁴ Из овакве формулације (ако се желимо доследно држати субјективне концепције која се заговара у литератури) чини се да се превозилац од одговорности не може ослободити доказујући да је поступао са захтеваном пажњом, тј. пажњом доброг стручњака, која се од њега, као јавног превозиоца (професионалца), захтева сходно томе да је страна у облигационом односу дужна да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (*ијажња доброї сїџручњака*).⁶⁵ Наиме, чини се да оваква формулација (стриктно се држећи четвртог аргумента у оквиру субјективне концепције) упућује на то да је неопходно да превозилац докаже околност која представља узрок, а за коју није крив, јер је она наступила упркос уложеној захтеваној пажњи, односно пажњи доброг стручњака. Ако прихватимо овакво становиште, примећујемо да се начин ослобођења превозиоца од одговорности за штету због задоцњења с испуњењем своје обавезе подудара са четвртим аргументом у прилог субјективне природе општег основа уговорне одговорности, а који се тиче језичког тумачења. Међутим, на терену петог аргумента, који се тиче систематског тумачења Закона, закључили бисмо да је законодавац у одредби о одговорности превозиоца за штету коју би путник претрпео због задоцњења поновио оно што присталице субјективне концепције заговарају да је већ прописао у општем правилу. Ако се законодавцу спочитава да је омашку направио у формулацији ослобађајућих околности код угоститељске оставе,⁶⁶ да је исто учинио и код ускладиштења,⁶⁷ да у дефиницији кривике није довољно прецизан,⁶⁸ да су кумулативно

62 Сви аргументи нав. према: М. Мишковић (2020), 230–231.

63 ЗОО, чл. 683 ст. 1.

64 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

65 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

66 ЗОО, чл. 724 ст. 2.

67 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

68 ЗОО, чл. 158.

захтевана обележја више силе такође потенцијална омашка,⁶⁹ да је правила о немогућности испуњења погрешно сврстао међу одредбе о одговорности за штету због неиспуњења односно задоцњења,⁷⁰ те да ипак понавља оно што је већ прописао у општем правилу,⁷¹ не бисмо могли закључити да се не ради о неумешности законодавца, те да је у питању смишљено писање закона, што заговарају неке присталице субјективне концепције, хотећи да истрају у систематском тумачењу путем којег би указали да је општи основ уговорне одговорности кривица. С тим у вези, у овом питању се треба придружити оној групи аутора, премда су они присталице кривице као општег основа уговорне одговорности, који сматрају да је законски текст недоследан и непрецизан, те да нема јединственог приступа у питању уговорне одговорности.⁷² Дакле, чини се да овакво систематско тумачење није у стању да отклони дилеме у погледу општег основа уговорне одговорности.

IV Уговорна одговорност по Бечкој конвенцији

1. Критички осврт на прво тумачење о субјективној одговорности

Неке присталице субјективне концепције општег основа уговорне одговорности заговарају, како је већ речено, субјективну одговорност складиштара. Томе у прилог, између осталог, наводе и тумачење Конвенције УН о одговорности оператора транспортних терминала, према којој је одговорност складиштара субјективне природе. Наиме, ако један од аргумената у прилог тумачењу о субјективној одговорности складиштара представља конвенција која још увек није ступила на снагу и коју Србија није ратификовала, тим пре би било доследно у обзир узети и Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (даље у тексту: Конвенција),⁷³ приликом разматрања општег основа уговорне одговорности, будући да је она саставни део српског права о купопродаји у спољној трговини и има предност у примени у односу на унутрашње право у истим питањима која различито уређују. Прихватање у њој садржаних ставова би у том питању довело до изједначавања српског пра-

69 ЗОО, чл. 177 ст. 1.

70 ЗОО, чл. 262 ст. 4.

71 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

72 М. Мишковић (2020), 231.

73 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе – Конвенција, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/1984.

ва са правилима Конвенције која представљају готово општеприхваћено право купопродаје у свету. Већинско је становиште да је уговорна одговорност, према правилима Конвенције, објективне природе. Међутим, међу присталицама субјективне концепције уговорне одговорности по Закону, има оних који сматрају да је и по Конвенцији она субјективне природе.⁷⁴ Тиме они показују снажну принципијелност у заговарању субјективне природе уговорне одговорности, с једне стране, и грубу недоследност у погледу аргумената којима се користе на терену домаћег права, с друге стране.

Наиме, Конвенција прописује да ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.⁷⁵ Заговорници субјективне природе одговорности дефинисане на овај начин наводе: „Да би се ослободио одговорности није довољно да [дужник] докаже да је у датим околностима поступао пажљиво, већ је нужно да докаже околност која га је омела у испуњењу обавезе. Та околност мора да буде ван његове контроле и да је непредвидива у часу закључења уговора (случај, по српском праву), или да није могао да избегне или савлада њене последице (*виша сила, по српском праву*). Како објективну одговорност искључује виша сила, а случај не, чини се оправданим закључак да Конвенција предвиђа одговорност засновану на претпостављеној кривици штетника.“⁷⁶ Дакле, истиче се да се дужник може ослободити доказујући да су га у испуњењу обавезе спречиле околности које представљају вишу силу *или*, ако не може да докаже њих, околности које представљају случај. Чињеница да се дужник може ослободити од одговорности доказујући ову другу врсту околности – ван његове контроле и непредвидиве – које представљају случај (мада ће се тим пре ослободити доказујући прву врсту околности – неизбежне или несавладиве – које представљају вишу силу), по српском праву, указује на то да је његова одговорност субјективна. Овде се, најпре, треба задржати на обележјима оних околности које је аутор у својој аргументацији оквалификовао као вишу силу. Како се види, то су околности које дужник није могао да избегне или савлада њихове последице.⁷⁷ Доследном применом овакве квалификације, дошли бисмо

74 Н. Јовановић (2015), 118.

75 Конвенција, чл. 79.

76 Н. Јовановић (2015), 118.

77 „[...] или да није могао да избегне или савлада њене последице (*виша сила, по српском праву*)“.

до закључка да и околности из члана 263 Закона треба тумачити као вишу силу, јер садрже идентична обележја као и ове које аутор унутар Конвенције тумачи као вишу силу. Међутим, исти тај аутор види субјективну природу општег основа уговорне одговорности у српском праву, упркос истим обележјима ослобађајућих околности у којима, кад се ради о Конвенцији, види вишу силу. Све и да прихватимо да првонаведене околности представљају случај, а да су другонаведене виша сила, ипак дужнику неће бити довољно да докаже једне или друге, већ ће бити неопходно да докаже једне и друге, будући да се наведени услови кумулативно захтевају у одредби Конвенције.⁷⁸ Доследном применом наведене правне квалификације поменутих околности, дошли бисмо до закључка да дужнику није довољно да докаже само случај, тј. да одсуство кривице није довољан разлог за ослобођење од одговорности. Уз то, дужник мора да докаже и да сметњу није могао да избегне или савлада, тј. да докаже и оно што је аутор овде (не и у Закону) квалификовао као вишу силу. Због тога је, све и кад бисмо прихватили овај начин раздвајања квалификације поменутих околности на вишу силу и случај, ова одговорност, а због кумулативно постављеног захтева који аутору промиче, свакако, објективна. Дакле, да би се ослободио, дужник мора да докаже да је околност која га је омела у испуњењу изван његове контроле и да такву околност није могао предвидети у тренутку закључења уговора и да је није могао избећи или савладати и да није могао избећи или савладати њене последице.

2. Критички осврт на друго тумачење о субјективној одговорности

У правној теорији се истиче да израз „сметња изван дужникове контроле“ подразумева, у суштини, спољњу околност (спољњу сметњу), а да израз „није могао узети у обзир“ суштински подразумева да је није могао предвидети.⁷⁹ Ако се за формулацију из чла-

78 Ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била 1) ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу 2) узме у обзир, 3) да избегне или савлада такву сметњу и њене последице. Дакле, како се види, три су кумулативна захтева – сметња ван контроле, непредвидљивост и неизбежност или несавладивост. Вероватно је тог аутора збунио везник „или“ који се односи искључиво на трећи захтев (избегне или савлада), не стапајући други и трећи захтев у један који би био алтернативно постављен (или узме у обзир или избегне или савлада).

79 Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете збој њовреде уговора о међународној њовреди робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 140.

на 263 Закона, у поређењу са чланом 177 Закона, наводи да не садржи непредвидљивост као обележје ослобађајућих околности, те да због тога уговорна одговорност не може бити објективна по општем правилу, онда се то исто не може рећи и за ову одредбу Конвенције. Обрнуто, будући да је ослобођење од одговорности за накнаду штете овде условљено непредвидљивошћу околности (сметње) која је дужника омела у извршењу уговорне обавезе, онда је она објективна. Исто треба закључити и у погледу спољње (стране, вањске) сметње (околности), као неопходног обележја. Дакле, будући да се овде захтевају два важна обележја, а то је да сметња буде спољња околност (ван дужниковог понашања), те да буде непредвидива, а чије одсуство је главни аргумент у прилог субјективној природи општег основа уговорне одговорности по домаћем праву (први од аргумената који су били и који ће тек бити предмет анализе), мора се закључити да је уговорна одговорност онда, по Конвенцији, дефинитивно објективна.

У поновном покушају да одговорост из члана 79 Конвенције истумаче као субјективну, исти аутори напуштају тумачење којим су помануте околности разлагали на случај, с једне, и вишу силу, с друге стране, постављајући их као алтернативне разлоге за ослобођење. Наиме, они сада читава ту конструкцију околности (сметње) ван контроле дужника, коју није могао предвидети, ни савладати тумаче као случај.⁸⁰ Они тврде да термин „сметња ван контроле“ не мора нужно да значи да је у питању спољња околност, ван дужниковог понашања односно делатности којом се бави. Наиме, тврде да може да се протумачи као околност у оквиру његове делатности, а коју у датој ситуацији *није могао да исконролише*, јер му је била изненадна и неочекивана. Да ју је предвидео, савладао би је, те штету не би нанео.⁸¹ То су особине случаја, те је зато одговорност субјективна са становишта националних права у којима случај искључује уговорну одговорност.⁸² Међутим, синтагма

80 Н. Јовановић (2019), 59–60.

81 *Ibid.*

82 Поређење одредаба Конвенције са одредбама српског права не може бити темељ за овакво тумачење, јер је то супротно правилима Конвенције (чл. 7 ст. 1) која захтевају њено аутономно тумачење с обзиром на њен међународни карактер, а то значи необојено националним правним наслеђем. Вид. М. Ђорђевић (2012), 139. Наиме, правни појмови садржани у међународним уговорима се тумаче аутономно, управо у духу унификације материјалноправних правила, а то стога што та унификација чији је основни циљ остварење међународне хармоније одлучивања не би била остварена када би се поједини правни појмови различито тумачили унутар различитих националних правних поредака. С тим у вези, овакав покушај тумачења је у свом полазишту осуђен на неуспех, будући да је тумачење правних појмова у контексту националног права за примену међународног уговора ирелевантно.

„*beyond control*“ у сваком правном акту, а и у целокупној правној теорији упућује на спољну околност ван дужникове активности, односно изван (уопште) сфере његове контроле. Такву синтагму, као правнотеоријски аксиом, не треба додатно тумачити – виша сила је оно на шта она реферише. Управо на тај начин је захтевана сметња и интерпретирана у Конвенцији, те је нема потребе језички силовати – опираће се – језичком логиком која ту синтагму прати.⁸³ Међутим, није на одмет поменути формулацију додатно образложити, услед постојања покушаја да се она истумачи другачије. Израз „ван контроле“ је атрибут који ближе одређује сметњу, јер се у самој одредби односи на њу и стоји уз њу, а предлог „ван“ указује на њено порекло – дакле, где се налази сметња, одакле она потиче.⁸⁴ С тим у вези, оно што дужник контролише (налази се унутар сфере његове контроле) јесте оно што је унутар његове делатности, у оквиру његовог понашања. Све оно што не контролише (налази се изван сфере његове контроле) је, дакле, спољна околност. Дакле, због тога што обележје „ван контроле“ представља атрибут који ближе одређује сметњу, тј. њено порекло, а не указује на оно што се од дужника очекивало и шта је он могао или није могао у односу на ту сметњу (јер се ни не налази у том делу одредбе), ова околност мора бити вањске, односно спољње природе, потицати из сфере која није под дужниковом контролом, а то значи изван његове активности. Уосталом, чињеница да дужник није могао да савлада сметњу или њене последице свакако значи и да није могао да је исконтролише. Због тога не би имало смисла да је прописано да дужник мора да докаже и једно и друго, будући да прво укључује и подразумева друго. Таква формулација била би сувишна. Управо зато, неопходно је да докаже порекло сметње, тј. да она потиче из сфере коју он не контролише (од споља), те несавладивост сметње, тј. да такву сметњу, која потиче од споља, није могао савладати. Најзад, кад бисмо ипак прихватили ову језичку конструкцију, чини се да би, поједностављено, дужника ослобађале околности које није могао предвидети, (ни исконтролисати) ни избећи или савладати, а

83 Уосталом, кад је у питању уговорна одговорност у енглеском праву, која је објективне природе, у енглеској литератури се наводи: „За ослобођење од одговорности за повреду уговора потребно је да је наступио неки неодољиви спољњи догађај за који ниједна уговорна страна није одговорна.“; „Догађај због којег уговорна обавеза није испуњена мора бити такав да је ван контроле (*beyond the control*) и једне и друге уговорне стране.“ Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th edition, Oxford, 2019, 476.

84 У питању је аблативни генитив који означава порекло нечега, одакле је нешто потекло, а користи се, између осталих, уз предлоге „из“, „са“, „ван“, „изван“ и сл. У конкретном случају, ради се о аблативном генитиву у функцији атрибута. С тим у вези, једини тачан одговор је да се ради о околности која потиче од споља, ван дужниковог понашања и сфере његове контроле.

чињеница да атрибут „ван контроле“ нисмо протумачили као „спољњи узрок“ одузео би таквим околностима природу више силе. Јасно је да би у том случају дужник доказивањем да околност није могао исконтролисати доказао да није крив, али то му не би било довољно за ослобођење. Наиме, морао би да докаже и да те околности није могао савладати или избећи – управо оно што аутор у првом тумачењу о субјективној одговорности у Конвенцији квалификује као вишу силу. Аутору постаје неважно што се овде изричито наводе непредвидљивост и несавладивост, као обележја због чијег се непоседовања одговорност из одредбе 263 Закона квалификовала као субјективна. Такво тумачење, у којем се све где није изричито наведено да су у питању спољње околности (баш тим речима) тумачи као случај, ће у у каснијем делу рада оставити нека отоворена питања.⁸⁵ Најзад, ови аутори глорификују своју усамљеност у овом вероватно погрешном тумачењу одредбе из члана 79 Конвенције,⁸⁶ недоследно пренебрегавајући да су управо они све време били ушушкани у топлини владајућег мишљења по питању општег основа уговорне одговорности у српском праву.⁸⁷

85 Такође, у прилог субјективној природи одговорности у Конвенцији, наводи се и чињеница да се ослобађајућа сметња односи само на конкретног дужника, те да конкретно само за њега треба да буде непредвидива и несавладива, и то разумно, што упућује на пажњу, те и на кривицу (Н. Јовановић [2019], 59–60). Међутим, да у одредбу није стављен прилог „разумно“, аутор би опет одговорност тумачио на исти начин (с обзиром на намеру, не и уверење да ту одредбу тако треба тумачити), али тада са критиком да се дужник може ослободити од одговорности доказујући сметњу која је наступила, упркос томе што је уложио сву своју пажњу и брижљивост да обавезу изврши у уговореном року, иако је та пажња недовољна с обзиром на стандард пажње који се од средње пажљивог дужника у тим околностима очекује. Дакле, да нема прилога „разумно“, одговорност би, за тог аутора, била поново субјективна, уз још већу критику што се дужник може ослободити с обзиром на своје личне карактеристике. Чини се да би се тада, без прилога „разумно“, сметња пре односила на конкретног дужника, те би се тада пре могло тврдити да је довољно да сметња за конкретног дужника (и само за њега) буде непредвидива и несавладива. Овако се уноси управо један објективан критеријум који, баш супротно од онога што тврди овај аутор, указује на то да није од значаја да ли је тај конкретан дужник у питању могао да предвиди наступање околности или је конкретно он могао савладати њене последице, а с обзиром на његова лична својства. Одредба настоји да у сасвим објективизираној одредби додатно остави што мање простора за било какву субјективизацију – на крају крајева, за било коју околност увек постоји неки неопходан стандард у односу на који се она тумачи, јер би свако друго решење било арбитарно и произвољно.

86 „Мирослав Крлежа у драми ‘На ивици разума’ каже: ‘Човек у гомили смрди, али му је топло. У самоћи је празно’. Значи, лако је галамити у гомили, али врло је тешко бити сам и борити се за своја уверења, ма колико усамљеник био у праву.“ Н. Јовановић (2019), 60.

87 Остављамо простора за могућност да је аутор самокритично и конструктивно саветовао присталице објективне природе уговорне одговорности у српском

V Поједине одредбе из Нацрта и Скице

Занимљиво би било видети како присталице субјективне концепције овим аргументима покушавају објаснити и истумачити нека решења из Нацрта Грађанског законика Републике Србије (даље у тексту: Нацрт) у којем је задржана иста формулација као из члана 263 Закона.⁸⁸ Примера ради, код одговорности превозиоца за задоцњење с испуњењем обавезе из уговора о превозу лица и одговорности превозиоца за сигурност путника, као алтернатива у Нацрту, наводе се као ослобађајуће *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати*.⁸⁹ Доследном применом језичког тумачења ослобађајућих околности примењеног на терену Конвенције, морали бисмо закључити да се код одговорности превозиоца за сигурност путника ради о субјективној одговорности, будући да није прецизирано да је реч о спољним околностима. Штавише, и метод историјског тумачења, који ови аутори заговарају, недвосмислено би упућивао да је реч о субјективној одговорности. Дакле, да је законодавац (комисија за израду ГЗ) „хтео“ да одговорност буде објективна, задржао би формулацију присутну у Закону, будући да је ту, кад је у питању одговорност за сигурност путника, изричито наведена неопходност да ослобађајућа околност представља „страни узрок“.⁹⁰ Пошто то није учинио, чини се да је „хтео“ да буде субјективна. Ипак, чини се да би резултат таквих тумачења био погрешан. С друге стране, код одговорности због задоцњења из уговора о превозу лица, ситуација је нешто другачија. На терену обележја ослобађајућих околности, као алтернативно решење у Нацрту, предвиђене су околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати. Језичко тумачење таквих околности, сходно оном из Конвенције, упућивало би на то да се ради о субјективној одговорности, јер се не наводи да у питању мора бити спољни узрок. Међутим, историјско тумачење, на начин на који га ови аутори примењују, упутило би нас на закључак о објективној одговорности. Наиме, да је законодавац „хтео“ да одговорност буде субјективна, задржао би одредбу из Закона у којој се указује на неопходну пажњу доброг стручњака, а то значи и на субјективну одговорност.⁹¹ Пошто то није учинио, променивши одредбу, мора да је „хтео“ да успостави

праву, будући да је њихово становиште велика мањина у питању на које се односи огромна већина његовог рада.

88 Нацрт Грађанског законика Републике Србије – Нацрт ГЗ, доступно на адреси: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260615/260615-nacrt-gradjanskog-zakonika.html>, 10. 8. 2023, чл. 450 ст. 2.

89 Нацрт ГЗ, чл. 1102 и 1103.

90 ЗОО, чл. 684 ст. 1.

91 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

другачију, тј. објективну одговорност. Најзад, упркос томе шта је законодавац „хтео“ и која су обележја ослобађајућих околности, могло би се прибећи и зачараном кругу систематског тумачења. Наиме, тада би закључак био да је било потребно унети посебну одредбу, управо да би одговорност била другачија од општег режима уговорне одговорности. Ако би и даље стајала оцена да је она субјективна, с обзиром на недоследност у свим овим аргументима, систематским тумачењем бисмо превозиочеву одговорност у наведеним питањима квалификовали као објективну. Међутим, да не буде све тако лако ни са систематским тумачењем, чини се да је у Нацрту одговорност нејавног складиштара предвиђена као субјективна, будући да се од одговорности јавног разликује само утолико што се не захтева да ослобађајуће околности буду спољње, вањске природе.⁹² То би значило да се у посебној одредби, иако систематско тумачење упућује на то да је сврха њеног постојања одступање од опште одредбе, предвиђа субјективна одговорност, исто као и према општем правилу. Дакле, како који аргумент применимо, долазимо до различитог закључка. Конкретно, одговорност за сигурност путника би, према језичком тумачењу ослобађајућих околности (будући да се не наводи спољња околност) и према историјском тумачењу (будући да законодавац не задржава одредбу Закона, по којој је она очигледно објективна, већ је мења), била субјективна. Ипак, неопходношћу одступања од општег правила, сходно систематском тумачењу, закључили бисмо да је објективна. С друге стране, одговорност због задоцњења у испуњењу обавезе превозиоца из уговора о превозу лица би, према језичком тумачењу ослобађајућих околности (будући да се не наводи спољња околност) била субјективна. Према историјском тумачењу (будући да законодавац не задржава одредбу Закона, по којој је она очигледно субјективна, већ је мења), би била објективна. Најзад, неопходношћу одступања од општег правила, сходно систематском тумачењу, закључили бисмо да је објективна. Дакле, одговорност за сигурност путника: субјективна (језичко тумачење); субјективна (историјско тумачење); објективна (систематско тумачење). А одговорност превозиоца због задоцњења из уговора о превозу лица: субјективна (језичко тумачење); објективна (историјско тумачење); објективна (систематско тумачење). Треба нагласити да има и оних мање радикалних аутора којима су непредвидљивост и несавладивост довољна обележја да околности квалификују као вишу силу (зато одговорност у Конвенцији и сматрају објективном), па би у том случају овако формулисана одговорност превозиоца за сигурност путника била, према језичком тумачењу, објективна, без обзира на то што није наглашена

92 Нацрт ГЗ, чл. 1133.

спољња природа ослобађајућих околности.⁹³ Међутим, историјско тумачење би и даље указивало на то да је реч о субјективној одговорности, јер није задржана одредба из Закона, према којој је одговорност била неспорно објективна, а уз то је и одстрањен атрибут спољашњости – исто као и на терену општег основа уговорне одговорности у Закону у односу на Скицу.⁹⁴ Дакле, доследна примена историјског тумачења нас наводи на различите закључке у погледу истоветно формулисаних околности и то у погледу два члана који следе један за другим. Наравно, остављамо и могућност да је наведена одредба лоша, те да неће бити прихваћена, али је чињеница да би се усвајањем две предложене алтернативе (или чак само једне) урушило тумачење присталица субјективне природе општег основа уговорне одговорности, нарочито имајући у виду начин тумачења ослобађајућих околности у Конвенцији.

Такође, занимљиво би било видјети како присталице субјективне концепције по Закону примењују ове аргументе приликом тумачења неких одредби из Скице у којој је уговорна одговорност, како је већ речено, објективна, по општем правилу.⁹⁵ Примера ради, код одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке и код његове одговорности за сигурност путника, као ослобађајуће се наводе *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати*.⁹⁶ Доследном применом изложених аргумената, требало би закључити да превозилац у овим питањима одговара субјективно. Најпре, због тога што формулација не испуњава тзв. захтев вањскости догађаја. Такође, ако се посебном одредбом одговорност жели изразликовати од општег правила, закључили бисмо да је одговорност превозиоца субјективна, будући да је уговорна одговорност у Скици, према општем правилу, неспорно објективне природе. Међутим, чини се да би такво тумачење, где се у посебној одредби нужно мора одступити од општег правила, било несрећно, превасходно с аспекта целисходности, а нарочито у наведеним

93 Вид. М. Мишковић (2015), 214.

94 Ово је још један од разлога непоузданости историјског тумачења. Чини се да не би било исправно превозичеву одговорност за сигурност путника протумачити као субјективну, будући да превозилац треба да одговара строже за штету услед смрти или телесне повреде путника. Чињеница да је одредба промењена у односу на законску и да је одстрањен Законом експлицитно наведен атрибут спољашњости не значи нужно да је законодавац хтео да промени основ одговорности. До промене језичке контрукције одредбе може доћи из различитих мотива (нпр. језички стил) или, чак, сасвим произвољно. С тим у вези, ни чињеницу да је у Закону изостао атрибут спољашњости ослобађајућих околности код уговорне одговорности (чл. 263), те да је одредба промењена у односу на Скицу (чл. 208) не смемо нужно тумачити као хтење промене основа одговорности у односу на онај из Скице.

95 Скица, чл. 208.

96 Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

случајевима који се тичу превозиоца. На терену целисходности, ако нам већ доследно правно тумачење не може решити дилему, чини се да много више аргумената има у прилог постојању повреде уговорне обавезе, штете и узрочне везе као довољног скупа услова за оправдање постојања уговорне одговорности. Дакле, без обзира на кривицу.⁹⁷ Овде треба рећи да остаје врло мало простора да је ова одредба лоша (у смислу формулације ослобађајућих околности), будући да су на исти начин оне биле формулисане у Скици, а и сада се тако формулишу унутар Нацрта. Разум нагиње ка томе да се ради о квалитетној одредби која је испркосила зубу времена и опет је у оптицају да буде усвојена. Реч је о ослобађајућим околностима које су на тај начин формулисане у више од једне одредбе Скице и у више од једне одредбе Нацрта, те не бисмо могли рећи да се ради о залуталој непрецизности, већ о јасној интенцији да оне управо тако (и баш тако) буду формулисане. Штавише, имајући у виду да је Михаило Константиновић био горостас правне науке чији рад и данас заслужује дивљење,⁹⁸ те да Комисију за израду Грађанског законика чине најкомпетентнији правни стручњаци, чини се да неће бити да је одредба толико лоша, већ да је лоше тумачење које је у односу на њу толико неподесно. Заправо, усвоји ли се оваква одредба, која на овај начин описује ослобађајуће околности, анализирано тумачење ће постати потпуно неозбиљно и превазиђено, те неће ни изискивати потребу за било каквом анализом.

VI Закључак

1. Закључак о језичком тумачењу

У контексту критичког осврта на језичко тумачење ослобађајућих околности, поред већ наведених различитих схватања о разликама између више силе и случаја,⁹⁹ у закључку ћемо се сконцентрисати на два која су готово иста. Прво, према којем је случај околност коју је дужник могао савладати у датим околностима, али је није савладао, јер је била непредвиђена, а виша сила је у датим околностима за дужника несавладив узрок штете, мада њено наступање може да буде и предвиђено.¹⁰⁰ Друго, према којем је случај, за разлику од више силе, околност чије се

97 Разлоге у прилог објективне уговорне одговорности вид. код М. Ђорђевић (2012), 142–145.

98 Читав овогодишњи број часописа *Анали*, у којем су најразличитији и најкомпетентнији доктори наука објавили своје радове, посвећен је Константиновићу и његовом животу и стварању.

99 Вид. „Критички осврт на први аргумент“ у овом раду.

100 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 117.

дејство, по правилу, може предвидети и спречити или избећи.¹⁰¹ Наиме, ако законодавац од дужника захтева да докаже околности које није могао спречити, отклонити или избећи¹⁰² или, примера ради, околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати,¹⁰³ онда се он неће ослободити доказујући случај који се, по дефиницији, може предвидети, спречити, избећи и савладати. Могуће је да су ови аутори мислили на то да је случај околност коју је дужник могао савладати, али то није учинио, јер га је таква околност, као непредвиђена, изненадила. Међутим, то ипак не значи да он није могао да такву околност савлада, већ да није успео да је савлада, иако је могао. Исто тако, по другом наведеном схватању, дејство околности која представља случај се може спречити или избећи. По члану 263 Закона дужник треба да докаже околности (настале после закључења уговора) које није могао спречити, отклонити или избећи. Дакле, ако се околности које представљају случај могу спречити или избећи, онда то неће бити довољно за дужничково ослобођење од одговорности, јер законодавац захтева околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи. Могуће је да дужник такву околност није избегао или спречио, јер је за њега била непредвиђена (изненадна), али чињеница да он околност није отклонио или избегао, иако је могао, не претвара ту околност у ону коју дужник није могао избећи, већ се ради о томе да није успео да је избегне, иако је то могао. А пошто законодавац захтева да је у питању околност коју није могао спречити, отклонити или избећи, дужник се не може ослободити доказујући да то није могао, кад је могао. Други начин на који се могу истумачити овако постављене дефиниције је следећи: да је дужник предвидео околност која представља случај, он би могао да је савлада (спречи, избегне или отклони). Пошто је није предвидео, он је није могао савладати (спречити, избећи или отклонити). Пошто је није могао савладати (спречити, избећи или отклонити), он се ослобађа одговорности по основу случаја као ослобађајућег разлога.¹⁰⁴ Тиме долазимо до закључка да је случај

101 М. Мишковић (2015), 207.

102 ЗОО, чл. 263.

103 Вид.: Нацрт, чл. 1102 и чл. 1103; Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

104 У том случају се ради о несавладивости (неотклоњивости, неизбежности) услед непредвидивости, те бисмо закључили да је законодавац под околностима које дужник није могао нпр. отклонити подразумевао и оне које би, да их је предвидео, могао отклонити. Иако је непредвидивост потенцирана као обележје више силе, због чијег одсуства се околности из члана 263 Закона и не могу тумачити као виша сила, чини се да је она неопходна како би се дужник ослободио од одговорности доказујући случај, јер да је околност могао предвидети, онда би је и савладао (спречио, отклонио, избегао), те се не би могао ослободити. Заправо, не би ни имао од чега, будући да штету не би ни нанео. Па ипак, од великог броја одредаба у које је законодавац сместио сличан или исти скуп ових екстравагантних

околност коју је дужник могао савладати, али је није могао савладати. И заиста, на веома смо клизавом терену кад разликовање субјективне и објективне одговорности спроводимо на темељу одговорности за случај. Стиче се утисак да, ма колико законодавац био вешт и каква год обележја придао ослобађајућим околностима, неће моћи да удовољи овако нијансираним разликама случаја и више силе. Заправо, упорно навођење неких централних обележја више силе постаје ирелевантно, с аспекта језичке конструкције законске одредбе којом се ослобођење од одговорности уређује, било да је то непредвидљивост, несавладивост, неотклоњивост. Безначајно је, зато што се свако обележје може, под претпоставком предвидивости (предвиђености), претворити у свој антоним и тако скројити случај као ослобађајућу околност. Примера ради, као ослобађајуће су наведене *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладајући*.¹⁰⁵ С једне стране, можемо приметити несавладивост, као суштинско обележје више силе, и закључити да је таква одговорност објективна. С друге стране, пак, можемо поћи од следеће претпоставке: да је дужник предвидео такву околност, савладао би је. Није то учинио јер му је била изненадна. Ни из чега не произлази да се мора радити о околности која има већу снагу од дужникове. Може бити у питању унутрашња околност, будући да одредба не захтева да се ради о „страном узроку“. Потом бисмо извели закључак да је одговорност

околности као ослобађајућих, једино се у члану 263 Закона оне тумаче као случај, а један је од ретких где непредвидивост није наведена, иако је чини се неопходно да постоји како би дужник доказао да неку околност није могао нпр. отклонити, јер да га није изненадила, отклонио би је. С друге стране, термин „непредвиђена“ околност можда не мора указивати на то да је она била и непредвидива. Заправо, може се радити о предвидивој околности (која се могла предвидети), али коју дужник није предвидео, јер га је изненадила, те је остала непредвиђена. Иако би се и ту поставила бројна питања, у овом раду се неће анализирати та евентуалија, уз остављање простора за могућност да аутор овог рада, као студент основних студија, није досегао оволике висине правничког теоретисања, нарочито у контексту овог разграничавања више силе и случаја. Чињеница да је врсно теоретисање неопходно како би се ово тумачење извело до краја (заправо, чињеница да се оно своди на теоретисање) указује и на то да је оно неадекватно.

Најзад, веома је важно нагласити да исти аутор наводи: „Случај је околност коју је дужник могао савладати у датим околностима...“ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 117. Поређењем члана 263 Закона с осталима он закључује: „Реч је о вишој сили (чл. 177), при чему се њена особина спољње околности не захтева правилном о искључењу дужникове уговорне одговорности. Напротив, захтева се само да је околност која је узрок штете настала после закључења уговора и да је за њега несавладива у датим околностима (чл. 263). То значи да може да буде и околност у оквиру његовог понашања...“ Н. Јовановић (2019), 45.

Нејасно је, дакле, да ли је случај околност која се може или не може савладати у датим околностима.

105 Вид.: Нацрт, чл. 1102 и чл. 1103; Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

субјективна, будући да се описана околност односи на случај. Дакле, међу присталицама субјективне природе општег основа уговорне одговорности у домаћем праву, једни би овакве околности тумачили као вишу силу,¹⁰⁶ вероватно вођени њеним централним обележјима, а други, вероватно они који заговарају субјективну природу основа уговорне одговорности према одредбама Конвенције, као случај.¹⁰⁷ Тако долазимо у ситуацију да аутори који готово исто дефинишу случај, те готово исте аргументе користе у прилог субјективне природе општег основа уговорне одговорности у домаћем праву, сложено указујући на то да се одредба члана 263 Закона односи на случај, ипак, исто дефинисане околности различито тумаче у истом питању, дакле на терену разграничења више силе и случаја у контексту ослобађајућих околности. Оно што их на тренутак мири је спољашњост, као обележје ослобађајућих околности, које упућује на вишу силу, те дефинитивно на објективну одговорност. Одатле и проистиче сагласност у погледу природе општег основа уговорне одговорности, односно околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи из члана 263 Закона. Наиме, будући да се не ради о околностима ван ствари (спољњим, вањским, страним), није у питању виша сила, већ случај.¹⁰⁸ За њих није важно што се помиње неотклоњивост, за коју се у правној теорији истиче да је централни елемент више силе.¹⁰⁹ Најзад, ови аутори се поново разилазе онда када законодавац ослобађајуће околности у посебним уговорима дефинише идентично као и у општем правилу (нпр. код ускладиштења). Једни, упркос томе што не само да се не помињу непредвидивост и несавладивост, као до тада навођена централна обележја више силе, него ни спољашњост, за коју се чинило да је заједнички садржалац њихових становишта, сматрају да се ради о објективној одговорности.¹¹⁰ Други су, ипак, вероватно доследни оном што су им били аргументи на терену општег правила, на становишту субјективне одговорности.¹¹¹ Иако се чинило да (не)постојање тог обележја вањскости опредељује основ одговорности међу присталицама субјективне природе општег основа, ма како да су интерпретирана друга обележја ослобађајућих околности, види се да није тако. Несрећно је тумачење чији су заговорници, у суштинским питањима на којима се оно и темељи, заправо, неистомишљеници.

106 Вид. М. Мишковић (2015), 214.

107 Вид. Н. Јовановић (2019), 59–60.

108 Заправо, такво тумачење је више засновано на негацији: пошто нема спољашњости, није виша сила, те је зато случај.

109 М. Васиљевић (1987), 113.

110 Н. Јовановић (2019), 53–54.

111 М. Мишковић (2020), 230–231.

2. Закључак о историјском тумачењу

У контексту историјског тумачења, у закључку треба нагласити непоузданост ослањања на њега. Најпре, историјско тумачење (што је први аргумент), у контексту одговорности складиштара и поређења са Законом о јавним складиштима из 1930. године, није у складу са четвртим аргументом. Наиме, историјским тумачењем је закључено да је одговорност складиштара, пошто је се не може ослободити доказивањем дужне пажње, а то је могао по ЗЈС, објективна. Па ипак, одредба којом се уређује одговорност складиштара у потпуности одговара четвртом аргументу на нивоу општег правила – субјективна одговорност од које се дужник ослобађа доказивањем узрока за који није крив, а не доказивањем дужне пажње (у складу са начином за чије тумачење се присталице субјективне концепције залажу). Потом, историјским тумачењем бисмо закључили да је Комисија за изразу ГЗ-а предложеним одредбама из којих одстрањује спољашњост као обележје ослобађајућих околности, мењајући тако одредбу која постоји у Закону, нужно хтела да промени основ одговорности у неким посебним уговорима. Ипак, такав закључак би био погрешан, а исто треба закључити и у вези са историјским тумачењем односа члана 208 Скице и члана 263 Закона.¹¹² Најзад, један од главних циљева Комисије при изради Нацрта било је уподобљавање правила са (Бечком) Конвенцијом,¹¹³ што би значило да је Комисија „хтела“ објективну одговорност, каква је она неспорно и по Конвенцији. Чињеница да је одредба о општем основу уговорне одговорности остала непромењена указује на то да је она већ објективне природе, у складу са Конвенцијом, те није имало потребе мењати је.¹¹⁴ Дакле, како се види, историјско тумачење се може протезати до бесмисла, те се на њега у овом питању и на овај начин не ваља ослањати.

3. Закључак о систематском тумачењу

У контексту систематског тумачења, у закључку треба нагласити да се неопходност прописивања различитог основа у односу на општи у посебној одредби користи као аргумент (изговор) зато што се, након толике приче о обележјима више силе и случаја у погледу општег правила, исто формулисане ослобађајуће околности тумаче различито – нпр. члан 263 и члан 731 Закона. Тиме се често долази у зачарани круг

112 Вид. фн. 97 у овом раду.

113 У том контексту вид. уводне напомене у оквиру друге књиге Преднацрта ГЗ, доступно на адреси: <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, 10. 8. 2023.

114 Нацрт, чл. 450 ст. 2; ЗОО, чл. 263.

унутар кога је општи основ кривица, да се у посебним уговорима унутар којих је одговорност објективна не би беспотребно понављало опште правило. С друге стране, у неким посебним уговорима је одговорност објективна, како би се одступило од општег основа који је субјективне природе, а он је такав управо зато што су основи одговорности код посебних уговора објективне. И тако се прави пун погрешан круг (*circulus vitiosus*). Такође, законодавац у посебном уговору ипак понавља опште правило о уговорној одговорности схваћено у смислу четвртог аргумента – то чини код одговорности превозиоца за задоцњење у испуњењу обавезе из уговора о превозу лица.¹¹⁵ Такође, и текст Нацрта понавља опште правило – примера ради, према Нацрту се одговорност јавног складиштара од одговорности нејавног разликује само у спољашњости као обележју околности које га од одговорности ослобађају. С друге стране, околности које ослобађају нејавног складиштара исте су као у општем правилу. Овде се не би могло прибећи ни зачараном кругу систематског тумачења, унутар кога би се иста обележја ослобађајућих околности као из општег правила тумачила различито од њега, само зато што о њима постоји посебна одредба. Ово стога што би тада дошло до изједначавања одговорности јавног и нејавног складиштара, иако је јасна интенција да оне буду различите, због (не)постојања спољашњости, као обележја ослобађајућих околности (све ово под претпоставком строгог придржавања изложеног тумачења које заговарају присталице субјективне концепције). Такође, прихвате ли поједини аутори сопствену аргументацију о кривици као основу одговорности у Конвенцији (без обзира на то што су изричито наведени непредвидљивост и несавладивост као централна обележја више силе), онда би требало тако да тумаче и околности које превозиоца ослобађају од уговорне одговорности, за случај да буду усвојене поједине алтернативе из Нацрта, у којима се не наглашава да узрок мора да буде „стран“.¹¹⁶ Тиме би се дошло у ситуацију да је одговорност превозиоца у тим питањима субјективна, баш онако како ови аутори тврде да то прописује и опште правило, а супротно изложеном систематском тумачењу. Најзад, према општем правилу у Скици, уговорна одговорност је неспорно објективне природе.¹¹⁷ Ако одговорност превозиоца за сигурност путника или одговорност за губитак или оштећење пошиљке портумачимо као објективну у Скици (јер су присутни централни елементи више силе, мада се не наводи спољашњост), онда смо у ситуацији да је Константиновић у одредбама из посебних

115 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

116 Вид. Нацрт, чл. 1103.

117 Вид. Скица, чл. 208.

уговора наглашавао оно што је већ прописао општим правилом, а то је објективна одговорност. С друге стране, заправо, пошто је уговорна одговорност у Скици објективна, по општем правилу, требало би закључити да је одговорност у свим посебним уговорима, у којима је прописана посебна одредба о одговорности, субјективна, како се не би беспотребно понављало оно што је у општем правилу прописано. А то би било логиком неоптерећено. С тим у вези, чини се да ни Скица, ни Закон, ни Нацрт не могу испунити строг захтев „унутрашње логике“ постављен од стране присталица субјективне концепције, а на темељу које би они да изведу већи број закључака. Штавише, и неке присталице субјективне концепције истичу да је законски текст недоследан и непрецизан, те да нема јединственог приступа у питању уговорне одговорности. Због тога се не ваља ослонити на ово систематско тумачење.

4. Коначан закључак

Није да ово питање остаје нерешено и несугласицама праћено само између заговорника објективне с једне, и заговорника субјективне природе уговорне одговорности, с друге стране. Напротив, чини се да су несугласице преприсутне и међу начелним истомишљеницима, односно и међу самим присталицама субјективне концепције. Прво, у контексту језичког тумачења, законом исто дефинисане околности они различито тумаче. Конкретно, околности из члана 731 Закона, а врло вероватно и околности из алтернативе у члану 1103 Нацрта. Исто питање би се поставило и у погледу одговорности превозиоца из чланова 692 и 704 Скице, али је неупитно да ослобађајућу околност (сметњу) из Конвенције једни тумаче као вишу силу, а други као случај. Дакле, иако и једни и други заговарају разграничење природе општег основа на темељу одговорности за случај, није да су сагласни шта је заправо случај у конкретним одредбама. Друго, у контексту историјског тумачења, закључак би био да је одговорност превозиоца за сигурност путника у предложеној алтернативи Нацрта субјективна. Ово стога што се није задржала законска одредба по којој је она неспорно објективна, а још је и одстрањено обележје спољашњости (слично као у односу члана 208 Скице и члана 263 Закона). Па ипак, неке присталице субјективне концепције у тој одредби виде објективну одговорност.¹¹⁸ Тиме показују да нису сагласни са оваквом применом метода историјског тумачења. Најзад, у контексту систематског тумачења, закључак би био да је у посебним уговорима законодавац прописао посебну одредбу, не би ли њоме одступио од општег правила, а не понављао оно што се по општем правилу

118 М. Мишковић (2015), 214.

подразумева. Па ипак, неке присталице субјективне концепције одговорност скадиштара тумаче као субјективну, тврдећи да је законски текст непрецизан и недоследан на терену уговорне одговорности.

Дакле, ако узмемо да су изложена тумачења (језичко, историјско и систематско) окосница закључка о субјективној природи општег основа, а да ни за саме заговорнике таквог закључка она нису поуздана (штавише), те бројне омашке које се спочитавају законодавцу у овој области, онда се чини да тај закључак почива на врло нестабилним темељима.

Иницијална интенција рада је искључиво указивање на то да се у теорији присутним аргументима не може на доследан начин и конзистентно бранити субјективна природа уговорне одговорности, те да се овако недоследном аргументацијом ово правно питање није решило, већ се додатно продубило. Штавише, тек ће се продубити у случају усвајања ГЗ-а са неким у Нацрту предложеним алтернативама, будући да ће тада присутни аргументи бити још мање релевантни, из разлога наведених у раду. С тим у вези, циљ рада је продубљивање и поновно покретање научне расправе на ову тему, с обзиром на тренутни и будући (теоријски) значај овог питања. Ипак, у самом закључку, приклонимо се ауторима који стоје на становишту објективне природе уговорне одговорности. Угрубо, за то постоје два основна разлога. Први разлог се тиче целисходности – ако већ и не постоје стабилни аргументи за једно или друго тумачење, неспорно је да разлози целисходности стоје на страни објективне природе уговорне одговорности.¹¹⁹ Други разлог је логички и здраворазумски – околности истоветно сročене као у члану 263 Закона се само у Закону и то само у том члану (од стране присталица субјективне концепције) тумаче као случај – насупрот томе, исте такве околности у Скици, Нацрту, другим законима (ранијим и актуелним), па чак и у самом Закону о облигационим односима (нпр. код одговорности складиштара и угоститеља) – тумаче се као виша сила са различитим несрећним оправдањима. С тим у вези, а у контексту језичког и историјског тумачења (будући да је системско, због законских неконзистентности, само по себи, промашено), није могуће да је законодавчева интенција само у том једном случају (и ама баш ни у једном више) била да околностима која садрже језички тако сročена обележја прида значење случаја. Пре ће бити да се ради о једној апстрактнијој, универзалној синтагми, околностима које се тако скупа описују као изванредне и изузетне, а којима законодавац придаје значај више силе у сваком случају у којем их наводи. Разуму је ближе (па чак и интуитивно) да законодавчева интенција није нијансирање субјективне одговорности на околности случаја, односно узрок (у контексту општег основа

119 Разлоге целисходности у прилог објективне уговорне одговорности вид. код М. Ђорђевић (2012), 142–145.

уговорне одговорности) и непоступање с одговарајућом пажњом (у свим другим случајевима субјективне одговорности). Пре ће бити да је законодавац ишао за тим да околностима које снабде таквим универзално опредељеним обележјима прида карактер више силе, без обзира на то да ли је у појединој норми изоставио или додао неко од тих обележја. То се види и из његових недоследности у тим обележјима које се кроз различите одредбе Закона прожимају. Свако друго тумачење води, како смо видели, пукој произвољности (тј. квалификацији појединих одредаба као омашки законодавца, не би ли се на силу добило на конзистентности и истрајало у несрећном тумачењу, а у комбинацији са лутањем кроз зачарани круг и натезање историјског тумачења до бесмисла), бескрајном теоретисању и цепидлачењу, а све на темељу промашених аргумената које субјективну концепцију чине неодрживом.¹²⁰ У сваком случају, подробнија анализа објективне одговорности и аргумената због којих чл. 263 Закона треба тумачити у том смеру биће изнета у неком од наредних радова. Мотив аутора да истражује о овој теми биле су различите теоријске позиције у овом питању са којих су га другачије подучавали професори на предметима облигационо право и трговинско право, као студента треће, односно четврте године основних студија.

120 Уосталом, заговорници субјективне концепције темеље своје схватање о разликовању случаја и више силе на појединим (не свим) ставовима садржаним у магистарском раду Тодора Ачанског, који је објављен 1977. године. Примера ради, М. Мишковић (2015) то чини кроз фн. 19, 20, 27, 43, 44, 45, 59, а Н. Јовановић (2019) кроз фн. 9, 20, 34 итд. Дакле, кључни извор на којем темеље своје схватање (о разликовању случаја и више силе) датира из 1977. године. С друге стране, на основу Скице која датира још из 1969. године (премда су припреме за њено доношење почеле још давне 1960. године), поткомисија је донела два нацрта закона – 1973. и 1974. године. На основу другог нацрта сачињен је у марту 1974. предлог закона о облигацијама и уговорима који су усвојили надлежна већа тадашње савезне скупштине. Очекивало се да ће закон бити брзо донет, а то се није догодило јер је рад комисије привремено заустављен због трансформације у раду Скупштине на основу устава из 1974. Због тих промена формирана је нова комисија за припрему закона у оквиру које је поткомисија за израду закона о облигацијама и уговорима наставила да ради. Поткомисија је припремила нови нацрт 1976. Након јавне дискусије, саставила је предлог закона, али тај предлог је носио другачији назив – ЗОО. Скупштина је изгласала закон 30. марта 1978. године. Дакле, ако се питање садржине закона проблематизовало и било актуелно током седамдесетих година прошлог века, а главни теоријски извор у којем се настоји пронаћи оправдање за нијансирање више силе и случаја у контексту уговорне одговорности датира с краја седамдесетих година – тешко је замислити да је законодавчево интересовање заиста ишло у том правнотеоријском смеру. Јер, и није – он то показује кроз више недоследности садржаних у одредбама закона из којих се види да му није блиско разликовање више силе и случаја на начин на који то хоће да представе присталице субјективне концепције уговорне одговорности.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облијационо право*, Београд, 2011. (Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2011)
- Ачански Тодор, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), II том, Београд, 1978. (Ačanski Todor, „Viša sila“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (ur. Obren Stanković, Slobodan Perović, Miodrag Trajković), II том, Beograd, 1978)
- Beatson Jack, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th edition, Oxford, 2019.
- Благојевић Борислав, Круљ Врлета, *Коментар Закона о облијационим односима*, Београд, 1980. (Blagojević Borislav, Krulj Vrleta, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980)
- Васиљевић Мирко, *Одговорности железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1987. (Vasiljević Mirko, *Odgovornost železnice u domaćem i međunarodnom prevozu robe*, Beograd, 1987)
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 15. издање, Београд, 2016. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 15. izdanje, Beograd, 2016)
- Vedriš Martin, Klarić Petar, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb, 2004.
- Ђорђевић Живомир, „Члан 262“, *Коментар Закона о облијационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980. (Đorđević Živomir, „Član 262“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Gornji Milanovac – Kragujevac, 1980)
- Ђорђевић Милена, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Harmonius*, 2015. (Đorđević Milena, „Kritički osvrt na naučne rasprave o osnovu ugovorne odgovornosti prema odredbama Konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe“, *Harmonius*, 2015)
- Ђорђевић Милена, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној повреди робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Đorđević Milena, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj povredi robe*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)

- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993. (Jankovec Ivisa, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, 1993)
- Јовановић Небојша, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020. (Jovanović Nebojša, „Opšti osnov ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 1/2020)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, 2. издање, Београд, 2019. (Karanikić Mirić Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, 2. izdanje, Beograd, 2019)
- Константиновић Михаило, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982. (Konstantinović Mihailo, „Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/1982)
- Константиновић Михаило, *Облигационо право – белешке са предавања*, Београд, 1961. (Konstantinović Mihailo, *Obligaciono pravo – beleške sa predavanja*, Beograd, 1961)
- Круљ Врлета, *Променјене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967. (Kruļ Vrleta, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Beograd, 1967)
- Милошевић Љубиша, „Ослобођење (искључење или ограничење) од одговорности због неизвршења или неуредног извршења уговора о купопродаји робе у спољној трговини“, *Купопродаја робе у спољној трговини* (ур. Владимир Капор), Нови Сад, 1972. (Milošević Ljubiša, „Oslobođenje (isključenje ili ograničenje) od odgovornosti zbog neizvršenja ili neurednog izvršenja ugovora o kupoprodaji robe u spoljnoj trgovini“, *Kupoprodaja robe u spoljnoj trgovini* (ur. Vladimir Kapor), Novi Sad, 1972)
- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015. (Mišković Maša, „Oslobođenje od ugovorne odgovornosti“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2015)
- Мишковић Маша, „Уговорна одговорност складиштара“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Mišković Maša, „Ugovorna odgovornost skladištara“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)

- Перовић Слободан (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995. (Perović Slobodan (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990)
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, 12. izdanje, Niš, 2018)
- Станојевић Обрад, „‘Скица’ Михаила Константиновића“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978. (Stanojević Obrad, „‘Skica’ Mihaila Konstantinovića“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5/1978)
- Цигој Стојан, *Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете: Уговори у међународној трговини*, I том, Београд, 1987. (Cigoj Stojan, *Uloga kauze u aspektima naknade ugovorne štete: Ugovori u međunarodnoj trgovini*, I tom, Beograd, 1987)
- Шмид Вјекослав, „Угоститељска остава“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978. (Šmid Vjekoslav, „Ugostiteljska ostava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5/1978)

Ivan RAIČEVIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

CRITICAL REVIEW OF THE INTERPRETATION OF THE SUBJECTIVE NATURE OF THE GENERAL BASIS OF CONTRACTUAL LIABILITY

Summary

Inspired by the different theoretical positions from which he was taught by the professors in the subjects of Obligation Law and Commercial Law, as a student of the third and fourth year of studies, the author critically analyzes the argumentation according to which contractual liability is a subjective one and tries to answer the question of whether that argumentation fully supports the conclusion of debtor's fault as a general basis of contractual liability. In this context, the author analyzes not only the Obligation Relationships Act, but also individual solutions from the Draft of the Serbian Civil Code as well as the Draft Code on Obligations and Contracts of 1969 (in Serbian: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima). Also, the author analyzes provisions of the UN Convention on the International Sale of Goods in the context of the application of the aforementioned argumentation. After considering the positions present in the legal theory, the author concludes that the mentioned interpretation is inconsistent and based on unstable, unreliable and legally uncertain foundations.

Key words: Contractual Liability. – Basis of Liability. – Force Majeure. – Case.

Датум пријема рада: 20. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 9. 2023.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, који се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италиком).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У напомени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има до 150 речи.

Након сажетка рад мора да има кључне речи које најбоље описују садржај чланка за потребе индексирања и претраживања. Број кључних речи не може бити већи од 5.

Рад мора да садржи листу референци (литература) која обухвата библиографске изворе (чланке, монографије и сл.) и даје се искључиво у засебном одељку након текста. Референце се наводе на доследан начин, према азбучном редоследу презимена аутора, како гласе у оригиналу.

Рад мора да има сажетак и кључне речи и на енглеском језику. Резиме и кључне речи се дају на крају чланка, након одељка Литература.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Дрући ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминологија у ујоредном њраву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *redakcija@pravoprivreda.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментаријар Закона о стечајном поседу*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

- в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

- г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени њласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени њласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetz-buch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 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:

Сања Данковић Степановић

Значај превентивних мера за одвраћање од злоупотребе доминантног положаја

Наташа Петровић Томић

Принцип сразмерности премије тежини ризика на примеру осигурања од одговорности власника моторних возила – подзаконска активност Народне банке Србије

Јелена Ђеранић Перичић

Унитарна патентна заштита – изазови почетка примене Споразума о Јединственом патентном суду

Светислав Јанковић

Правна (не)основаност накнаде за одржавање банкарског текућег рачуна

Катарина Јовичић

Основи престанка трговинских уговора у српском праву

Маиа Мишковић

Акти државних органа као виша сила у уговорима о међународној продаји нафте и гаса

Јована Величковић

Право члана друштва на накнаду рефлексне штете:
Упоредно-правна и позитивно-правна анализа

Милена Митровић

Дужности директора у одрживом корпоративном управљању

Андреј Мићовић

Заштита конкуренције на тржишту дигиталних услуга