

Зборник радова са XXXI Сусрета правника
у привреди Републике Србије)

(ур. Татјана Јевремовић Петровић)

Почасни уредник

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

Уредник

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

Рецензенти

Шиме Ивањко (Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија)

Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка)

Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка)

Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија)

Драган Вујисић (Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија)

Марија Караникић Мирић (Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија)

Секретар

Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија

Технички секретари

Владимир Пешић, Привредни суд у Београду, Србија

Јелисавета Бољановић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Телефон/факс: +381 11 3234 985

Електронска адреса удружења: office@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravnicuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

ISBN

978-86-901728-3-2

Тираж

200

Радови објављени у зборнику подлежу анонимној рецензији двоје рецензената.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима.



**Зборник радова са XXXI Сусрета правника
у привреди Републике Србије**

(ур. Татјана Јевремовић Петровић)

**Зборник радова са XXXI Сусрета правника
у привреди Републике Србије**

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Стефан ШОКИЊОВ

Недозвољени споразуми у вези са фармацеутским
проналасцима 1

Јован ВУЈИЧИЋ

Саобразност робе са дигиталним елементима према
Директиви (ЕУ) 2019/771. 19

СТРУЧНИ РАДОВИ

Младен НИКОЛИЋ

Претходна мера и привремена мера: са посебним освртом
на сличности и разлике 39

Владимир КОЗАР, Немања АЛЕКСИЋ

Финансијски и економски капацитет као критеријуми
за избор привредног субјекта у поступку јавне набавке 52

Дејан А. ЂУКИЋ

Кориснички услови сервиса на интернету као извор права . . . 71

Весна СТОЈАНОВИЋ

Добровољно пензијско и инвалидско осигурање – члан 15
Закона о пензијском и инвалидском осигурању у Републици
Србији. 86

Душан ИЛИЋ

Преговарање о објективно битним елементима уговора
о купопродаји 96

Collection of Papers from XXXI Congress of Association of Business Lawyers of Serbia

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Stefan ŠOKINJOV

Unlawfull Agreements on Farmaceutical Inventions 1

Jovan VUJIČIĆ

Conformity of Goods with Digital Elements According to
Directive (EU) 2019/771..... 19

PROFESSIONAL PAPERS

Mladen NIKOLIĆ

Preliminary Measure and Interim Measure: With Emphasis on
Similarities and Differences 39

Vladimir KOZAR, Nemanja ALEKSIĆ

Financial and Economic Capacity as Criteria for Selection of an
Economic Operator in the Public Procurement Procedure..... 52

Dejan A. ĐUKIĆ

User Terms of Service on the Internet as a Source of Law..... 71

Vesna STOJANOVIĆ

Voluntary Pension and Disability Insurance – Article 15 of the
Law on Pension and Disability Insurance of Republic of Serbia ... 86

Dušan ILIĆ

Negotiations about Objectively Significant Elements of Sale
Agreement 96

ЧЛАНЦИ

УДК: 339.137.27:[338.45:661.12

CERIF: S 124, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2301A

др *Стефан ШОКИЊОВ**

редовни професор Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета,
Србија

НЕДОЗВОЉЕНИ СПОРАЗУМИ У ВЕЗИ СА ФАРМАЦЕУТСКИМ ПРОНАЛАСЦИМА**

Сажетак

Тзв. ориџинерне лекове производе оне фармацеутичке компаније које су носиоци патента на проналаске у вези са активним хемијским или биолошким састојцима. Све док траје патентна заштитна ориџинерни лекови се продају по монополским ценама. Пошто су патентни временски ограничена субјективна права, продаја по овим ценама траје привремено. Како би продужили период тржишне ексклузивности ориџинерног лека фармацеутичке компаније, између остало, плаћају произвођачима генеричних лекова за одлагање уласка на тржиште. Пошто се на тај начин нарушава ценовна конкуренција учесници ових споразума, који се често закључују у форми поравнања, кажњени су у административном поступку. Оспорени уравни акти су касније потврђени од стране Суда правде Европске уније у случају Lundbeck и Апелационој трибунала В. Бриџаније за право конкуренције у случају Generics (а у ком случају је Суд правде ЕУ решавао по прелиминарном питању).

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

** Рад је написан у оквиру научног пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“.

Кључне речи: *Патентни. – Лекови. – Ресџриктивни сџоразуми. – Право конкуренције. – Евројска унија.*

І Увод

Фармацеутска индустрија је технолошки високо развијена грана привреде и стога заснована на истраживању и развоју. У истраживачко-развијне фармацеутске пројекте улажу се огромне суме новца.¹ Међутим, за разлику од стварања и медицинске провере активних хемијских и биолошких састојака, производња лекова који их садрже, гледано са аспекта развијености фармацеутске индустрије, није толико технолошки захтевна ни скупа. То значи да су конкуренти у стању да релативно лако овладају производњом нових активних састојака и на њима заснованих лекова. Из тог разлога су патенти у фармацеутској индустрији од толико великог значаја да се може рећи како је фармацеутска индустрија зависна од система правне заштите проналазака.² Захваљујући патентима произвођачи оригинерних лекова су у стању да обезбеде искључивост у употреби нових активних супстанци и тако, с једне стране, надокнаде новчана средства утрошена у: истраживање и развој, производњу, маркетинг и правну заштиту нових лекова и, с друге стране, остваре добит довољно велику да део могу реинвестирати у нови циклус истраживања и развоја.

Патенти су временски ограничена права. Након истека патентно-правне заштите, предметни проналазак могу у привредне сврхе користити други правни субјекти. Ово патентноправно правило важи и у фармацеутској индустрији. Након истека патента за проналазак активног састојка, субјективно право престаје, а са њим и својинскоправно овлашћење на искључиву комерцијалну употребу тог састојка. Лек који конкурентске фармацеутске компаније направе од активног састојка који више није заштићен патентом назива се генерични лек. Генерични лекови имају исти састав, па самим тим и исто хемијско-биолошко дејство као и оригинерни лекови. Оно по чему се оригинерни и генерични ле-

1 У Европи је 2020. године у фармацеутској индустрији уложено скоро 40 милијарди евра у истраживање и развој (EFPIA, *The Pharmaceutical Industry in Figures: Key Data 2020*, доступно на адреси: <https://www.efpia.eu/media/637143/the-pharmaceutical-industry-in-figures-2022.pdf>, 12. 12. 2022, 7).

2 Slobodanka Jovanović, „Patents in the Pharmaceutical Industry“, *Chemical Industry*, Nr. 3/2003, 133. „Патентна заштита тако заузима централно место у пословном моделу произвођача оригинерних лекова.“ (Damien Geradin, „When Competition Law Analysis Goes Wrong – The Italian Pfizer/Pharmacia Case“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393383, 12. 12. 2022, 1).

кови разликују јесте цена. Цена лека може бити и до 90% нижа након пуштања у промет генеричних лекова.³ Зато је јасно да након пуштања у промет генеричних лекова произвођач оригинерног лека више не може остваривати екстрапрофит. Због тога је произвођач оригинерног лека заинтересован да што дуже очува његову тржишну ексклузивност односно тржишну ситуацију еквивалентну оној која постоји током периода патентноправне заштите. Како би то постигао предузима различите мере као што су: исходовање сертификата о додатној заштити, стварање тзв. патентног кластера, оцрњивање генеричних лекова, замена оригинерног лека његовом побољшаном верзијом која нема генерични еквивалент, плаћање произвођачима генеричних лекова како би се уздржали од пуштања генеричних лекова у промет и др. Као што видимо, неке од ових мера су правно дозвољене, неке су противне пословном моралу и добрим обичајима, а неке су противзаконите. Једна од правно недопуштених активности којима произвођачи оригинерних лекова продужавају тржишни ексклузивитет јесте закључење рестриктивних споразума која су у стручној литератури, те правној као и привредној пракси, познати као споразуми или (када су основ за споразумно окончање судског спора) поравнања *pay-for-delay*. За разлику од других активности које су агресивно усмерене на лишавање произвођача генеричних лекова сваког учешћа у профиту од продаје предметног лека, од *pay-for-delay* споразума користи имају обе стране.⁴

Европска комисија (даље у тексту: Комисија) у протеклом периоду спровела је четири правна поступка због нарушавања конкуренције против фармацеутских компанија због закључења *pay-for-delay* споразума. У три случаја су фармацеутске компаније против одлуке Комисије поднеле тужбе Суду опште надлежности који их је у целости или делимично одбио, па су произвођачи лекова против првостепених пресуда у сваком од ова три случаја поднели жалбе Суду правде ЕУ (даље у тексту: Суд). У два од ова три случаја у време писања овог рада поступак још увек траје, док је у једном (*Lundbeck*) Суд донео пресуду. Одлука је донета и у још једном *pay-for-delay* предмету, али не по тужби против пресуде Суда опште надлежности него по захтеву за поступање по претходном питању

3 „Antitrust: Commission fines Teva and Cephalon €60.5 million for delaying entry of cheaper generic medicine“, European Commission – Press release, Brussels, 26 November 2020.

4 Robin Feldman, Prianka Misra, „The Fatal Attraction of Pay-for-Delay“, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Nr. 1/2019, 255. На следећој страници чланка аутори наводе да *pay-for-delay* поравнањем произвођачи лекова заједно извлаче вишак вредности од потрошача. „Учесници поравнања генеришу вишак који онда деле међу собом.“ (Linda Gratz, „Economic Analysis of Pay-for-Delay Settlements and Their Legal Ruling“, *Munich Discussion Paper*, Nr. 6/2012, 13).

поднетом од стране Жалбеног трибунала Велике Британије за право конкуренције у случају *Generics (UK) Ltd and others vs Competition and Markets Authority (CMA)*. У овом раду ћемо анализирати само пресуђене случајеве. У преостала два спорна су нека правна питања као што су: утицај трансфера технологије на поделу тржишта и злоупотребу доминантног тржишног положаја, те питање ширине релевантног производног тржишта о којима се у окончаним случајевима није решавало или барем не у целости. Одлучили смо да не чекамо да Суд пресуди у преостала два случаја па да тек онда напишемо овај рад јер би тада обим рада знатно превазилазио препоручени максимум (и овако смо морали скраћивати). Зато ћемо у овом чланку обрадити правни материјал који нам је сада доступан, а правна питања из судских поступака који су у време писања овог рада у току, анализираћемо у новом раду.

II Случај *Generics (UK) Ltd (Paroxetine)*⁵

GlaxoSmithKline је својевремено у Великој Британији исходовао патент за проналазак пароксетина (*paroxetine*). Пароксетин је активни фармацеутски састојак у антидепресиву, који је као оригинални лек *GlaxoSmithKline* стављао у промет под жигом *Seroxat*. Осим патента за проналазак пароксетина, *GlaxoSmithKline* је исходовао и тзв. секундарне патенте. Секундарни патенти се, по правилу, исходују пред истек основног патента за проналазак активног фармацеутског састојка и односе се најчешће на побољшања основног проналазка (допунски патенти), проналазак поступка производње, те проналазке појединих супстанци активног фармацеутског састојка.⁶ И поред постојања секундарних патената, већ у време истека примарног патента, више фармацеутских компанија је предузело радње на основу којих се несумњиво могло закључити да имају намеру да стављају генерични лек у промет. Тако је *IVAX* након што је купио пароксетин од *Badische Anilin und Soda Fabrik (BASF)* поднео захтев за издавање дозволе за стављање генеричног лека у промет на тржишту Ирске. *Generics (UK) Ltd* је исходовао дозволу за стављање лека у промет у Данској, а *Alpharma* је поднела захтев за издавање дозволе за стављање лека у промет на тржишту В. Британије. Да би задржао доминацију у продаји лека на бази парок-

5 C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v. Competition and Markets Authority*, ECLI:EU:C:2020:52.

6 Тако се ствара кластер који може имати и стотину патената на само једном националном тржишту. Ради заштите проналазка на међународном тржишту то може значити постојање више хиљада патената за само један једини лек.

сетина на тржишту В. Британије *GlaxoSmithKline* је са сваким од помених предузећа закључио уговор.

Први уговор је закључио са *IVAX*-ом. На основу овог уговора *IVAX* је стекао статус јединственог (*sole*) дистрибутера уз ограничење да на годишњем нивоу може продати највише 770000 паковања са 30 таблета од 20mg. На име промотивних активности *GlaxoSmithKline* се обавезао да *IVAX*-у годишње плаћа 3,2 милиона фунти.

Други споразум је *GlaxoSmithKline* закључио са *Generics*-ом. Овај споразум је по процесноправној природи поравнање пошто су му претходили бројни судски спорови као и привремена мера (за чије је исходавање *GlaxoSmithKline* морао положити у депозит новчана средства на име обезбеђења за штету коју би због привремене мере евентуално претрпео *Generics (UK) Ltd*). Поравнање је потписано дан уочи рошишта за главну расправу. *GlaxoSmithKline* се обавезао да од *Generics*-а откупи залихе генеричног лека намењене за пуштање у промет на тржишту В. Британије, надокнади *Generics*-у 50% судских трошкова, а највише 500 хиљада фунти и да годишње плаћа *Generics*-у новчани износ од 1,65 милиона фунти за услуге промоције. *Generics* се обавезао да на тржиште В. Британије до 750000 кутија предметног лека од 20mg и по унапред одређеној цени пласира као поддистрибутер *IVAX*-а и да се изван ових количина уздржи од било каквог увоза и продаје генеричног лека у В. Британији.

Трећи споразум је такође био закључен као поравнање. Њиме се *GlaxoSmithKline* обавезао да повуче тужбу, плати *Alpharma*-и 500 хиљада фунти на име судских трошкова, исплати 3 милиона фунти на име трошкова за улазак на тржиште В. Британије и додатно по 100.000 фунти месечно у првих 12 месеци спровођења овог споразума за промотивне услуге. *Alpharma* се обавезала да предметни лек може на тржишту В. Британије пласирати само као поддистрибутер *IVAX*-а и то до 500000 паковања од 20mg.

Поравнања са *Generics*-ом и *Alpharma*-ом су оглашена недозвољеним, а *GlaxoSmithKline* је кажњен и због злоупотребе доминантног положаја. Споразум са *IVAX*-ом није санкциониран јер као вертикални (уговор о дистрибуцији) није био обухваћен тадашњим законом о заштити конкуренције. Кажњена предузећа су поднела жалбе, а поступајући Жалбени трибунал за право конкуренције одлучио је застати са поступком и обратити се Суду захтевом за решавање по претходном питању. На постављена питања Суд је у пресуди од 30. јануара 2020. године дао следеће одговоре:

„1. Члан 101 став 1 УФЕУ треба тумачити на начин да се произвођач изворног лека који је носилац патента за поступак производње ак-

тивног састојка који је постао доступан јавности, те, с друге стране, произвођач генеричног лека који се спрема ући на тржиште лека који садржи тај активни састојак, а који су у спору о ваљаности тог патента или око тога повређује ли генерични лек тај патент, налазе у ситуацији потенцијалног тржишног такмичења онда када се утврди да произвођач генеричних лекова има чврсту намеру и одликује се оспособљеношћу за улазак на тржиште, а за који улазак не постоје непремостиве препреке, што је на суду који је упутио захтев да оцени.

2. Члан 101 став 1 УФЕУ треба тумачити на начин да је споразум који има за циљ спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције онај споразум о мирном решавању судског спора који је у току између произвођача изворног лека и произвођача генеричних лекова који се налазе у позицији потенцијалног конкурента, и то у вези с ваљаношћу патента за поступак производње активног састојка изворног лека који је постао доступан јавности, а чији је носилац први произвођач, као и у вези с тиме повређује ли генерична верзија лека тај патент, а којим се произвођач генеричних лекова обавезује да неће ући на тржиште лека који садржи тај активни састојак као и да неће устрајати у својој тужби за проглашење ништавости тог патента током трајања споразума, у замену за пренос вредности од стране произвођача изворних лекова:

- ако из свих доступних доказа произлази да се позитиван салдо преноса вредности произвођача изворних лекова у корист произвођача генеричних лекова објашњава само пословним интересом страна споразума да се не упусте у тржишно такмичење,
- осим ако је предметни споразум о мирном решавању спора пропраћен доказаним позитивним ефектима на конкуренцију који дају основ разумној сумњи да је поравнањем конкуренција знатно нарушена.

3. Члан 101 став 1 УФЕУ треба тумачити на начин да доказивање постојања осетних потенцијалних или стварних ефеката споразума о мирном решавању спора на тржишно такмичење, попут оних о којима је реч у главном поступку, и тиме његове квалификације као „ограничења с обзиром на последицу“ не претпостављају утврђење да би услед његовог непостојања произвођач генеричних лекова који је страна тог споразума вероватно успео у спору у вези с предметним процесним патентом нити да би стране предметног поравнања вероватно закључиле мање ограничавајући споразум о мирном решавању спора.

4. Члан 102 УФЕУ треба тумачити на начин да у ситуацији у којој произвођач изворних лекова који садрже активни састојак који

је постао доступан јавности, али у погледу којег је поступак израде обухваћен патентом за поступак чија је ваљаност оспорена, спречава на темељу тог патента улазак генеричних верзија тог лека на тржиште, ваља ради одређивања релевантног тржишта производа узети у обзир не само изворну верзију тог лека, него и његове генеричне верзије, чак и ако ове потоње не би могле законито ући на тржиште пре истека патента за поступак, ако су дотични произвођачи генеричних лекова у могућности појавити се у кратком року на релевантном тржишту с довољном тржишном снагом како би успоставили стварну противтежу наспрам произвођача изворног лека који је већ присутан на том тржишту, а што је на суду који је упутио захтев да провери.

5. Члан 102 УФЕУ треба тумачити на начин да стратегија предузећа у доминантном тржишном положају, који је носилац патента за поступак за производњу активног састојка који је постао доступан јавности, да, било опреза ради било поводом покретања судских поступака којима се у питање доводи ваљаност наведеног патента, закључи низ споразума о мирном решавању спора чији је ефекат барем привремено задржавање изван тржишта потенцијалних конкурената који производе генеричне лекове у којима се користи исти активни састојак, чини злоупотребу доминантног тржишног положаја, ако наведена стратегија може ограничити конкуренцију и произвести ефекте истискивања с тржишта који надмашују противтржишне ефекте својствене сваком од споразума о мирном решавању спора понаособ, а што је на суду који је упутио захтев да провери.“

III Случај *Lundbeck (Citalopram)*⁷

Lundbeck је произвођач оригиналних лекова са седиштем у Данској. Био је титулар патента за проналазак циталопрама. Циталопрам је активни фармацеутски састојак у антидепресиву који је *Lundbeck* у промет стављо под жигом *Cipramil*. У склопу стратегије задржавања тржишне ексклузивности, неколико година пред истек примарног патента, *Lundbeck* је патентирао проналаске двају поступака за производњу циталопрама, као и допунски проналазак есциталопрама (*S-citalopram*) – активне супстанце за производњу унапређене верзије предметног лека за чије обележавање се требао користити жиг *Ciprallex*.

По истеку примарног патента *Lundbeck* закључује шест споразума са произвођачима генеричних лекова. Први споразум је закључен са *Generics (UK) Limited* за тржиште В. Британије. Споразум је првобитно био закључен на рок од годину дана да би накнадно важење спо-

7 C-591/16 P *Lundbeck*, ECLI:EU:C:2021:243.

разума било продужено за још шест месеци. Споразумом се *Lundbeck* обавезао откупити залихе генеричног лека од *Generics-a*, продавати *Generics-у* предметни лек ради препродаје на територији В. Британије, платити *Generics-у* 5 милиона фунти гарантованог нето профита, па након продужења уговора плаћати још 400 одн. 750 хиљада фунти на месечном нивоу, тако да је укупна сума новца коју је *Lundbeck* по овом уговору платио износила 19,4 милиона евра.

Други уговор се односио на цело тржиште Европског економског простора (ЕЕА). Овај уговор је закључен са *Merck-ом*. Узгред буди речено, *Merck* се сматра одговорним и за нарушавање конкуренције првим споразумом јер је *Generics (UK) Limited* посредством *Merck Generics Holding GmbH* у власништву *Merck KgaA* – привредног друштва са седиштем у Немачкој. Овим уговором се *Lundbeck* обавезао да исплати 12 милиона евра како би се *Merck* уздржао од продаје генеричне верзије предметног лека на територији ЕЕА изузев на тржишту В. Британије на којем је претходним уговором то било омогућено његовом зависном друштву *Generics-у*. *Merck* се обавезао да учини све што је у његовој моћи како би *Natco Pharma Ltd* – *Merck-ов* снабдевач циталопрамом, престао са продајом циталопрама на тржишту ЕЕА. За узврат *Lundbeck* се обавезао да се уздржи од подношења тужбе због повреде секундарних патената на циталопрам против *Generics-a*.

Наредна два уговора закључили су *Lundbeck* и *Arrow*. *Arrow* је произвођач генеричних лекова са седиштем у Данској. Први је тзв. *Arrow UK* споразум јер је био ограничен на територију В. Британије. *Arrow* се обавезала да се уздржи од увоза, нуђења, складиштења, те стављања у промет циталопрама и да *Lundbeck-у* испоручи своје залихе овог активног састојка, а *Lundbeck* се обавезао да исплати износ од 5 милиона фунти иницијално и још по 450 хиљада односно 1,35 милиона фунти према анексима којима се продужавало трајање споразума. Други споразум је тзв. *Arrow Danish* споразум и садржавао је обавезе уздржавања од продаје, увоза, али и производње циталопрама у Данској за износ од 500 хиљада долара. Такође је био договорен и откуп залиха циталопрама за износ од 147 хиљада долара.

Пети споразум су закључили *Lundbeck* и *Alpharma*. Релевантно географско тржиште су чиниле територије земаља Европске уније, Норвешке и Швајцарске. За прекид свих активности у вези са стављањем у промет циталопрама и откуп залиха *Alpharma-и* је плаћено 12 милиона долара.

Ranbaxy Laboratories Ltd је матично привредно друштво за производњу генеричних лекова са седиштем у Индији. Зависно друштво *Ranbaxy (UK)* основано је у В. Британији. Споразум је био сличан спора-

зумима са *Merck/Generics (UK)*. Уздржавање од продаје циталопрама на територији ЕЕА, сем тржишта В. Британије, где *Ranbaxy (UK)* може продавати лекове на бази циталопрама, али само оне које купи од *Lundbeck*-а по дисконтној цени. Сума коју се *Lundbeck* обавезао да плати је 9,5 милиона долара. Уговорне стране су се договориле да се уздрже од покретања судских поступака због повреде одн. ради поништаја патента.

Комисија је одлуком од 13. јуна 2013. године утврдила да су предметни споразуми недопуштени јер су закључени са циљем нарушавања конкуренције и уговорним странама изрекла новчане казне. Против одлуке Комисије, сва кажњена предузећа су поднела тужбе Суду опште надлежности који је о тужби коју је поднео *Lundbeck* одлучивао у предмету бр. Т-472/13 тако што је тужбени захтев одбио у целости. Против одлуке првостепеног суда *Lundbeck* је поднео жалбу Суду. Жалба је одбијена, а првостепена одлука потврђена 25. марта 2021. године.

IV Појам *pay-for-delay* споразума с освртом на *Generics* и *Lundbeck* пресуде

Pay-for-delay споразум је споразум којим се произвођач генеричних лекова обавезује да се уздржи од стављања генеричног лека у промет уопште или на споразумом одређеним националним тржиштима, као и да повуче захтев за поништај патента произвођача оригиналног лека или да такав захтев не подноси, а произвођач оригиналног лека се обавезује да повуче тужбу због повреде патента и произвођачу генеричног лека уплаћује договорени новчани износ⁸ или врши неко друго имовинско давање⁹ све док се произвођач генеричног лека уздржава од продаје предметног лека на релевантном географском тржишту. Друго имовинско давање може се односити на ствари, услуге или права.¹⁰

У неким случајевима и произвођач генеричног лека може бити обавезан на давање или неку другу чинидбу комерцијалног карактера. У ствари, у тзв. другој генерацији *pay-for-delay* споразума, произвођач генеричног лека се редовно обавезује на давање како би се разлог

8 Scott Hemphill, „Paying for Delay: Pharmaceutical Patent Settlement as a Regulatory Design Problem“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925919, 12. 12. 2022, 105.

9 „(A)ny type of benefits“ (Anna Laszczyk, „Anticompetitive Patent Settlements – Where Are We Ten Years After the European Commission’s Pharmaceutical Inquiry?“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Nr. 21/2022, 132).

10 „Неновчана давања могу изазвати чак и веће антиконкуренијске ефекте него новчана“ (Ioanis Lianos, Valentine Korah, Paolo Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials*, London, 2017, 164).

плаћања формалноправно приказао као допуштен односно како би се недопуштени, а стварни разлог плаћања – прикрио. Тако произвођач генеричног лека може бити обавезан да испоручи генеричну верзију предметног лека или неку другу робу, изврши услуге промоције оригиналног лека или неке друге услуге, те уступи технологију. Такође, у случајевима када уместо плаћања произвођач оригиналног лека предаје ствари, пружа услуге или уступа права, произвођач генеричног лека преузима обавезу плаћања. Сви ови тзв. споредни послови (*side deals*) су симуловани, и због недопуштености предмета који се њима прикрива – ништави, ако и када висина плаћања знатно одступа од вредности предмета давања у корист произвођача генеричног лека. Када давање врши произвођач генеричног лека, споразум ће бити *pay-for-delay* типа ако је цена коју плаћа произвођач оригиналног лека превисока¹¹ односно када вишеструко надмашује вредност предмета давања. И обрнуто, када давање врши произвођач оригиналног лека, поравнање се сматра *pay-for-delay* када је висина новчаног износа који плаћа произвођач генеричног лека вишеструко нижа од вредности предмета давања.

Да би се *pay-for-delay* споразум сматрао недопуштеним споразумом неопходно је да су кумулативно испуњена три услова: 1. да су стране које закључују поравнање (ако не актуелни, а оно барем потенцијални) конкуренти, 2. да произвођач оригиналног лека врши пренос вредности произвођачу генеричног лека и 3. да се произвођач генеричног лека обавезао да се уздржи од уласка на релевантно тржиште или ако је ушао на тржиште да се са тржишта повуче или остане одн. уђе, али не као конкурент, већ као дистрибутер произвођача оригиналног лека. Ако поравнање обухвата споредне послове, други услов је испуњен ако постоји знатно одступање вредности предмета чинидбе од цене у корист произвођача генеричног лека. У том смислу ћемо у наставку рада прво размотрити да ли су произвођач генеричног и произвођач оригиналног лека макар потенцијални конкуренти. Затим ћемо размотрити да ли се *pay-for-delay* споразум недопуштеним споразумом сматра по циљу или по последици. И на крају ћемо истражити да ли произвођач оригиналног лека може истовремено одговарати и за закључење недозвољеног споразума и за злоупотребу доминантног тржишног положаја.

1. Конкурентијски однос произвођача оригиналног и произвођача генеричног лека

11 „(U)nrealistically high“ (Scott Hemphil, „Drug Patent Settlements Between Rivals: A Survey“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969492, 12. 12. 2022, 19.

Да би се *pay-for-delay* поравнање сматрало недопуштеним споразумом оно мора бити закључено између конкурената. Небитно је да ли су конкуренти стварни или потенцијални. Одговор на питање конкурентског односа странака *pay-for-delay* споразума компликује чињеница да се у оваквим случајевима прожимају право конкуренције и патентно право. Патенти су врста правног монопола којима се у односу на комерцијално коришћење патентираног проналаска искључује конкуренција. Из тога би се могло закључити да у односу на патент који је признат у вези са проналаском активног фармацеутског састојка титулар патента и произвођач генеричног лека, док патент траје, нису конкуренти јер се произвођач генеричног лека мора уздржавати од коришћења патентом заштићеног проналаска. Ову тврдњу би требало узети с резервом јер могу да постоје ситуације у којима коришћење патентираног проналаска у комерцијалне сврхе не представља повреду патента. Ове ситуације могу да постоје у случајевима процесних патената. И управо су то ситуације које чине чињенично стање предметних судских поступака где су санкционисана поравнања закључена након истека примарног патента, а за време трајања процесних патената. За разлику од примарних патената процесни патенти нису непремостива препрека за коришћење активног фармацеутског састојка,¹² јер представљају правну препреку за коришћење само оног активног фармацеутског састојка који је произведен по патентираном поступку. Коришћење активних фармацеутских састојака произведених по некој другој процедури и на неки други начин не представља повреду процесног патента.

Да ли то значи да странке *pay-for-delay* споразума закљученог током трајања примарног патента нису конкуренти? Колико год то са становишта права интелектуалне својине звучало јеретички: не значи.¹³ Ако је *pay-for-delay* споразум закључен за време трајања патента за проналазак активног фармацеутског састојка као проналаска производа, то је индиција да са тим патентом нешто крупно није у реду.¹⁴ Шта није у реду, да ли новост, да ли инвентивни ниво, најбоље знају произвођачи

12 Sofia Oliveira Pais, „The Lundbeck Case through the Lens of Probabilistic Patents“, *The Lundbeck Case and the Concept of Potential Competition* (име уредника непознато), Institute of Competition Law, 2017, 38.

13 Pablo Ibañez Colomo, „The legal status of pay-for-delay agreements in EU competition law: Generics (Paroxetine)“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693746, 12. 12. 2022, 16.

14 Herbert Hovenkamp, „Innovation and Competition Policy, Chapter 4(2d): Competition Policy and the Patent System“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938310, 12. 12. 2022, 82.

лекова.¹⁵ У том смислу су независно од постојања валидног патента за проналазак производа управо: 1. судски спорови и други правни поступци (а нарочито за поништај патента) између титулара патента и произвођача генеричног лека и 2. закључење поравнања на основу којег плаћање врши титулар патента, индиције да су титулар патента и произвођач генеричног лека барем потенцијални конкуренти. При томе се од органа управе или посебне организације надлежне за заштиту конкуренције, па самим тим ни од Комисије, не тражи нити је она за то стручна, да процењује ни обим патента, ни испуњеност материјалних услова за његово признање.

Овакав закључак, да се у случају спора и закључења поравнања са тзв. реверзибилним (наopakим) плаћањем¹⁶ титулар патента и произвођач генеричног лека сматрају конкурентима, био је основ за настанак теорије о тзв. пробабилистичком патенту, односно праву које се само условно признаје, а коначну валидност стиче тек успехом титулара права у судском спору. Ова се теорија не може прихватити јер би била угрожена стабилност система правне заштите проналазака, што би негативно утицало на истраживање и развој и иновације. Патент јесте апсолутно субјективно право које представља поуздан правни основ и гаранцију за инвестиционе одлуке. Међутим нематеријална природа проналаска, огромно мноштво патентне документације, те оптерећеност патентних завода могу узроковати признање патента за проналазак који не испуњава прописане материјалне услове. Да ли се то десило у конкретном случају познато је титуларима патента и њиховим конкурентима. Ако је са патентом све у реду, титулар патента неће закључивати поравнање са реверзибилним плаћањем. При томе је неприхватљив аргумент да се *pay-for-delay* поравнањем остварује исти ефекат као и правоснажном судском пресудом и да титулар патента може да бира како ће обезбедити искључивост у коришћењу патентираног проналаска. Овај аргумент је неприхватљив из разлога што није логично да титулар патента плаћа конкуренту како би реализовао имовинскоправно овлашћење које произлази из садржине признатог права и које је судски заштићено. Из истог разлога није прихватљив ни аргумент да постоји несразмера ризика у поступку за поништај патента јер конкурент не ризикује ништа, а титулар патента ризикује да изгуби могућност

15 „Титулари права су свесни када су њихови патенти слаби.“ (*Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report: Communication from the Commission*, доступно на адреси: https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_en.pdf, 12. 12. 2022, 10).

16 Нормалан смер плаћања би био ка титулару патента (Leigh Hancher, Wolf Sauter, „A dose of competition: EU antitrust law in the pharmaceutical sector“, *TILEC*, Nr. 17/2015, 18).

остваривања екстрапрофита и да онда он због елиминисања ризика закључује поравнање и плаћа конкуренту. Странкама није дозвољено да правно легитимни циљ остварују на незаконит начин. Другим речима, ако се признато право може заштитити у редовном правном поступку нема потребе остваривати га противправним средствима, а ризик је саставни део нормалног, уобичајеног и здравог тржишног такмичења.

2. Повреда конкуренције по циљу и по ефекту

„По циљу“ се сматрају забрањени само оне пословне праксе које су по својој природи, дакле инхерентно, рестриктивне.¹⁷ По својој природи се рестриктивним сматрају оне пословне праксе које су у тој мери штетне по конкуренцију да је утврђивање штетних ефеката ради исходавања забране такве праксе просто излишно.¹⁸ Како се без утврђивања конкретних последица на тржишту може знати да је нека пословна пракса сама по себи довољно штетна по функционисање конкуренције? Одговор је: из искуства. Управо се на овом одговору заснивао кључан противаргумент учесника недозвољеног споразума. У праву конкуренције ЕУ Суд први пут решава о *pay-for-delay* споразумима у (тада текућем) случају *Lundbeck*. Дакле не постоји ни искуствена ни правна потврда да се *pay-for-delay* споразумима редовно, скоро увек, готово без изузетка, нарушава конкуренција, а без тог искуства Комисија не може утврдити да је циљ *pay for delay* споразума рестриктиван. Овај аргумент није основан. Тачно је да *pay-for-delay* споразуми до почетка XXI века нису били предмет ни административних ни судских поступака за заштиту конкуренције и да се стога о њима није могло стећи никакво искуство које би потврђивало њихову инхерентну штетност по функционалну конкуренцију. Међутим, штетни ефекат који се њима производи по функционисање конкуренције није нов и непознат. Овим споразумима се задржава монополски положај на тржишту (једино што се екстрамонополски профит сада дели између странака поравнања, а не задржава га у целости произвођач оригиналног лека као пре закључења поравнања), задржавају се екстрамонополске цене и спречава њихово снижење које би се десило уласком на тржиште произвођача генеричних лекова. Ефекат је једнак искључењу са тржишта, а искључење с тржишта једнако економски ефикасног конкурента се недвосмислено искуствено показало као штетно по функционисање конкуренције. Према томе, у односу на ефекат на цене, економски положај потрошача, иновирање и тржишну структуру који се постиже овим спо-

17 C-67/13 P *Groupment des cartes bancaires* (CB), ECLI:EU:C:2014:2204, тач. 50.

18 Довољно штетне (*sufficiently deleterious* – Case 56/65 *Societe Technique Miniere*, [1966] ECR 00235, 249), односно показују довољан степен штетности по конкуренцију (*reveal a sufficient degree of harm to competition* – *Cartes Bancaires*, тач. 49).

разумима постоји богато, кристално јасно искуство и сваки споразум којим се такав ефекат постиже сматра се нарушавањем конкуренције „по циљу“ без обзира на форму споразума.

Да је циљ тржишне координације нарушавање конкуренције, доказује се одсуством позитивних тржишних ефеката као могућег алтернативног објашњења предузимања предметне пословне праксе. Ово отуд што споразуми којима је нарушавање конкуренције циљ не производе нити могу да произведу позитивне тржишне ефекте, па је њихово одсуство сигуран доказ да је у питању пракса која је, по самој својој природи – таква каква јесте – инхерентно рестриктивна. Према томе, у случају да се *pay-for-delay* споразумом постижу позитивни ефекти по иновације, трошкове које носе пацијенти или фондови здравственог осигурања, оно се не би могло третирати као споразум који је закључен с циљем нарушавања конкуренције и Комисија би била дужна утврдити и штетне и позитивне ефекте и упоредити их. У случају „Циталопрам“ ниједан тужилац није поднео доказе за постојање било каквог позитивног ефекта *pay-for-delay* споразума који би се могао третирати као објективно оправдање или легитимни циљ споразума па је налаз Суда да је *pay-for-delay* споразум закључен с циљем нарушавања конкуренције непобитан. У случају „Пароксетин“ утврђено је да су цене лекова после закључења поравнања заиста биле ниже у односу на цене које је GSK наплаћивао док је трајао примарни патент. У вези са тим се поставља питање да ли је сваки позитивни ефекат основ за искључење квалификовања нарушавања конкуренције као нарушавања конкуренције „по циљу“? По нашем мишљењу одговор је дат у пресуди донетој у предмету *BIDS* према којој су за ово правно питање правно релевантни само они позитивни тржишни ефекти који, по основу тада чл. 81(3) Уговора о Европској Заједници, а сада чл. 101(3) Уговора о функционисању Европске уније, могу бити узети у обзир ради изузимања рестриктивног споразума од картелне забране.¹⁹ То, између осталог, значи да су за квалификовање споразума као рестриктивног по циљу ирелевантни позитивни ефекти који су се могли постићи и без ограничења конкуренције. Имајући у виду ово правило и чињеницу да у случају „Пароксетин“ цене нису биле снижене на ниво на којем би биле да је међу странама поравнања функционисала конкуренција, а и то што су биле снижене више је била последица конкурентског притиска изазваног паралелним

19 C-209/07 *Beef Industry Development Society (BIDS)*, ECLI:EU:2008:643, тач. 21. Такође, у складу са доктрином помоћних ограничења, а према Водичу Комисије за примену члана 81(3) Уговора, OJ C 101/2004, тач. 18(2) може се десити да: „поједина ограничења не буду подведена под чл. 81(1) када је ограничење објективно неопходно за постојање споразума таквог типа или такве природе.“ Коначно, изван санкционисања остају ограничења којима се остварују јавни интереси (интереси јавне безбедности, јавног здравља и сл.), под условом да је заштита тог интереса изричито прописана.

увозом од стране предузећа која нису била део предметног *pay-for-delay* аранжмана, него намером страна учесница поравнања да поравнањем постигну позитивни финансијско-здравствени ефекат, исправна је одлука Конкурентијског апелационог трибунала В. Британије да потврди одлуку СМА према којој је предметно поравнање рестриктивно „по циљу“.²⁰

3. Злоупотреба доминантног положаја

Није спорно да у истом случају предузеће може одговарати и за кршење картелне забране и за злоупотребу доминантног тржишног положаја. Поставља се питање да ли је закључење *pay-for-delay* споразума такав случај? Закључење *pay-for-delay* споразума може бити такав случај само ако се произвођач оригинерног лека налази у доминантном положају на релевантном тржишту. Дакле прво је потребно утврдити које се тржиште у конкретном случају сматра релевантним. Првенствено нас интересује производна компонента релевантног тржишта. Да ли осим оригинерног лека још неки лек чини део релевантног тржишта? Нпр. у случају „Пароксетин“, да ли релевантно тржиште чини само лек *Seroxat* или и остали антидепресиви? На то питање Суд није одговорио јер није ни постављено. У вези са релевантним тржиштем производа Жалбени трибунал је поставио питање да ли генеричне верзије предметног лека чине релевантно производно тржиште? Суд је одговорио да чине, под условом да произвођачи генеричног лека имају статус потенцијалног конкурента, без обзира што због процесног патента (тј. патента за проналазак производног поступка) чији рок није истекао не могу ући на тржиште. Статус потенцијалног конкурента може стећи само онај конкурент који је извршио озбиљне припреме за улазак на тржиште. Колико су те припреме озбиљне утврдиће се према висини улагања и предузетим правним и фактичким радњама. Тако, ако је продавац генеричних лекова покренуо производњу тих лекова или наручио одговарајуће количине активног фармацеутског састојка од других произвођача, регистровао жиг под којим ће продавати генерични лек, дизајнирао изглед паковања, исходовао дозволу за пуштање у промет или барем покренуо поступак, организовао дистрибуцију и др., може се закључити да је такав тржишни учесник потенцијални конкурент произвођачу оригинерних лекова.

Но и чак и да се утврди да се титулар патента за фармацеутски проналазак налази у доминантном положају на релевантном тржишту, то не значи да се закључење рестриктивног споразума аутоматски сматра

20 Доступно на адреси: <https://www.gov.uk/government/news/cat-upholds-infringement-decision-for-pay-for-delay-pharma-deals>, 12. 12. 2022.

злоупотребом доминантног тржишног положаја. Да би се утврдило да је доминантни учесник *pay-for-delay* споразума злоупотребио тржишни положај потребно је доказати да постоји додатан квалитет противправне радње односно да је противправна радња „део стратегије искључења са тржишта произвођача генеричних лекова“²¹ и задржавања тржишне ексклузивности. С обзиром да је у оба описана случаја произвођач оригинерног лека закључио не један *pay-for-delay* споразум, него серију таквих споразума са различитим произвођачима генеричних производа, чиме је постигао тзв. синергијски ефекат, сматрамо да се у овим случајевима може доказати да је закључење *pay-for-delay* споразума део антиконкуренијске стратегије произвођача оригинерних лекова.

V Закључна разматрања

Pay-for-delay споразум је споразум којим произвођач оригинерног лека спречава пуштање у промет његове генеричне верзије, а што му омогућава да настави продају по екстрамонополској цени, тако што се обавезује да произвођачу генеричног лека плати уговорену суму новца или пренесе неку другу имовинску вредност. Плаћање се назива реверзибилно јер се врши у контра смеру: тужилац у спору због повреде права (тада се споразум закључује у форми поравнања) плаћа туженом, односно титулар патента преноси новчану или неовчану вредност подносиоцу захтева за поништај патента. Изузетно се стране могу споразумети да плаћање врши тужени/подносилац захтева за поништај. Међутим, за коју год варијанту да се одреде, трансакција се одликује тиме што се пренос вредности не може оправдати допуштеном противчинидбом јер ова или изостаје у потпуности или њена вредност, у виду тзв. споредних послова (*side deals*), ни приближно не одговара исплаћеној суми новца, при чему висина вишка вредности пренесеног произвођачу генеричног лека, по правилу, кореспондира са висином профита који би тај тржишни учесник остварио уласком на тржиште. У том смислу је пренос вредности произвођачу генеричних лекова доказ да је циљ поравнања уздржавање произвођача генеричних лекова да се упусти у тржишно такмичење са произвођачем оригинерних лекова. Имајући у виду да се на такав начин нарушава ценовна конкуренција, умањују подстицаји за иновирање и наноси штета потрошачима (а у првом реду фондовима здравственог осигурања и пацијентима) *pay-for-delay* споразуми су забрањени као споразуми чији је циљ рестриктиван.

Решавање ових случајева компликује то што се кроз њих преклапају право конкуренције и патентно право. Наиме, исход *pay-for-delay*

21 A. Laszyk, 148.

споразума се у потпуности подудара са исходом који произлази из имовинскоправних овлашћења титулара патента. Иако то нико не спори, закључивање *pay-for-delay* споразума је ипак забрањено јер се обавезивање конкурената да се уздрже од коришћења патентираног проналаска постиже судским путем без потребе да им се за то плаћа или на други начин омогућава стицање имовинске користи. Преношење вредности у имовину туженог је индиција да се произвођач оригинерног лека не може поуздати у патент, поготово ако је овај процесни. У том смислу су ови случајеви специфични јер се субјективна процена јачине патента рачуна као правно релевантна индиција извитопереног конкурентског односа произвођача оригинерног и генеричног лека и правне неваљаности споразума.

Коришћена литература

- Geradin Damien, „When Competition Law Analysis Goes Wrong – The Italian Pfizer/Pharmacia Case“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393383, 12. 12. 2022.
- Gratz Linda, „Economic Analysis of Pay-for-Delay Settlements and Their Legal Ruling“, *Munich Discussion Paper*, Nr. 6/2012.
- Ibañez Colomo Pablo, „The legal status of pay-for-delay agreements in EU competition law: Generics (Paroxetine)“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3693746, 12. 12. 2022.
- Jovanović Slobodanka, „Patents in the Pharmaceutical Industry“, *Chemical Industry*, Nr. 3/2003.
- Laszczyk Anna, „Anticompetitive Patent Settlements – Where Are We Ten Years After the European Commission’s Pharmaceutical Inquiry?“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Nr. 21/2022.
- Lianos Ioanis, Korah Valentine, Siciliani Paolo, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials*, London 2017.
- Oliveira Pais Sofia, „The Lundbeck Case through the Lens of Probabilistic Patents“, *The Lundbeck Case and the Concept of Potential Competition* (име уредника непознато), Institute of Competition Law, 2017.
- Feldman Robin, Misra Prianka, „The Fatal Attraction of Pay-for-Delay“, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Nr. 1/2019.
- Hancher Leigh, Sauter Wolf, „A dose of competition: EU antitrust law in the pharmaceutical sector“, *TILEC*, Nr. 17/2015.
- Hemphill Scott, „Drug Patent Settlements Between Rivals: A Survey“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969492, 12. 12. 2022.

Hemphill Scott, „Paying for Delay: Pharmaceutical Patent Settlement as a Regulatory Design Problem“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925919, 12. 12. 2022.

Hovenkamp Herbert, „Innovation and Competition Policy, Chapter 4(2d): Competition Policy and the Patent System“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938310, 12. 12. 2022.

Stefan ŠOKINJOV, PhD

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

UNLAWFULL AGREEMENTS ON FARMACEUTICAL INVENTIONS

Summary

Generic entry does not take place as early as it potentially could when generic firms are paid by the originator undertaking to abstain from entering the market. Such pay-for-delay agreements are usually concluded in the form of patent settlement because they regularly appear in the context of patent litigation. European Court of Justice recognized in Generics (UK) Ltd (C-307/18) and Lundbeck (C-591/16P) that agreements where one company pays another for not to enter the market are forbidden by Competition law.

Key words: *Patents. – Medicines. – Restrictive Agreements. – Competition Law. – European Union.*

Датум пријема рада: 1. 2. 2023.

Датум исправке рада: 31. 3. 2023.

Датум прихватања рада: 3. 4. 2023.

УДК: 347.45:004.738.5(4-672EU)

CERIF: S 144, S 155

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2302A

др Јован ВУЈИЧИЋ*

доцент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

САОБРАЗНОСТ РОБЕ СА ДИГИТАЛНИМ ЕЛЕМЕНТИМА ПРЕМА ДИРЕКТИВИ (ЕУ) 2019/771**

Сажетак

У раду су анализиране одредбе Директиве (ЕУ) 2019/771 о одређеним аспектима уговора о продаји робе којима се уређују појам робе са дигиталним елементима, захтеви у погледу саобразности и одговорности продавца за несаобразност, укључујући повезана временска ограничења и применљиви критерији доказивања. Посебно су истакнуте измене и дојуне у односу на преходна правила, што је од нарочито значаја с обзиром на то да ова директива није сprovedена у праву Републике Србије. Дефинисање робе са дигиталним елементима и дигиталних услуга, зајим нови експлицитни критеријуми трајности, функционалности, компатибилности и интероперабилности, обавеза уружања ажурирања која су неопходна како би роба са дигиталним елементима остала саобразна, као и промена пракси код одређивања времена релевантној за утврђивање саобразности када се дигитални садржај или

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

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније“, који се финансира из средстава Факултета.

дигитална услуга испоручују континуирано у одређеном периоду, чине значајне вредности у контексту повећане дигитализације и оптошачке робе. Новину представља и раздвајање захтева у погледу саобразности на субјективне и објективне, мада, у садржинском смислу, овим није у основи промењен претходни правни режим.

Кључне речи: Директива (ЕУ) 2019/771 о одређеним аспектима уговора о продаји робе. – Роба са дигиталним елементима. – Саобразност робе. – Одговорност провајца за несаобразност.

I Увод

Роба широке потрошње се све више дигитализује уградњом електронских компоненти, сензора, софтвера и система за повезивање, као што је то случај са информационо-комуникационим средствима, већином нових аутомобила и кућних уређаја, спортском и енергетском мерном опремом, играчкама, па чак и одећом.¹ Управо ова дигитална димензија² је разлог зашто се потрошачи одлучују за овакву робу.³ Продаја и употреба „повезане“ или „паметне“ робе⁴ у многим случајевима подразумева да потрошач, осим са провајцем, успоставља правни однос и са произвођачем, односно испоручиоцем дигиталног садржаја или пружаоцем дигиталне услуге.⁵ Овако сложен уговорни сценарио може отежати правну квалификацију и одређивање правног оквира који ће се применити. Због тога, питања која се односе на продају робе са дигиталним елементима добијају све већу пажњу.

Нове технологије су и раније утицале на уговорно право, које их је постепено прихватало, али и престајало да помиње када се више не би примењивале.⁶ На нивоу Европске уније (ЕУ), 20. маја 2019. године

1 Christiane Wendehorst, „Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age“, Brussels, 2016, доступно на адреси: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/re%20556%20928%20EN_final.pdf, 31. 3. 2023, 6.

2 Тј. побољшана употребљивост која се њоме омогућује.

3 Rosa Barceló Compte, Gemma Rubio Gimeno, „Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 3/2022, 86.

4 Piia Kalamees, Karin Sein, „Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2019, 13.

5 Ch. Wendehorst, 6 и 9.

6 Саша Никшић, „Одговорност за недостатке код уговора о купопродаји ствари с дигиталним елементима“, *Анали Правној факултету у Београду*, посебан број у част професора Михаила Константиновића, 2022, 506.

донета је Директива о одређеним аспектима уговора о продаји робе,⁷ којом је стављена ван снаге претходна Директива о потрошачкој продаји.⁸ Заједно са „Директивом близнакињом“⁹ о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга¹⁰ (даље у тексту: Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама),¹¹ Директива о продаји робе усвојена је као резултат законодавне иницијативе у оквиру Стратегије јединственог дигиталног тржишта¹² претходне Европске комисије.¹³

Директивом о продаји робе обухваћена су правила која се примењују на продају робе, укључујући робу са дигиталним елементима,

- 7 Директива (ЕУ) 2019/771 Европског парламента и Савета од 20. маја 2019. о одређеним аспектима уговора о продаји робе, измени Уредбе (ЕУ) 2017/2394 и Директиве 2009/22/ЕЗ и стављању ван снаге Директиве 1999/44/ЕЗ (*Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC*, OJ L 136, 22. 5. 2019; даље у фуснотама: Директива о продаји робе).
- 8 Директива 1999/44/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. маја 1999. о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и повезаним гаранцијама (*Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, OJ L 171, 7. 7. 1999; даље у фуснотама: Директива о потрошачкој продаји). За разлику од Директиве о потрошачкој продаји, која је представљала директиву минималне хармонизације, што је омогућавало државама чланицама да приликом њеног спровођења превазиђу њене стандарде правне заштите потрошача (чл. 8), Директивом о продаји робе постиже се циљано потпуно усклађивање националних права. Дакле, само у мери у којој се поједини аспекти уговора о продаји робе у њој уређују (чл. 4).
- 9 Elias Van Gool, Anaïs Michel, „The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 4/2021, 136.
- 10 Директива (ЕУ) 2019/770 Европског парламента и Савета од 20. маја 2019. о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја и дигиталних услуга (*Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services*, OJ L 136, 22. 5. 2019; даље у фуснотама: Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама).
- 11 У питању су правни акти ЕУ који би требало да се међусобно допуњују. Вид. Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 13; Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, Преамбула, тач. 20.
- 12 Стратегија јединственог дигиталног тржишта (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe*, Brussels, 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final).
- 13 Вид. Дигитални уговори за Европу – Ослобађање потенцијала е-трговине (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: Digital contracts for Europe – Unleashing the potential of e-commerce*, Brussels, 9. 12. 2015, COM(2015) 633 final).

само у односу на кључна питања уговора потребна за савладавање препрека повезаних са уговорним правом на унутрашњем тржишту ЕУ. У раду су анализирани појам робе са дигиталним елементима, захтеви у погледу саобразности и одговорност продавца за несаобразност, укључујући повезана временска ограничења и применљиви терет доказивања. Посебно су истакнуте измене и допуне у односу на претходни правни режим, што је од нарочитог значаја с обзиром на то да Директива о продаји робе није спроведена у праву Републике Србије.

II Појам робе са дигиталним елементима

Појам робе, како је одређен у Директиви о продаји робе,¹⁴ обухвата и робу са дигиталним елементима, па се стога односи и на сваки дигитални садржај или дигиталну услугу који су уграђени у такву робу или с њом повезани тако да би одсутност тог дигиталног садржаја или те дигиталне услуге онемогућила функционисање те робе.¹⁵ Дигитални елемент робе може, дакле, чинити дигитални садржај или дигитална услуга.¹⁶ Дигитални садржај означава податке који се производе и испоручују у дигиталном облику, као што су оперативни системи, апликације и било који други софтвер. Дигитални садржај може бити претходно инсталиран или се, ако је тако уговорено, може инсталирати после закључења уговора о продаји.¹⁷ Дигитална услуга је услуга којом се потрошачу омогућава стварање, обрада и чување података у дигиталном облику или приступ њима, као што су „софтвер као услуга“ који се нуди у окружењу рачунарства у облаку, континуирана испорука подата-

14 Роба је: а) било која телесна (материјална) покретна ствар; вода, гас и електрична енергија сматрају се робом у смислу ове директиве када се нуде за продају у ограниченом обиму или одређеној количини; б) било која телесна (материјална) покретна ствар која има уграђен дигитални садржај или дигиталну услугу или је повезана с њима тако да би одсутност тог дигиталног садржаја или те дигиталне услуге онемогућила функционисање те робе („роба са дигиталним елементима“). Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 5.

15 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 5(б) и чл. 3 ст. 3. Примена Директиве о дигиталном садржају и дигиталним услугама је изричито искључена у овим случајевима. Вид. Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 3 ст. 4 и Преамбула, тач. 21–22.

16 И у Директиви о дигиталном садржају и дигиталним услугама предвиђена су иста правила без обзира на предмет испоруке. У том смислу, диференцијацијом појмова дигитални садржај и дигиталне услуге не доводи се до било какве разлике у погледу правних режима који се на њих примењују, већ се само појашњава широк обим директиве, којим треба осигурати отпорност на будуће промене. Вид. Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, Преамбула, тач. 19.

17 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 6. Вид. такође Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 2 тач. 1.

ка о саобраћају у систему за навигацију или континуирана испорука индивидуално прилагођених планова тренинга у случају паметног сата,¹⁸ или услуга којом се омогућава дељење или било која друга интеракција с подацима у дигиталном облику које учитава или ствара потрошач или други корисници те услуге.¹⁹

Иако није прецизирано како треба разумети концепт функционисања робе у овом контексту,²⁰ мора се приметити да неки од примера који су наведени у Директиви о продаји робе²¹ не подразумевају неадекватност робе да обавља своје функције *in abstracto*, већ немогућност извршавања неких специфичних функција.²² Стога првенствено треба узети у обзир сврху конкретне робе у светлу њене уобичајене употребе, односно посебне намене, у зависности од околности случаја.

Директива о продаји робе се примењује на дигиталне елементе робе само ако се они испоручују заједно с робом на основу уговора о продаји те робе.²³ То би требало да укључује уграђени или повезани дигитални садржај или дигиталне услуге чија се испорука изричито захтева уговором о продаји. Такође би требало да укључује уговоре о продаји за које се подразумева да обухватају испоруку одређеног дигиталног садржаја или одређене дигиталне услуге, јер је то уобичајено за робу исте врсте и потрошач би их могао разумно очекивати с обзиром

18 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 7(а) и Преамбула, тач. 14. Вид. такође Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 2 тач. 2(а).

19 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 7(б). Вид. такође Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 2 тач. 2(б).

20 У Предлогу Директиве Европског парламента и Савета о одређеним аспектима уговора о продаји робе на интернету и другој продаји робе на даљину, који је поднела Европска комисија (European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, Brussels, 9. 12. 2015, COM(2015) 635 final, 2015/0288(COD)), било је наведено да се ова директива треба примењивати на дигитални садржај који је уграђен у робу на такав начин да чини њен саставни део и да су његове функције подређене главним функцијама те робе (Преамбула, тач. 13). Вид. такође Предлог Директиве Европског парламента и Савета о одређеним аспектима уговора о испоруци дигиталног садржаја, који је поднела Европска комисија (European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, Brussels, 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, 2015/0287(COD)), Преамбула, тач. 11. Према Директиви о продаји робе функционалност значи способност робе да извршава функције с обзиром на своју сврху (чл. 2 тач. 9).

21 Вид. у наставку текста.

22 Ignacio Fernández Chacón, „Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework“, *European Review of Private Law*, Nr. 3/2021, 530–531; С. Никшић, 512. Упор. R. Barceló Compte, G. Rubio Gimeno, 83 и даље.

23 Директива о продаји робе, чл. 3 ст. 3.

на природу робе и узимајући у обзир јавне изјаве које су дали продавац или друга лица у претходним фазама ланца трансакција, што укључује произвођача, или које су дате у њихово име. Ако је, на пример, у огласу за паметни телевизор било назначено да укључује посебну видео-апликацију, та би се апликација сматрала делом уговора о продаји. То би се требало примењивати без обзира на то јесу ли дигитални садржај или дигитална услуга претходно инсталирани у саму робу или их накнадно треба преузети на другом уређају и с робом су само повезани. На пример, паметни телефон могао би да садржи стандардизовану претходно инсталирану апликацију обухваћену уговором о продаји, као што су апликације за будилник или камеру. Други евентуални пример односи се на паметне сатове који могу функционисати искључиво с апликацијом обухваћеном уговором о продаји, али је потрошач мора преузети на свој паметни телефон.²⁴ То се такође примењује без обзира на то да ли уграђени или повезани дигитални елемент испоручује продавац или их, према уговору о продаји, испоручује трећа страна.²⁵ Како би се избегла несигурност и за продавце и за потрошаче, у случају сумње о томе чини ли испорука уграђеног или повезаног дигиталног садржаја или уграђене или повезане дигиталне услуге део уговора о продаји, претпоставља се да су дигитални садржај или дигитална услуга обухваћени уговором о продаји.²⁶ Осим тога, на утврђивање билатералног уговорног односа између продавца и потрошача чији је део испорука уграђеног или повезаног дигиталног елемента не би требало да утиче сама чињеница да потрошач мора прихватити споразум о лиценцирању с трећом страном, како би могао да користи дигитални садржај или дигиталне услуге.²⁷

Насупрот томе, ако одсутност уграђеног или повезаног дигиталног елемента не спречава функционисање робе или ако потрошач закључи уговор о испоруци дигиталног садржаја или дигиталне услуге који не чини део уговора о продаји робе с дигиталним елементима, тај уговор би требало сматрати посебним уговором, одвојеним од продаје робе, чак и ако продавац делује као посредник за тај други уговор с испоручиоцем, који је трећа страна, и могао би бити обухваћен Директивом о дигиталном садржају и дигиталним услугама, ако су испуњени услови за њену примену. На пример, ако потрошач на паметни телефон преузме апликацију за игру из продавнице апликација, уговор о испоруци те апликације одвојен је од уговора о продаји паметног

24 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 15.

25 Директива о продаји робе, чл. 3 ст. 3.

26 Директива о продаји робе, чл. 3 ст. 3. Вид. такође Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 3 ст. 4.

27 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 15.

телефона. Још један пример био би случај у коме је изричито уговорена продаја паметног телефона без оперативног система и у коме потрошач накнадно закључује уговор о испоруци одређеног оперативног система с трећим лицем.²⁸

Директива о продаји робе се не примењује ни на материјалне носаче података, као што су DVD, CD, USB меморије и меморијске картице, који служе искључиво као носачи дигиталног садржаја.²⁹ Изабраним решењем (поново) се избегава подељени приступ, овог пута применом Директиве о дигиталном садржају и дигиталним услугама и на материјални медиј.³⁰ У пракси, међутим, понекад може бити тешко разграничити ове појмове. На пример, у случају мешовитих уговора који укључују више производа различите природе, као што је дигитални курс језика са пратећом штампаном радном свеском.³¹

Директива о продаји робе се не примењује ни на робу која се продаје у поступку извршења или на други начин према законском овлашћењу.³² Државе чланице могу из подручја примене ове директиве искључити уговоре о продаји половне робе која се продаје на јавној аукцији.³³

28 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 16.

29 Директива о продаји робе, чл. 3 ст. 4 тач. а) и Преамбула, тач. 13. Вид. такође Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, чл. 3 ст. 3.

30 Dirk Staudenmayer, „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy“, *European Review of Private Law*, Nr. 2/2020, 231. Међутим, уместо одредби ове директиве о обавези испоруке трговца (чл. 5) и о правном средству доступном потрошачу у случају неиспоруке (чл. 13), требало би примењивати одредбе Директиве о правима потрошача (*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304, 22. 11. 2011*) о обавезама у погледу испоруке робе и правним средствима у случају неиспоруке. Вид. Директива о дигиталном садржају и дигиталним услугама, Преамбула, тач. 20; Jorge Morais Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 5/2019, 197.

31 Вид. Jozefien Vanherpe, „White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content“, *European Review of Private Law*, Nr. 2/2020, 254–255; Ch. Wendehorst, 7–8.

32 Директива о продаји робе, чл. 3 ст. 4 тач. б).

33 У том случају потрошачима ће бити лако доступне јасне и свеобухватне информације да се права која проистичу из ове директиве не примењују (чл. 3 ст. 5). Остале продаје које државе чланице могу искључити из подручја примене ове директиве, као и аспекти уговора на које ова директива не утиче нису значајни за предмет рада (чл. 3 ст. 5 тач. б), ст. 6 и 7).

III Захтеви у погледу саобразности

Како би се појаснило шта потрошач може да очекује од робе и за шта би продавац био одговоран у случају да не испоручи оно што се од њега очекује, битно је потпуно ускладити правила за утврђивање да ли је роба саобразна. Свако упућивање на саобразност у Директиви о продаји робе треба да се односи на саобразност робе уговору. Како би се заштитили легитимни интереси обе уговорне стране, саобразност треба да се оцењује на основу и субјективних и објективних³⁴ захтева у погледу саобразности.³⁵ Разлика између субјективних и објективних захтева односи се на чињеницу да постоје критеријуми који директно проистичу из уговора³⁶ и критеријуми који су део уговорног односа само индиректно, јер их потрошач разумно очекује.³⁷

1. Субјективни захтеви у погледу саобразности

Роба мора да испуњава захтеве уговорене између продавца и потрошача. Такви захтеви могли би, између осталог, обухватати: опис, врсту, количину и квалитет, функционалност, компатибилност, интероперабилност и друге карактеристике, прикладност за било коју посебну намену за коју је потребна потрошачу, испоруку са додатном опремом и упутствима, укључујући упутства за инсталацију, као и испоруку са одређеним ажурирањима.³⁸ Захтеви из уговора о продаји (на даљину или закљученог изван пословних просторија)³⁹ треба да укључују и оне који произлазе из предуговорних обавештења која, у складу с Директивом о правима потрошача (чл. 6 ст. 5), представљају саставни део уговора.⁴⁰

Израз функционалност значи способност робе да извршава функције с обзиром на своју намену.⁴¹ Компатибилност се односи на способност робе да функционише с хардвером или софтвером с којима

34 Упор. Директива о потрошачкој продаји, чл. 2.

35 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 25.

36 И који су углавном израз воље економски јаче стране.

37 J. Morais Carvalho (2019), 198. И који су, као такви, прописани Директивом о продаји робе (статутарни).

38 Директива о продаји робе, чл. 6.

39 Директива о продаји робе се примењује без обзира на начин продаје, за разлику од првобитног предлога Комисије који се односио само на *online* и друге продаје на даљину. Више о томе J. Vanherpe, 252 и 254.

40 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 26.

41 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 9.

се обично користи роба исте врсте, а да ту робу, хардвер или софтвер притом није потребно конвертовати,⁴² док се интероперабилност односи на способност робе да функционише с хардвером или софтвером другачијим од оних помоћу којих се обично користи роба исте врсте.⁴³ Успешно функционисање може укључивати, на пример, способност робе да размењује информације са таквим другим софтвером или хардвером и да користи размењене информације.⁴⁴

С обзиром на чињеницу да се дигитални садржај и дигиталне услуге непрестано развијају, продавац се може обавезати да потрошачима пружа одређена ажурирања. Ажурирањем се може побољшати и унапредити дигитални елемент робе, проширити његова, односно функционалност робе, обезбедити прилагођавање техничком развоју или заштита од нових сигурносних претњи или постићи друга сврха. Саобразност робе са дигиталним елементом утврђује се и с обзиром на то да ли су дигитални садржај или дигитална услуга ажурирани у складу са уговором о продаји. Стога се неиспорука уговорених ажурирања, као и неисправна или непотпуна ажурирања, сматрају несаобразношћу робе са дигиталним елементима.⁴⁵

2. Објективни захтеви у погледу саобразности

Поред испуњавања свих субјективних захтева у погледу саобразности, роба (са дигиталним елементима) мора бити у складу и са објективним захтевима у погледу саобразности утврђеним у Директиви о продаји робе. Роба мора бити прикладна за употребу у сврхе за које би се роба исте врсте уобичајено користила, узимајући у обзир, ако је применљиво, све постојеће прописе ЕУ и националне прописе, техничке стандарде или, ако таквих техничких стандарда нема, применљиве кодексе понашања у дотичном сектору.⁴⁶ Затим, ако је применљиво, мора одговарати квалитету и опису узорка или модела који је продавац ставио на располагање потрошачу пре закључења уговора.⁴⁷ Такође, ако је применљиво, роба мора бити испоручена са додатном опремом, укључујући амбалажу, упутства за инсталацију или друга упутства, чији пријем потрошач може разумно очекивати.⁴⁸ И мора одговарати

42 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 8.

43 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 10.

44 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 27.

45 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 28.

46 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 1 тач. а).

47 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 1 тач. б).

48 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 1 тач. ц).

количини и поседовати она својства и друге карактеристике, укључујући оне које се односе на трајност, функционалност, компатибилност и безбедност, који су уобичајени за робу исте врсте и које потрошач може разумно очекивати с обзиром на природу робе и узимајући у обзир све јавне изјаве које су дали продавац или друга лица у претходним фазама ланца трансакција, укључујући произвођача, или које су дате у њихово име,⁴⁹ посебно у оглашавању или означавању.⁵⁰

Интероперабилност је изричито одређена само као субјективни захтев у погледу саобразности. Међутим, чини се да изрази „и друге карактеристике“ и „укључујући“ подразумевају да је у питању неисцрпно навођење могућих објективних захтева у погледу саобразности и да овај пропуст не би требало тумачити као намерно изостављање интероперабилности. Да ли је овај објективни критеријум заиста применљив, требало би утврђивати од случаја до случаја.⁵¹

За остварење одрживијих образаца потрошње и кружне привреде важно је осигурати дужу трајност робе. Слично томе, спречавање уласка несаобразних производа на тржиште ЕУ јачањем надзора и пружањем одговарајућих подстицаја привредним субјектима нужно је за повећање поверења у функционисање унутрашњег тржишта.⁵² У те сврхе, секундарно право ЕУ којим су уређени одређени производи најпримереније је средство увођења трајности и осталих захтева повезаних с производима у односу на посебне врсте или групе производа, примењујући у ту сврху прилагођене критеријуме. Директивом о продаји робе, стога, би требало допуњавати циљеве таквог законодавства ЕУ, између осталог, укључењем трајности међу објективне захтеве⁵³ у погледу

49 Продавац сноси ризик незнања о својој понуди. Михајло Цветковић, Ђорђе Николић, „Саобразност дигиталног садржаја“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015, 57. Међутим, јавне изјаве га не обавезују, како је наведено, ако докаже: а) да није знао, нити је разумно могао знати за предметну јавну изјаву; б) да је до тренутка закључења уговора јавна изјава била исправљена на исти или упоредиви начин као и када је дата; или ц) да та јавна изјава није могла утицати на доношење одлуке о куповини робе. Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 2.

50 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 1 тач. д).

51 E. Van Gool, A. Michel, 138. Супротно: D. Staudenmayer, 237.

52 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 32.

53 Иако трајност није наведена у оквиру субјективних захтева у погледу саобразности (мада је у вези са појмом функционалности), јасно је да може бити обухваћена критеријумима отвореног типа из чл. 6 тач. а). Осим тога, у мери у којој су посебне информације о трајности наведене у било којој предуговорној изјави која чини део уговора о продаји, потрошач би се могао ослонити на њих као на субјективни захтев у погледу саобразности. Вид. Bert Keirsbilck, Evelyne Terryn, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Belgium“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 11, Nr. 4/2022, 164; Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 32.

саобразности.⁵⁴ Трајност се према овој директиви односи на способност робе да задржи своје потребне функције и радне карактеристике током уобичајене употребе.⁵⁵ Да би роба била саобразна, треба да поседује трајност која је уобичајена за робу исте врсте и коју потрошач може разумно очекивати с обзиром на природу конкретне робе, укључујући могућу потребу за разумним одржавањем, и све јавне изјаве које су дала било која лица која чине карику у ланцу трансакција или које су дате у њихово име.⁵⁶ У оквиру оцене, требало би узети у обзир и све друге релевантне околности, као што су цена робе и интензитет или учесталост употребе робе од стране потрошача.⁵⁷

Уз уговорена ажурирања, продавац ће обезбедити да потрошач буде обавештен о ажурирањима, укључујући сигурносна ажурирања, која су неопходна да би роба са дигиталним елементима остала саобразна,⁵⁸ и да му се та ажурирања испоручују, током периода: а) унутар ког потрошач то може разумно очекивати⁵⁹ с обзиром на врсту и сврху робе и дигиталних елемената и узимајући у обзир околности и природу уговора, ако је уговором о продаји предвиђена једнократна испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге; или б) наведеног у чл. 10 ст. 2 или 5, у зависности од случаја,⁶⁰ ако је уговором о продаји предвиђена континуирана испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге током одређеног времена.⁶¹

По први пут у европском (потрошачком) уговорном праву прописана је обавеза ажурирања у контексту објективне саобразности.⁶² Обавеза ажурирања одражава чињеницу да се дигитално окружење стално

54 Изричит захтев трајности је новина у односу на Директиву о потрошачкој продаји. Идеја је била присутна и раније, али тако да се пре подразумевала на основу других захтева у погледу саобразности, као што су прикладност за одговарајућу сврху и поседовање уобичајеног квалитета и функционалности. J. Vanherpe, 260.

55 Директива о продаји робе, чл. 2 тач. 13.

56 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 32.

57 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 32.

58 Директивом о продаји робе не би се смело утицати на обавезе пружања сигурносних ажурирања које су утврђене у другим правним актима ЕУ или у националном праву. Вид. Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 30.

59 Дефинисање рока употребом апстрактног израза није идеално за правну сигурност. Међутим, одговарало је ономе што је желела већина у Европском парламенту и Савету. Вид. D. Staudenmayer, 241.

60 У питању је рок од две године од тренутка испоруке робе са дигиталним елементима, односно, дужи рок у коме се дигитални садржај или дигитална услуга испоручује по уговору о продаји. Више о томе у делу рада „IV Одговорност продавца за несаобразност“.

61 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 3.

62 Упор. С. Никшић, 525.

мења. Стога су ажурирања нужно средство како би се осигурало да роба са дигиталним елементима може функционисати на исти начин као и у тренутку испоруке. Осим тога, за разлику од традиционалне робе, роба са дигиталним елементима није у потпуности одвојена од сфере продавца, јер он или трећа страна која према уговору о продаји испоручује дигитални садржај или дигиталну услугу, могу дигитални елемент ажурирати на даљину, обично преко интернета.⁶³ Потрошач обично очекује да ће примати ажурирања барем у периоду у коме продавац одговара за несаобразност, док би у неким случајевима потрошач могао разумно очекивати ажурирања и после истека тог рока, посебно кад је реч о сигурносним ажурирањима. У другим случајевима, на пример кад је реч о роби са дигиталним елементима чија је намена временски ограничена, обавеза продавца да пружа ажурирања обично би била сведена на тај период.⁶⁴

Потрошач није обавезан да инсталира ажурирања. Али, ако потрошач у разумном року не инсталира ажурирања која су му испоручена, продавац није одговоран за несаобразност која произлази искључиво из пропуштања инсталације релевантног ажурирања, ако је: а) обавестио потрошача о доступности ажурирања и последицама пропуштања потрошача да га инсталира; и б) пропуштање инсталације или неправилна инсталација ажурирања од стране потрошача нису последица недостатака у упутствима за инсталацију која су достављена потрошачу.⁶⁵

Иако у Директиви о продаји робе, за разлику од Директиве о дигиталном садржају и дигиталним услугама (чл. 8 ст. 6), није наведено да је продавац обавезан, ако није другачије уговорено, да обезбеди најновију верзију робе са дигиталним елементом која је доступна у време закључења уговора, нема разлога да се та одредба не примењује и на уговор о продаји.⁶⁶ Изгледа да се оваквим решењем не доводи у питање максимална хармонизација, јер се ради о интерпретативном правилу којим се упућује у правцу који највише одговара намери страна.⁶⁷

Мноштво робе се мора инсталирати (монтирати) пре употребе. Поред тога, у случају робе са дигиталним елементима, инсталација дигиталног садржаја или дигиталне услуге обично је неопходна да би

63 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 31.

64 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 31.

65 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 4.

66 J. Morais Carvalho (2019), 199. Упор. R. Barceló Compte, G. Rubio Gimeno, 89.

67 Ово правило се примењује и на уговор о испоруци дигиталног садржаја или дигиталних услуга и на уговор о продаји, нпр., у португалском праву. Вид. Jorge Morais Carvalho, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2022, 32.

потрошач могао да користи такву робу у складу с њеном наменом. Стога је продавац одговоран и за сваку несаобразност насталу због неправилне инсталације робе ако: а) инсталација чини део уговора о продаји и обавио ју је продавац или је то учињено под његовом одговорношћу; или б) инсталацију, за коју је предвиђено да је обави потрошач, обавио је потрошач,⁶⁸ а неправилна инсталација је последица недостатака у упутствима за инсталацију⁶⁹ које је доставио продавац или, у случају робе са дигиталним елементима, које је доставио продавац или испоручилац дигиталног садржаја или дигиталне услуге.⁷⁰

За разлику од Директиве о потрошачкој продаји, Директива о продаји робе садржи одредбе о правима трећих лица. Када недостатак који произлази из повреде било ког права трећег лица, посебно права интелектуалне својине, спречава или ограничава употребу робе у складу са субјективним и објективним захтевима у погледу саобразности, државе чланице ће обезбедити да потрошач има право на правна средства у случају несаобразности утврђена у овој директиви, осим ако национално право прописује ништавост или рушљивост уговора о продаји у таквим случајевима.⁷¹ Правне последице у случају правних недостатака, дакле, нису више тако јасне као што су биле према предлогу Комисије, у коме се непостојање права трећих лица сматрало објективним захтевом у погледу саобразности.⁷²

Како би се осигурао довољан ниво флексибилности правила, уговорне стране могу одступити од објективних захтева у погледу саобразности. Такво одступање је могуће само ако је, у време закључења уговора о продаји, потрошач о њему⁷³ био посебно обавештен и ако га је потрошач прихватио⁷⁴ изричито и засебно од других изјава или споразума,

68 Или треће лице под његовом одговорношћу.

69 Као што су непотпуност или недовољна јасноћа, због чега их просечни потрошач тешко може користити.

70 Директива о продаји робе, чл. 8.

71 Директива о продаји робе, чл. 9. У Италији је, на пример, предвиђено да се у овом случају примењују правна средства у погледу несаобразности, са изузетком осталих одредби у вези са ништавошћу, поништењем и раскидом уговора. Вид. Alberto De Franceschi, „Italian Consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 2/2022, 73.

72 Вид. D. Staudenmayer, 241. Упор. J. Morais Carvalho (2019), 198.

73 Нису дозвољене опште резерве. Неопходно је да се обавештење односи на одступање одређене карактеристике робе од објективних захтева у погледу саобразности.

74 Није одређена форма прихватања. У Данској, на пример, пуноважна је и усмена и писана сагласност, при чему, продавац мора доказати да се потрошач сагласио. Marie Jull Sørensen, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 5/2022, 198.

и то активним и недвосмисленим поступањем у време закључења уговора о продаји.⁷⁵ Само прихватање општих услова пословања продавца не треба сматрати довољним за ове потребе.

IV Одговорност продавца за несаобразност

Како би се осигурали правна сигурност и опште поверење потрошача (посебно) у прекограничне куповине, потребно је јасно одредити време релевантно за утврђивање саобразности и рок у коме продавац одговара, односно, у коме потрошач има право на правна средства у случају несаобразности. Продавац је одговоран потрошачу за сваку несаобразност која постоји у тренутку испоруке робе и која постане очигледна у року од две године од тог тренутка.⁷⁶ Не доводећи у питање обавезу ажурирања као објективни захтев у погледу саобразности, ова одредба се примењује и на робу са дигиталним елементима.⁷⁷

Директивом о продаји робе начелно није одређено значење појма испорука, већ је препуштено националним правима, посебно у погледу питања шта продавац мора учинити како би испунио своју обавезу испоруке робе. Такође, упућивањима на тренутак испоруке у овој директиви не доводе се у питање правила о прелазу ризика која су предвиђена Директивом о правима потрошача и на одговарајући начин спроведена у правима држава чланица.⁷⁸ Требало би се сматрати да је роба са дигиталним елементима испоручена потрошачу када је испоручен и физички саставни део робе и обављена једнократна испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге или када је започета континуирана испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге током одређеног периода. То значи да би продавац такође потрошачу требало да стави на располагање или учини доступним дигитални садржај или дигиталну услугу тако да они или било који начин примерен за

75 Директива о продаји робе, чл. 7 ст. 5 и Преамбула, тач. 36. У вези са паралелном одредбом из Директиве о дигиталном садржају и дигиталним услугама (чл. 8 ст. 5) је наведено да се захтев може испунити означавањем поља, притиском на дугме или активирањем сличне функције (Преамбула, тач. 49). Претпоставка да ће потрошач на овај начин бити ефикасно заштићен је упитна у светлу увида науке о понашању. Може се поставити и питање да ли треба дозволити свако уговорно одступање. E. Van Gool, A. Michel, 141.

76 С обзиром на то да је при спровођењу Директиве о потрошачкој продаји велика већина држава чланица прописала рок од две године и да у пракси учесници на тржишту тај рок сматрају разумним, он је задржан. Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 41.

77 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 1.

78 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 38.

њихово преузимање или приступ њима дођу до потрошача и да продавац не треба предузети никакве додатне кораке како би потрошачу омогућио њихову употребу у складу с уговором, на пример, пружањем везе (*link*) или опције за преузимање.⁷⁹ Стога би релевантни тренутак за утврђивање саобразности био онај када је испоручен дигитални садржај или дигитална услуга, ако је физички саставни део робе раније испоручен.⁸⁰ Као резултат тога, може се осигурати да постоји јединствена полазна тачка за период у коме продавац одговара за физичку компоненту, с једне стране, и за дигитални елемент, с друге стране. Штавише, у многим случајевима потрошач није у могућности да примети недостатак у физичкој компоненти пре него што се испоручи дигитални садржај или дигитална услуга.⁸¹ Ако робу треба да инсталира продавац, у одређеним случајевима, потрошач је не може употребљавати или приметити недостатак пре него што је инсталација завршена. Сходно томе, ако према уговору о продаји робу инсталира продавац или се инсталира под његовом одговорношћу, треба сматрати да је роба испоручена потрошачу када је инсталација завршена.⁸²

У случају робе са дигиталним елементима, ако је уговором о продаји предвиђена континуирана испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге током одређеног времена, продавац је такође одговоран за сваку несаобразност дигиталног садржаја или дигиталне услуге која се појави или постане очигледна у року од две године од када је роба са дигиталним елементима испоручена. Ако је уговорена континуирана испорука на рок дужи од две године, продавац је одговоран за сваку несаобразност дигиталног садржаја или дигиталне услуге која се појави или постане очигледна у периоду током којег се дигитални садржај или дигитална услуга испоручују по уговору о продаји.⁸³

Државе чланице могу задржати или увести дуже рокове⁸⁴ од оних који су претходно наведени.⁸⁵ Овај изузетак од принципа пуне

79 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 39.

80 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 39.

81 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 39.

82 Директива о продаји робе, Преамбула, тач. 40.

83 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 2.

84 На пример, период у којем продавац одговара за несаобразност је продужен на три године у Португалу и Шпанији. Вид. J. Morais Carvalho (2022), 32; Esther Arroyo Amayuelas, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2022, 38.

85 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 3. Таквим продужењем на нивоу ЕУ (барем за робу са дугим просечним веком трајања) смањиле би се разлике између националних правних система, што би допринело бољем функционисању унутрашњег тржишта.

хармонизације је првенствено мотивисан страхом од смањења правне заштите потрошача у државама чланицама у којима су се већ примењивали дужи периоди одговорности.

Због кохерентности с постојећим националним правним системима, државе чланице могу предвидети или да су продавци одговорни за несаобразност која се појави или постане очигледна у одређеном року, могуће у комбинацији с роком за потрошаче да остваре своја права,⁸⁶ или да правна средства у случају несаобразности подлежу само року застарелости.⁸⁷ Ако, према праву државе чланице, наведена правна средства подлежу и року застарелости, држава чланица ће обезбедити да такав рок застарелости потрошачу омогућава коришћење правних средстава за сваку несаобразност за коју је продавац одговоран и која постане очигледна унутар релевантног времена.⁸⁸ Државе чланице могу задржати или увести и само рок застарелости за правна средства потрошача, а да притом не пропишу рок у којем несаобразност мора постати очигледна како би продавац био одговоран. Да би се осигурала једнака правна заштита потрошача и у таквим случајевима, државе чланице обезбеђују да тај рок застарелости потрошачима свеједно омогућује коришћење правних средстава за сваку несаобразност за коју продавац одговара у складу са Директивом о продаји робе и која постане очигледна током периода одговорности који је у њој предвиђен.⁸⁹ Код продаје половне робе, државе чланице могу предвидети могућност уговарања краћег рока одговорности или застарелости од оних из Директиве о продаји робе,⁹⁰ који не може бити краћи од једне године.⁹¹

86 На пример, у Белгији где је прописано да се тужба мора поднети у року од једне године од откривања несаобразности. Вид. В. Keirbilck, Е. Terryn, 165.

87 Као што је, на пример, у мађарском праву. Вид. Ferenc Szilágyi, „The Implementation of Directives 2019/770 and 2019/771 in Hungary“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 6/ 2021, 270.

88 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 4.

89 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 5. У италијанском праву је, на пример, предвиђено да се тужба може поднети у року од 26 месеци од дана испоруке у погледу несаобразности која постане очигледна у том периоду. Вид. А. De Franceschi, 75.

90 Ова опција је искоришћена, на пример, у Португалу, где се период одговорности може скратити уговором до једне и по године (док је раније то било могуће до једне године), као и у Шпанији, Белгији и Луксембургу, где може бити уговорен период од најмање једне године. Вид. J. Morais Carvalho (2022), 32; E. Arroyo Amayuelas, 38; В. Keirbilck, Е. Terryn, 165; Felix Pflücke, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Luxembourg“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 3/2022, 115.

91 Директива о продаји робе, чл. 10 ст. 6. Емпиријски подаци показују да ово правило збуњује и потрошаче и продавце и да у пракси може имати за последицу чак и нижу ефективну заштиту потрошача од стандардног једногодишњег рока у коме

Претпоставља се да је свака несаобразност која постане очигледна у року од једне године од тренутка испоруке робе постојала и у тренутку испоруке, осим ако се докаже супротно или ако је то у супротности с природом робе или природом несаобразности.⁹² Ова одредба се примењује и на робу са дигиталним елементима.⁹³ С обзиром на то да је потрошачима, по правилу, теже да доставе тражени доказ од продаваца, при чему је ова асиметрија још већа код продаје робе са дигиталним елементима, корисно је што је рок продужен.⁹⁴ Уместо једногодишњег периода, државе чланице могу задржати или увести период од две године од тренутка испоруке робе.⁹⁵

Код продаје робе са дигиталним елементима, ако је уговорена континуирана испорука дигиталног садржаја или дигиталне услуге током одређеног периода, терет доказивања да је дигитални садржај или дигитална услуга била саобразна у време релевантно за утврђивање саобразности је на продавацу ако несаобразност постане очигледна у том времену.⁹⁶ У питању је период из чл. 10 ст. 2, тј. рок од две године од тренутка испоруке робе са дигиталним елементима, односно, дужи рок у коме се дигитални садржај или дигитална услуга испоручује по уговору о продаји.

V Закључак

Директивом о продаји робе модернизовано је потрошачко уговорно право ЕУ, што представља неопходан корак у процесу његовог прилагођавања захтевима економије која се заснива на дигиталној технологији. Дефинисање робе са дигиталним елементима и дигиталних услуга, затим нови експлицитни критеријуми трајности, функционалности, компатибилности и интероперабилности, обавеза пружања ажурирања која су неопходна како би роба са дигиталним елементима остала саобразна, као и промена приступа код одређивања времена

продавац одговара за несаобразност. Такође, може и обесхрабрити потрошаче да купују половну робу. Вид. Е. Van Gool, А. Michel, 138.

92 Вид. примере у Преамбули Директиве о продаји робе, тач. 45.

93 Директива о продаји робе, чл. 11 ст. 1.

94 Према Директиви о потрошачкој продаји претпоставка је важила шест месеци након испоруке (чл. 5 ст. 3).

95 Директива о продаји робе, чл. 11 ст. 2. Мора се водити рачуна и о интересима продавца, за кога дужи период у коме важи ова претпоставка представља већи терет од дужег периода „законске гаранције“. Ова могућност је искоришћена, на пример, у Шпанији и Белгији. Вид. Е. Arroyo Amayuelas, 38–39; В. Keirsbilck, Е. Terryn, 165.

96 Директива о продаји робе, чл. 11 ст. 3.

релевантног за утврђивање саобразности када се дигитални садржај или дигитална услуга испоручују континуирано у одређеном периоду, чине значајне предности у контексту повећане дигитализације потрошачке робе. Новину представља и раздвајање захтева у погледу саобразности на субјективне и објективне, мада, у садржинском смислу, овим није у основи промењен претходни правни режим. Иако би се и за оне који су на први поглед нови могло рећи да би се могли извести из општијих формулација старог текста, у сваком случају су прецизнији, чиме се олакшава њихова примена.

Коришћена литература

- Arroyo Amayuelas Esther, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2022.
- Barceló Compte Rosa, Rubio Gimeno Gemma, „Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 3/2022.
- Van Gool Elias, Michel Anaïs, „The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 4/2021.
- Vanherpe Jozefien, „White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content“, *European Review of Private Law*, Nr. 2/2020.
- Wendehorst Christiane, „Sale of goods and supply of digital content – two worlds apart? Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age“, Brussels, 2016, доступно на адреси: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98774/pe%20556%20928%20EN_final.pdf, 31. 3. 2023.
- De Franceschi Alberto, „Italian Consumer Law after the Transposition of Directives (EU) 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 2/2022.
- Kalamees Piia, Sein Karin, „Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2019.
- Keirsbilck Bert, Terryn Evelyne, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Belgium“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 4/2022.

- Morais Carvalho Jorge, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 5/2019.
- Morais Carvalho Jorge, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Portugal“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 1/2022.
- Никшић Саша, „Одговорност за недостатке код уговора о купопродаји ствари с дигиталним елементима“, *Анали Правној факултету у Београду*, посебан број у част професора Михаила Константиновића, 2022. (Nikšić Saša, „Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića, 2022)
- Pflücke Felix, „The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Luxembourg“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 3/2022.
- Sørensen Marie Jull, „The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Denmark“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Nr. 5/2022.
- Szilágyi Ferenc, „The Implementation of Directives 2019/770 and 2019/771 in Hungary“, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, Nr. 6/2021.
- Staudenmayer Dirk, „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy“, *European Review of Private Law*, Nr. 2/2020.
- Fernández Chacón Ignacio, „Some Considerations on the Material Scope of the New Digital Content Directive: Too Much to Work Out for a Common European Framework“, *European Review of Private Law*, Nr. 3/2021.
- Цветковић Михајло, Николић Ђорђе, „Саобразност дигиталног садржаја“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2015 (Cvetković Mihajlo, Nikolić Đorđe, „Saobraznost digitalnog sadržaja“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2015).

Jovan VUJIČIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia

CONFORMITY OF GOODS WITH DIGITAL ELEMENTS ACCORDING TO DIRECTIVE (EU) 2019/771

Summary

The article analyses the provisions of Directive (EU) 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods which govern the concept of goods with digital elements, requirements for conformity and the liability of the seller for non-conformity, including the associated time limits and the applicable burden of proof. The changes and additions compared to the previous rules are particularly highlighted, which is of special importance considering that this Directive has not been implemented in the law of the Republic of Serbia. Defining goods with digital elements and digital services, then new explicit criteria for durability, functionality, compatibility and interoperability, the obligation to provide updates necessary for goods with digital elements to remain conform, as well as a change in the approach to determining the time relevant for assessing conformity when digital content or digital service delivered continuously over a period of time, constitute significant advantages in the context of increased digitalization of consumer goods. The novelty is also the separation of requirements for conformity into subjective and objective ones, although, in terms of content, this has not fundamentally changed the previous legal regime.

Key words: *Directive (EU) 2019/771 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods. – Goods with Digital Elements. – Conformity of Goods. – Liability of the Seller for Non-Conformity.*

Датум пријема рада: 13. 4. 2023.

Датум исправке рада: 29. 4. 2023.

Датум прихватања рада: 17. 5. 2023.

СТРУЧНИ РАДОВИ

УДК: 347.447.6

CERIF: S 142

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2303A

Младен НИКОЛИЋ*

судија Привредног апелационог суда у Београду, Србија

ПРЕТХОДНА МЕРА И ПРИВРЕМЕНА МЕРА: СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

Сажетак

У чланку се говори о значају обезбеђења и оштраживања повериоца и даје посебан приказ два средства обезбеђења која су предвиђена Законом о извршењу и обезбеђењу. Ради се о претходној мери и привременој мери, с тим да се указује на то да оба наведена средства обезбеђења служе за обезбеђење новчаног оштраживања, а привремена мера и за обезбеђење неновчаног оштраживања. Наведени су услови за одређивање наведених средстава обезбеђења и њихово прајање, али су назначене и врсте као и услови за укидање ових мера. Посебно су истакнуте сличности и разлике између претходне мере и привремене мере.

Кључне речи: Средства обезбеђења. – Претходна мера. – Привремена мера. – Сличности. – Разлике.

* Електронска адреса аутора: mladen.nikolic@pa.sud.rs.

I Увод

Обезбеђење потраживања које поверилац има према свом дужнику, било да је у питању новчано или неновчано, има велики значај за повериоца. Уколико поверилац благовремено и адекватним средством обезбеди своје потраживање, долази у повољнију позицију да своје потраживање касније и оствари. Закон о извршењу и обезбеђењу у шестом делу уређује поступак обезбеђења.¹ Средства обезбеђења таксативно су прописана, и то су: стицање заложног права на непокретности и покретној ствари по споразуму странака, стицање заложног права на непокретности и покретној ствари на основу извршне исправе, затим претходна мера и привремена мера.² Осим привремених мера које служе и за обезбеђење неновчаних потраживања, сва остала законом прописана средства обезбеђења служе за обезбеђење новчаног потраживања. „Редовно дужи распон времена од тренутка када је затражена правна заштита па до момента док није донесена извршна исправа, и даље док не стекне својство перфектне извршне исправе, чини да је потребно да се повериоцу ставе на располагање одговарајући инструменти којим ће се обезбедити остварење повериоцу досуђеног потраживања или потраживање које ће вероватно бити досуђено.“³ У овом чланку посветићемо пажњу претходној мери и привременој мери као средствима обезбеђења потраживања. Осим значаја ових средстава обезбеђења за касније остварење потраживања повериоца, разлог да се посветимо овој теми јесте и то да се релативно често и у стручној јавности не прави разлика између ова два средства обезбеђења. Наиме, дешава се да појединци поистовећују ова два средства обезбеђења. Стога ће аутор у даљем тексту, осим што ће дати приказ претходне мере и привремене мере, те услова за њихово одређивање, трајање и укидање, посебно указати на сличности између ова два средства обезбеђења, те потом и на разлике, а на крају дати и један кратак закључак.

1 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/19 и 9/20 – аутентично тумачење.

2 ЗИО, чл. 414, с тим што законодавац у наведеној одредби није назначио пун назив средства обезбеђења – стицање заложног права на непокретности или покретној ствари. За прецизнији назив видети наслов Главе III ЗИО.

3 Боровоје Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку (Законодавство, теорија, пракса)*, Нови Сад, 1991, 609.

II Претходна мера

За одлучивање о предлогу за одређивање претходне мере искључиво је надлежан суд, а месна надлежност је прописана према седишту оног суда који би био надлежан за одлучивање о предлогу за извршење.⁴ Претходна мера служи искључиво за обезбеђење новчаног потраживања и може се одредити уколико поверилац поседује домаћу одлуку која није правноснажна, затим домаће судско или управно поравнање (управно поравнање мора гласити на новчано потраживање) или јавно-бележнички записник о поравнању, с тим да по њима потраживање није доспело. Такође, претходна мера може се одредити на основу домаћег решења о извршењу на основу веродостојне исправе која је донета на основу менице или чека.⁵ Када законодавац прописује да се претходна мера може одредити на основу домаћег одлуке, онда треба имати у виду како судске пресуде и решења која гласе на новчано потраживање, тако и решења управног органа која гласе на новчано потраживање. „С обзиром на релативно снажни и ефикасни захват према потенцијалном дужнику, предлагач претходне мјере мора постојање свог претендираног потраживања учинити у високом ступњу вјероватним: то може учинити само домаћом одлуком која није постала правомоћна или није постала извршна, односно нагодбом закљученом пред судом или органом управе по којој потраживање није доспело, дакле одређеном *импјерфектном квалифицираном извршном исправом*.“⁶ Приметићемо да поверилац заснивајући свој предлог на исправама које су предвиђене чл. 439 ст. 2 Закона о извршењу и обезбеђењу тиме већ чини вероватним своје новчано потраживање према дужнику. Међутим, то није довољно да би се одредила претходна мера, јер поверилац мора учинити вероватним опасност да би без претходне мере намирење његово потраживање било осујећено или знатно отежано.⁷ Опасност коју поверилац мора учинити вероватном, по мишљењу аутора, јесте субјективна. Ово стога јер се обезбеђује искључиво новчано потраживање, а врсте претходних мера упућују на то да се дужнику ограничавају права у вези са његовом имовином и поступањима која он може учинити. Постоје и другачија мишљења, која иду за тим да је реч о објективној опасности. „При томе, опасност од осујећења потраживања је објективне природе (што значи постојање било какве опасности), за разлику од субјективне опасности

4 ЗИО, чл. 438.

5 ЗИО, чл. 439 ст. 1 и 2.

6 Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980, 328.

7 ЗИО, чл. 439 ст. 3.

као услова за одређивање привремене мере ради обезбеђења новчаног потраживања.“⁸

Законодавац под одређеним условима олакшава положај повериоцу тако што уводи претпостављену опасност по новчано потраживање. „Реч је о случајевима у којима се сматра да опасност постоји, односно да дужник осујећује, односно знатно отежава наплату потраживања повериоца, а основ за одређивање претходне мере јесте одлука којом је потраживање повериоца према дужнику постало у великом степену извесно, с тим да дужник, користећи се свим овлашћењима у поступку у коме је одлука донета, одговарајућим правним средствима спречава наступање правноснажности такве одлуке. Због таквих радњи дужника управо се и сматра да постоји опасност за остварење потраживања повериоца.“⁹ Тако се сматра да опасност постоји када дужник против решења о извршењу на основу веродостојне исправе које је донето на основу менице или чека благовремено поднесе приговор, пресуде на основу признања против које је поднета жалба, као и када је у питању судско или управно поравнање или јавно-бележнички записник о поравнању који се побија на законом одређени начин. У још два случаја сматра се да опасност постоји, и то када је у питању пресуда којом је у кривичном поступку усвојен имовинско-правни захтев, а против те пресуде предложено понављање кривичног поступка, као и када је у питању одлука, наравно домаћа, али која треба да се изврши у иностранству, па и кад је за извршење надлежан домаћи суд (тада је по правилу реч о страном лицу).

Дужник се у два случаја може заштити тако што ће када добије предлог за одређивање претходне мере који се заснива на пресуди на основу признања против које је поднета жалба или на судском или управном поравнању или јавно-бележничком записнику о поравнању које се побија на законом одређени начин, условити одређење претходне мере полагањем јемства од стране повериоца. На овај начин дужник се штити од евентуалне штете коју би претрпео због одређивања претходне мере. Када суд наложи повериоцу полагање јемства и одреди рок, уколико поверилац јемство не положи у одређеном року, суд ће одбити предлог за одређење претходне мере.

Као и код свих средстава обезбеђења, решење које о претходној мери донесе суд мора да садржи прецизно назначено новчано потраживање које се обезбеђује са каматом и евентуалним трошковима поступка,

8 Здравко Петровић, Владимир Козар, „Претходне мере као средство обезбеђења новчаног потраживања“, *Примена новог закона о извршењу и обезбеђењу* (ур. Небојша Шаркић), Београд, 2013, 107.

9 Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, IV издање, Београд, 2022, 777.

потом врсту претходне мере и њено трајање. Када је у питању трајање претходне мере, оно је ограничено на најдуже 15 дана од дана када домаћа одлука стекне својство извршности, тј. када су стечени услови за подношење предлога за извршење.¹⁰ Значајно је истаћи да се трајање претходне мере може и продужити на предлог извршног повериоца, с тим што се такав предлог мора поднети пре него што време на које је одређена претходна мера истекне. Суд по службеној дужности обуставља поступак обезбеђења уколико се у року од 15 дана од дана истека претходне мере (рок који је одређен) не испуне услови за подношење предлога за извршење, а да при наведеном поверилац није предложио да се трајање претходне мере продужи.

Дужник има на располагању још једно правно средство којим се штити, а то је предлог за укидање претходне мере. Суд ће по предлогу дужника донети решење којим обуставља поступак обезбеђења и укида претходну меру, као и све спроведене радње, уколико дужник положи било суду, било јавном извршитељу, новчано потраживање које се обезбеђује, затим ако приложи доказе да је потраживање наплаћено или довољно обезбеђено неким другим средством обезбеђења. Такође, поступак обезбеђења ће се обуставити уколико се правноснажном одлуком утврди да потраживање није настало или да је престало, као и када одлука, судско или управно поравнање, или јавно-бележнички запис о поравнању на основу којих је одређена претходна мера престану да важе.¹¹ „Законодавац је пропустио да у одредби чл. 444 предвиди и ситуацију у којој се, по протеклу 15 дана од дана истека времена за који је претходна мера одређена, нису стекли услови за принудно извршење. Према нашем мишљењу, и тада би се на предлог извршног дужника могла укинути претходна мера, а сматрамо да би то могао учинити и суд по службеној дужности.“¹²

Претходне мере су Законом о извршењу и обезбеђењу таксативно предвиђене. Стога се као врста претходних мера искључиво могу одредити: попис покретних ствари и упис заложног права на пописаним покретним стварима у Регистар залогe, пленидба новчаног потраживања извршног дужника и стицање заложног права на њему, налог организацији за принудну наплату да новчана средства у висини обезбеђеног потраживања пренесе у депозит јавног извршитеља, упис забране располагања финансијским инструментима и упис заложног права на њима у Централни регистар хартија од вредности, упис заложног права извршног повериоца на уделу извршног дужника у друштву

10 ЗИО, чл. 442.

11 ЗИО, чл. 444.

12 М. Николић, Н. Шаркић, 784.

са ограниченом одговорношћу, ортачком друштву или командитном друштву у регистар залоге и упис заплене удела у регистар привредних субјеката, пленидба потраживања извршног дужника да му се преда непокретност или одређена покретна ствар или испоручи одређена количина покретних ствари и стицање заложног права на запленом потраживању и на крају предбележба заложног права на непокретности у својини извршног дужника или на праву извршног дужника уписаном на непокретности.¹³ Треба приметити да је актуелним Законом о извршењу и обезбеђењу у односу на претходни Закон о извршењу и обезбеђењу¹⁴ проширена врста претходних мера са четири на актуелних седам.

Одлука донета по предлогу за одређивање претходне мере може се побијати жалбом, а ако се побијају само трошкови поступка искључиви правни лек је приговор о коме одлучује веће првостепеног суда, с тим што је приговор дозвољен и против решења којим је одлучено о предлогу за продужење трајања претходне мере.

III Привремена мера

Привремена мера у судској пракси, представља најчешће предложено средство обезбеђења, и то како за обезбеђење новчаног, тако и неновчаног потраживања. Суд је искључиво надлежан да одлучује о предлогу за одређивање привремене мере с тим да је месно надлежан онај суд који у првом степену одлучује о основаности потраживања уколико је предлог за одређивање привремене мере поднет пре, у току или после парничног или другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања. Уколико се одлучује о предлогу за одређивање привремене мере потраживања поводом кога ће се покренути арбитражни поступак или је у току арбитражни поступак, месно је надлежан суд који је био надлежан за одлучивање о предлогу за извршење конкретног потраживања. С обзиром на то да се предлог за одређивање привремене мере може поднети и у току извршног поступка, месно је надлежан онај суд који је донео решење о извршењу.¹⁵

Имајући у виду да се привременом мером обезбеђује новчано, али и неновчано потраживање, законодавац је први кумулативни услов за одређивање привремене мере прописао јединствено, тако да је поверилац дужан да учини вероватним постојање свог потраживања.

13 ЗИО, чл. 445.

14 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – Одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

15 ЗИО, чл. 448.

„Најчешће, у фази поступка у којој се предлаже привремена мера, поверилац још увек не може да докаже постојање потраживања са високом степеном доказаности тако да се ниво доказаности услова чија се испуњеност захтева за одређивање привремене мере формулише као ‘учињени вероватним’. Ово правило уважава потребу повериоца да добије брзу заштиту (прелиминарног карактера) у условима када још увек не располаже довољном доказном грађом.“¹⁶ Други кумулативни услов, а то је опасност по потраживање је различито регулисан. Код обезбеђења новчаног потраживања поверилац мора учинити вероватним да би без привремене мере извршни дужник осујетио или знатно отежао наплату потраживања и то тако што би своју имовину или средства отуђио, прикрио или на други начин њима располагао. „Када је у питању новчано потраживање, реч је о субјективној опасности, што значи да је извршни поверилац морао учинити вероватним постојање чињеница које упућују на то да је извршни дужник предузимао одређене радње које могу имати за последицу осујећење или знатно отежање наплате потраживања.“¹⁷ Када је привремена мера предложена ради обезбеђења неновчаног потраживања поверилац мора учинити вероватним да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета, и у овом случају реч је о објективној опасности, што подразумева да поверилац не мора указивати на постојање конкретних радњи дужника којима жели да осујети или знатно отежа остварење потраживања. „Не инсистира се на субјективној опасности, довољно је да се докаже вероватноћа објективне опасности – опасност која постоји услед спољних чинилаца, независних од понашања или држања дужника.“¹⁸

Када се привременом мером обезбеђује новчано потраживање, законодавац уводи и претпоставку постојања опасности по такву врсту потраживања. У тој ситуацији, поверилац у сваком случају мора учинити вероватним постојање потраживања, док се сматра да опасност постоји у случају када је ради наплате потраживања на име законског издржавања већ вођен извршни поступак према дужнику, ако постоји презадуженост дужника јер су његови редовни приходи мањи од његових законских обавеза и оних утврђених правноснажним одлукама суда или другог органа, затим ако је према дужнику већ вођен извршни поступак и он није био успешан јер је дужник одбио да пружи податке

16 Ана Николић, „Одлучивање о привременој мери у индивидуалном радном спору – између ‘теорије’ и ‘праксе’“, *Право и њивреда*, бр. 3/2022, 579.

17 М. Николић, Н. Шаркић, 794.

18 Б. Старовић, 657.

о томе где се налази његова имовина. Такође, претпоставка опасности постоји и у ситуацији када потраживање треба да се испуни у иностранству, па и кад је за извршење надлежан домаћи суд. У овом случају треба имати у виду да је реч о дужнику страном лицу.

Код привремених мера улога јемства је значајно проширена. Предлагањем да се одреди јемство могу се служити и поверилац и дужник. Поверилац може у предлогу назначити да је вољан да се уместо одређене привремене мере од стране дужника положи јемство у висини коју одреди суд. Дужник такође може предложити да он положи јемство у циљу обезбеђења потраживања повериоца уместо одређивања привремене мере коју је предложио поверилац. Даље, поверилац је ослобођен да учини вероватним постојање кумулативних услова за одређивање привремене мере, и то и вероватноће постојања потраживања, и опасности по потраживање, ако положи јемство за евентуалну штету коју би дужник могао претрпети због одређивања и извршења привремене мере.

Привремена мера има ограничено време трајања и одређује га суд у решењу којим и усваја предлог за одређивање привремене мере. Суд ће обуставити поступак обезбеђења и укинути привремену меру на предлог дужника, као и све спроведене радње, уколико поверилац у року одређеном привременом мером не поднесе тужбу или не покрене други поступак ради оправдавања привремене мере, као и кад истекне трајање привремене мере. Привредни апелациони суд у једној одлуци наводи да како је привремена мера одређена да траје до окончања арбитражног поступка који је поверилац био дужан да покрене ради оправдања мере, а како је утврђено да је арбитражни поступак окончан доношењем одлуке арбитражног суда, чиме је истекло време трајања привремене мере, то је првостепени суд правилно закључио да су испуњени услови за укидање привремене мере, а да је без утицаја то што се може тражити исправка арбитражне одлуке.¹⁹ Уколико би се услови под којима је привремена мера одређена променили тако да више није потребна, суд ће на предлог дужника укинути привремену меру. Осим наведеног, уколико се положи потраживање које се обезбеђује или ако дужник докаже да је потраживање наплаћено или довољно обезбеђено или се утврди да потраживање није настало или да је престало, суд ће обуставити поступак обезбеђења, укинути привремену меру и укинути све спроведене радње.²⁰

Када су у питању врсте привремених мера које се могу одредити у циљу обезбеђења новчаног или неновчаног потраживања, оне су

19 Решење Привредног апелационог суда Иж 391/22 од 11. 5. 2022. године.

20 ЗИО, чл. 457.

егземпларно наведене. То значи да се може одредити свака мера у циљу обезбеђења новчаног или неновчаног потраживања којима се постиже сврха обезбеђења. Битно је да је предложена привремена мера таква да је у функцији обезбеђења конкретног потраживања, а законодавац примера ради, назначава поједине врсте привремених мера.²¹

IV Сличности

Претходна и привремена мера су предвиђене као средства обезбеђења. Оба средства обезбеђења су ограниченог трајања. И претходном мером и привременом мером обезбеђује се новчано потраживање, а услови за одређивање ових средстава обезбеђења су кумулативни, тако да је поверилац дужан да учини вероватним постојање неновчаног потраживања и опасност по то потраживање. И код једног, и код другог средства обезбеђења законодавац прописује претпоставку опасности по потраживање и тада се на основу чињеница или доказа који се од стране повериоца поднесу сматра да опасност по новчано потраживање постоји. И претходна и привремена мера на предлог дужника могу бити укинуте, обустављен поступак обезбеђења и укинуте све спроведене радње под условима које је законодавац прописао и о којима је било речи. Трајање претходне мере и привремене мере може бити продужено у односу на рок на који су одређене на предлог повериоца, а под условима који су Законом о извршењу и обезбеђењу прописани и о којима је такође било речи.

Под законом прописаним условима и у случају претходне мере, и у случају привремене мере одређивање ових средстава извршења може се на предлог дужника условити полагањем јемства од стране повериоца.

За одлучивање о предлогу за одређивање привремене мере и о предлогу за одређивање претходне мере искључиво је надлежан да одлучује суд, а највећи број ових средстава обезбеђења спроводи јавни извршитељ. Садржина решења којим се одређују ова средства обезбеђења слично је регулисана и подразумева прецизно навођење новчаног потраживања које се обезбеђује, врсту средства обезбеђења, те трајање. Поступак обезбеђења и у случају претходне и у случају привремене мере се покреће предлогом повериоца, а по службеној дужности само када је то посебним законом одређено (нпр. привремена мера – Породични закон,²² државински спор – Закон о парничном

21 ЗИО, чл. 459 и чл. 460.

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

поступку²³). И један и други поступак обезбеђења је сумаран и оба решења о обезбеђењу садрже кратко образложење законских разлога због којих је предлог усвојен. Одлука првостепеног суда о предлогу за одређивање претходне и привремене мере може се побијати жалбом о којој одлучује непосредно виши суд. Такође, оба средства обезбеђења имају дејство решења о извршењу и извршавају се пре правноснажности. Када је у питању обезбеђење новчаног потраживања на предлог повериоца, ако су испуњени услови, суд може одредити више претходних мера, као што може одредити и више привремених мера у циљу обезбеђења потраживања. И једно и друго средство обезбеђења извршава јавни извршитељ осим уколико је у питању радња чињења коју може извршити само извршни дужник нечињења или трпљења, враћања запосленог на рад и извршење извршне исправе у вези са породичним односима, осим наплате законског издржавања. У овим последњим случајевима извршење мере обезбеђења спроводи суд.

На крају, и код претходне и код привремене мере може се одступити од расправног начела јер се о предлогу за одређење може одлучити и исти усвојити пре него што се омогући дужнику да се о њему изјасни, уколико би поверилац због одлагања могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету, ако је потребно отклонити непосредну опасност противправног оштећења ствари или губитка или тешког угрожавања права, као и ради спречавања насиља.

Када су у питању ствари и права која су изузета од извршења, на њима није дозвољено обезбедити потраживање ни претходном, ни привременом мером.

V Разлике

Претходна мера служи искључиво у сврху обезбеђења новчаног потраживања, док се привременом мером може обезбедити и неновчано потраживање. Услов за одређивање претходне мере јесте постојање домаће одлуке која гласи на новчано потраживање, а није постала правноснажна или извршна, док као услов за одређивање привремене мере није потребно да постоји било каква одлука суда, органа управе или јавно-бележнички записник о поравнању. Такође, за разлику од претходне мере која се не може одредити када поверилац има услове да поднесе предлог за извршење, привремена мера може се одредити и након наступања извршности, тј. постојања перфектне извршне исправе, па и у току целог извршног поступка све док извршење није спроведено.

23 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 одлука УС, 74/13, 55/14, 87/18 и 18/20

Претходне мере су Законом о извршењу и обезбеђењу таксативно прописане и ниједна друга осим прописаних се не може одредити, док су привремене мере егземпларно наведене само као примери врсте привремених мера, а може се одредити свака којом се постиже сврха обезбеђења. Претходном мером поверилац може стећи заложно право на покретним стварима, на финансијским инструментима, на новчаном потраживању дужника, на уделу дужника у друштву са ограниченом одговорношћу, ортачком друштву или командитном друштву, на потраживању дужника да му се преда непокретност или одређена покретна ствар или испоручи одређена количина покретних ствари, док се привременом мером не може стећи заложно право у корист повериоца.²⁴

У ситуацији и када постоје материјалноправни услови да се одреди привремена мера ради обезбеђења новчаног потраживања, уколико су испуњени услови за одређивање претходне мере, није дозвољено одређивање привремене мере.²⁵ Тако се у једној одлуци Привредног апелационог суда, којом је укинута решење првостепеног суда и одбачен предлог за одређивање привремене мере, наводи да у ситуацији када је по предлогу повериоца издат платни налог и поступак настављен по приговору против платног налога, су постојали услови за одређивање претходне мере, због чега привремена мера није дозвољена.²⁶ Претходна мера као средство обезбеђења је искључиво регулисана Законом о извршењу и обезбеђењу, док је привремена мера осим у Закону о извршењу и обезбеђењу, регулисана и неким другим законима, као нпр. Законом о парничном поступку,²⁷ Законом о жигу²⁸ и Законом о трговачком бродарству.²⁹ Треба приметити да сви, примера ради, наведени закони у погледу основних услова упућују на услове из Закона о извршењу и обезбеђењу.

VI Закључак

Привремена мера као средство обезбеђења је веома присутна у пракси судова, док је то ређе случај са претходном мером. Можда управо из разлога што је привремена мера често присутна, а претходна ређе, постоје неразумевање и недоумице, те неразликовање између ова два

24 ЗИО, чл. 445 и чл. 454.

25 ЗИО, чл. 455 ст. 1.

26 Решење Привредног апелационог суда Иж 14/23 од 11. 1. 2023. године.

27 Закон о парничном поступку, чл. 451.

28 Закон о жигу, *Службени гласник РС*, бр. 6/20, чл. 95–98.

29 Закон о трговачком бродарству, *Службени гласник РС*, бр. 96/15 и 113/17 – др. закон, чл. 629–641.

средства обезбеђења. Претходном мером обезбеђује се искључиво новчано потраживање, док се привременом мером може обезбедити како новчано, тако и неновчано потраживање. И један и други поступак обезбеђења иницирају се од стране повериоца, а само у законом прописаним случајевима поступак се иницира по службеној дужности. У случају усвајања и одређивања наведених средстава обезбеђења поверилац са великом сигурношћу може очекивати и да потраживање оствари када се за то стекну услови. Поступак обезбеђења у оба случаја је сумаран и осим обавезних садржаја које закон прописује (како за предлог, тако и за одлуку) суд је дужан да дâ само кратко образложење законских разлога за усвајање било претходне мере, било привремене мере. Управо због значаја које имају и претходне мере и привремене мере, а које се огледа у обезбеђењу потраживања повериоца, те пре свега разлика које постоје између ова два средства обезбеђења, аутор се определио за ову тему.

Коришћена литература

- Николић Ана, „Одлучивање о привременој мери у индивидуалном радном спору – између ‘теорије’ и ‘праксе’“, *Право и привреда*, бр. 3/2022 (Nikolić Ana, „Odlučivanje o privremenoj meri u individualnom radnom sporu – između ‘teorije’ i ‘prakse’“, *Pravo i privreda*, br. 3/2022)
- Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, IV издање, Београд, 2022. (Nikolić Mladen, Šarkić Nebojša, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, IV izdanje, Beograd, 2022)
- Петровић Здравко, Козар Владимир, „Претходне мере као средство обезбеђења новчаног потраживања“, *Примена новој закона о извршењу и обезбеђењу* (ур. Небојша Шаркић), Београд, 2013. (Petrović Zdravko, Kozar Vladimir, „Prethodne mere kao sredstvo obezbeđenja novčanog potraživanja“, *Primena novog zakona o izvršenju i obezbeđenju* (ur. Nebojša Šarkić), Beograd, 2013)
- Старовић Боривоје, *Коментар Закона о извршном поступку (Законодавство, теорија, пракса)*, Нови Сад, 1991. (Starović Borivoje, *Komentar Zakona o izvršnom postupku (Zakonodavstvo, teorija, praksa)*, Novi Sad, 1991)
- Triva Siniša, Belajec Velimir, Dika Mihajlo, *Sudsko izvršno pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980.

Mladen NIKOLIĆ

Judge at the Commercial Appellate Court in Belgrade, Serbia

PRELIMINARY MEASURE AND INTERIM MEASURE: WITH EMPHASIS ON SIMILARITIES AND DIFFERENCES

Summary

The article analyzes the significance of securing creditor's claim and reviews two instruments of security interest regulated by Law on Enforcement and Security Interest. They are preliminary measure and interim measure, noting that interim measure secures both monetary and non-monetary claims, while preliminary measure secures only monetary claims. Furthermore, the author considers conditions for imposing mentioned instruments of security interest, as well as their duration, types and conditions for repealing these measures. The emphasis is on the similarities and differences between preliminary and interim measures.

Key words: *Instruments of Security Interest. – Preliminary Measure. – Interim Measure. – Similarities. – Differences.*

Датум пријема рада: 29. 3. 2023.

Датум прихватања рада: 30. 4. 2023.

УДК: 351.712.2(497.11) ; 658.71(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2304A

др Владимир КОЗАР*
редовни професор Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду, Србија

др Немања АЛЕКСИЋ**
адвокат у Заједничкој адвокатској канцеларији
„Алексић са сарадницима“ у Новом Саду, Србија

ФИНАНСИЈСКИ И ЕКОНОМСКИ КАПАЦИТЕТ КАО КРИТЕРИЈУМИ ЗА ИЗБОР ПРИВРЕДНОГ СУБЈЕКТА У ПОСТУПКУ ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Сажетак

У раду су анализирани процеси Републике Србије, као и мишљења правне науке о критеријумима за избор привредног субјекта у поступку јавне набавке. Објашњен је појам привредног субјекта, који обухвата не само физичка и правна лица, већ и несвађанске облике организовања, као што су конзорцијум или заједничко улагање (joint venture). Анализирани су начин одређивања и врсте критеријума за избор привредног субјекта, као лица или групе лица, које на тржишту нуди добра, услуге или радове. Указано је на значај критеријума који се односе на финансијски и економски капацитет, за утврђивање способности за извршење уговора

* Електронска адреса аутора: kozarv@pravni-fakultet.info.

** Електронска адреса аутора: nemanja.aleksic@lawofficealeksic.rs.

о јавној набавци. Истакнуто је да се постојање капацитета одређује на основу минималног прихода, односа имовине и обавеза или другој финансијској показатеља, односно одговарајућег нивоа осигурања од професионалне одговорности.

Кључне речи: *Поступак јавне набавке. – Привредни субјекти. – Критеријуми за избор. – Финансијски и економски капацитет.*

I Увод

Позив на понуду у одређеној форми битан је део поступка јавне набавке, односно представља обавезну фазу поступка. Позив на понуду представља, поред понуде за закључење уговора и позива на преговоре, један од облика уговорне иницијативе.¹ Након подношења понуде, врши се избор учесника и додела уговора, што представља најважнију фазу поступка јавне набавке. У оквиру ове фазе поступка постоји више стадијума. Пре одлуке о додели уговора врши се квалитативни избор привредног субјекта на основу критеријума прописаних у чл. 111–117 Закон о јавним набавкама,² међу којима се по значају издваја финансијски и економски капацитет за извршење уговора о јавној набавци.

Наручилац прво испитује да ли постоје основи за искључење привредног субјекта из поступка јавне набавке, који могу бити обавезни или факултативни.³ Затим, уколико не постоје основи за искључење, испитује се да ли су испуњени услови – критеријуми за избор привредног субјекта, које наручилац може да дефинише у зависности од предмета и вредности набавке, поштујући законска правила. И основи за искључење и критеријуми за избор систематизовани су у закону под заједничким насловом „Критеријуми за квалитативни избор привредног субјекта“. Наручилац, након прегледа и стручне оцене, одбија понуду као неприхватљиву, ако утврди да постоје основи за искључење привредног субјекта или ако нису испуњени критеријуми за избор привредног субјекта.⁴

Понуде које нису одбијене као неприхватљиве оцењују се и рангирају према критеријуму за доделу уговора који је одређен у документацији о набавци.⁵ У поступку јавне набавке наручилац додељује

1 Миодраг Мићовић, „Позив на понуду“, *Право и привреда*, бр. 3–4/1998, 22.

2 Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник РС*, бр. 91/2019.

3 ЗЈН, чл. 111–113.

4 ЗЈН, чл. 144 ст. 1 тач. 1 и 2.

5 ЗЈН, чл. 144 ст. 4.

уговор економски најповољнијој понуди.⁶ Уговор о јавној набавци дефинисан је као теретни уговор закључен у писаној форми између једног или више понуђача и једног или више наручилаца који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова.⁷

II Појам привредног субјекта као понуђача у поступку јавне набавке

Ради бољег разумевања начина одређивања и примене критеријума за избор, потребно је објаснити појам привредног субјекта, под којим се подразумева свако лице или група лица, које на тржишту нуди добра, услуге или радове.⁸ Појам „*привредни субјекат*“ обухвата не само физичка и правна лица као постојеће правне субјекте, већ и нестатусне облике организовања, односно уговорног удруживања, као што су групе лица које на тржишту нуде добра, услуге или радове. Тако нпр. конзорцијум⁹ као група правних и/или физичких лица, која подносе заједничку понуду као група понуђача, нема правни субјективитет, тј. нема својство правног лица, али му се признаје својство привредног субјекта у смислу ЗЈН, а под одређеним условима и својство парничне странке у парничном поступку, уколико дође до спора чије решавање спада у судску надлежност.¹⁰

Штавише, закон конзорцијуму и другим нестатусним облицима удруживања, као што су заједничка улагања, изричито признаје уговорну способност, тако што прописује да обавештење о додели уговора, поред осталог, треба да садржи „податак о томе да ли је уговор додељен групи привредних субјеката (заједничко улагање, конзорцијум или друго).“¹¹

У фази подношења понуде закон пружа заштиту уговорним облицима удруживања, прописујући да наручилац не може од групе

6 ЗЈН, чл. 146 ст. 1.

7 ЗЈН, чл. 2 тач. 2.

8 ЗЈН, чл. 2 тач. 7.

9 Владимир Козар, Милан Почуча, *Коментар Закона о парничном поступку са новелама из 2014. године, судском праксом и рејсџром њојмова*, 2. издање, Београд, 2014, 74.

10 Страначку способност имају физичка и правна лица, с тим што изузетно, парнични суд може да призна својство странке и оним облицима удруживања и организовања који немају страначку способност ако утврди да, с обзиром на предмет спора, испуњавају битне услове за стицање страначке способности, а нарочито ако располажу имовином на којој се може спровести извршење. Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 55/2014, 87/2018, 18/2020, чл. 74.

11 ЗЈН, Прилог 4, Део Д – I, тач. 12.

понуђача да захтева да се повезују у одређени правни облик како би могли да поднесу заједничку понуду.¹² Наведеним ограничењем штити се конкуренција, јер се на тај начин већем броју субјеката омогућава да учествују у поступку у фази подношења понуде. С друге стране, након доделе уговора наручилац може од групе понуђача да захтева да се повезују у одређени правни облик, уколико је то неопходно за реализацију уговора.¹³ Јер, у том случају нема нарушавања конкуренције, с обзиром на то да се намеће обавезе повезивања у одређени правни облик односи само на групу понуђача којој је додељен уговор.

Појам „конзорцијум више физичких или правних лица“ у наведеном значењу прихваћен је и у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама¹⁴ приликом дефиниције приватног партнера, одабраног у поступку јавне набавке или поступку давања концесије,¹⁵ као и у дефиницији конзорцијума као учесника у поступку доделе јавног уговора.¹⁶ Уговор о конзорцијуму може да садржи одредбе којима се ограничава одговорност појединих чланова конзорцијума, што у случају прихвата понуде конзорцијума производи правно дејство према јавном телу, док најмање један члан конзорцијума мора да буде неограничено одговоран, осим ако јавно тело другачије не захтева ако за то постоје објективни разлози.¹⁷

Уговорни облик организовања сличан конзорцијуму, јесте заједничко улагање, односно заједнички подухват (*joint venture*). ЗЈН прописује посебне изузетке из режима јавне набавке за секторске наручиоце, када се уговор закључује са повезаним друштвом или које заједнички подухват (*joint venture*), који је организовало више секторских наручилаца у сврху обављања секторских делатности, додељује друштву које је повезано с једним од тих секторских наручилаца,¹⁸ односно када се уговор додељује заједничком подухвату (*joint venture*) или секторском

12 ЗЈН, чл. 135 ст. 5.

13 ЗЈН, чл. 135 ст. 6.

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

15 „Приватни партнер је физичко или правно лице, домаће или страног, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица која су одабрана у поступку јавне набавке или поступку давања концесије и који са јавним партнером закључује јавни уговор...“ (ЗЈППК, чл. 4 тач. 10).

16 „Формирање конзорцијума ради учешћа у поступку доделе јавног уговора дозвољено је осим ако јавно тело које спроводи поступак из објективних разлога изричито не предвиди другачије у конкурсној документацији“ (ЗЈППК, чл. 16 ст. 1).

17 ЗЈППК, чл. 16 ст. 2 тач. 1 и ст. 7 и 8.

18 ЗЈН, чл. 17.

наручиоцу који је саставни део заједничког подухвата.¹⁹ Дакле, закон допушта постојање заједничког подухвата како на страни наручиоца, тако и када је у питању понуђач.

Заједничко улагање (*joint venture*) у правној литератури дефинише се као уговорно повезивање два или више учесника на тржишту у циљу остваривања одређеног заједничког пословног подухвата,²⁰ тако што уговорне стране заједнички улажу средства у пословни подухват, деле ризик и добит, и заједнички доносе одлуке док подухват траје.²¹ Удруживањем својих одређених потенцијала, учесници на тржишту се на овај начин повезују по сличним принципима као и физичка лица, и остају при томе самостални правни субјекти, а удружују се само због пословног подухвата у којем имају заједнички циљ и интерес (нпр. због заједничке производње, дистрибуције, пружања услуга, истраживања и развоја).²² Могу се отуда издвојити следећи конститутивни елементи заједничког улагања: заједнички циљ, заједничка контрола над спровођењем капиталне трансакције и одређена сталност у погледу трајања капиталне трансакције.²³ Ефекти заједничког подухвата могу бити позитивни, као што су већа иновативност, доступност нових технологија, нових производа и сл., а могу бити и негативни, као што је подела тржишта, затварање тржишта новим тржишним конкурентима.²⁴

III Начин одређивања и врсте критеријума за избор привредног субјекта

Наручилац у зависности од предмета и вредности набавке дефинише услове – критеријуме за избор, као и начин њиховог доказивања.²⁵ Критеријуми могу да се односе само на услове који су систематизовани

19 ЗЈН, чл. 18.

20 Ивана Ракић, „Заједничко улагање (*joint venture*) као предмет контроле у праву конкуренције ЕУ: примена *full-function* критеријума“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 76/2017, 732.

21 Златко Стефановић, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни живот*, бр. 11/1998, 515–516; Mladen Cerovac, 2010, „Рјечник појмова права и политике тржишног натјецанја и сродних подручја“, доступно на адреси: <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 29. 3. 2023, 198.

22 З. Стефановић, 524; Mirta Kapural, „Razgraničenje zajedničkog pothvata (engl. *Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU“, *Pravo i porezi*, бр. 7/2008, 66.

23 Сања Граић Степановић, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2007, 454.

24 М. Kapural, 64.

25 ЗЈН, чл. 114.

у следеће три групе: 1) испуњеност услова за обављање професионалне делатности; 2) финансијски и економски капацитет; 3) технички и стручни капацитет. Наручилац одређује критеријуме за избор привредног субјекта увек када је то потребно имајући у виду предмет јавне набавке. Одређивање критеријума за избор није обавезно, због чега наручиоци нису дужни да захтевају испуњеност пословног, финансијског, кадровског и техничког капацитета, ако по оцени наручиоца, с обзиром на предмет јавне набавке, они нису од значаја или утицаја на набавку.

Приликом одређивања критеријума, наручилац може да захтева само ниво капацитета који обезбеђује да ће привредни субјект бити способан да изврши уговор о јавној набавци. Наручилац је аутономан, односно слободан у избору критеријума и увек одређује оне критеријуме за које сматра да су потребни за оцену понуда с обзиром на конкретан предмет набавке и на своје конкретне потребе. Међутим, наручилац не може критеријуме да дефинише тако да фаворизује одређене понуђаче, односно да дискриминише остале који би могли да понуде реализацију предметне набавке на начин који би заиста задовољавао све објективне потребе наручиоца. „Коришћење дискриминаторских услова за учешће понуђача ограничава конкуренцију у поступку јавне набавке, и то тако што омогућава учешће одређеним понуђачима, а неоправдано онемогућава остале у томе. На тај начин се фаворизованим понуђачима директно помаже да буду изабрани као најповољнији, што ће довести и до закључења уговора са њима. Може се констатовати да је коришћење дискриминаторских услова можда и најчешћи коруптивни механизам у поступцима јавних набавки.“²⁶

Такође, критеријуми за избор морају да буду у логичкој вези са предметом набавке и сразмерни предмету набавке. Шта представља логичну везу са предметом јавне набавке ствар је оцене наручиоца, али не у тој мери да тако дефинише и фаворизује одређене понуђаче. Суштина је да ти услови буду у логичној вези, што нпр. значи да уколико је процењена вредност радова или услуга пет милиона динара, наручилац може тражити од понуђача доказ да су у претходном периоду извршили радове или услуге у укупној вредности од пет милиона, а не да су имали више послова од пет милиона динара, што би било несразмерно предмету набавке. Ово је честа грешка у пракси и из тог разлога наручиоци би требало да буду опрезни приликом дефинисања критеријума за избор привредног субјекта.

Ако наручилац одреди критеријуме за избор привредног субјекта, дужан је да у јавном позиву одреди потребни ниво капацитета и

26 Саша Варинац, Иван Нинић, Удружење професионалаца у јавним набавкама Републике Србије, *Корупцијска маја системa јавних набавки у Рејублици Србији*, 1. издање, Београд, 2014, 30–31.

одговарајуће начине њиховог доказивања. Наручилац је слободан да одлучи да ли ће да одређује критеријуме за избор привредног субјекта или не. Али ако се одлучи за одређивање критеријума за избор привредног субјекта у поступку јавне набавке, тада наручилац мора да се држи законских правила, како у погледу врсте услова, односно капацитета, чија се испуњеност захтева, затим нивоа захтеваних капацитета, сразмером и везом са предметом набавке, као и начина доказивања.

Наручилац може у документацији о набавци да одреди финансијски и економски капацитет којим се обезбеђује да привредни субјекти имају финансијску и економску способност потребну за извршење уговора о јавној набавци, а нарочито да: 1) имају одређени минимални приход, укључујући одређени минимални приход у области која је обухваћена предметом јавне набавке за период од највише три последње финансијске године, у зависности од датума оснивања привредног субјекта, односно почетка обављања делатности привредног субјекта; 2) имају одређени однос имовине и обавеза или други финансијски показатељ у вези са финансијским извештајима привредних субјеката за период од највише три последње финансијске године; 3) имају одговарајући ниво осигурања од професионалне одговорности.²⁷ Листа од три групе услова није коначна јер набрајање није таксативно, већ примера ради.

Ако је предмет јавне набавке подељен на више партија, наведени услови одређују се сразмерно свакој појединачној партији, а изузетно наручилац може да захтева минимални приход у односу на процењену вредност више партија у случају да поједини понуђач буде изабран у неколико партија које се извршавају истовремено.²⁸

IV Минимални приход у односу на процењену вредност јавне набавке

Закон је одредио лимит, ограничивши висину минималног прихода, као критеријума за избор, у односу на процењену вредност јавне набавке: „Минимални приход не сме да буде већи од двоструке процењене вредности јавне набавке, осим у изузетним случајевима када је то неопходно због посебних ризика повезаних са предметом јавне набавке које наручилац мора да образложи у документацији о набавци.“²⁹ Тиме се наручиоцу указује у ком правцу максимално може да иде при одређивању трогодишњег прихода понуђача, као додатног услова за

27 ЗЈН, чл. 116 ст. 1 тач. 1–3.

28 ЗЈН, чл. 116 ст. 4 и 5.

29 ЗЈН, чл. 116 ст. 2.

учешће у поступку јавне набавке, односно критеријума за избор привредног субјекта, што је у складу и са чл. 58 Директиве 2014/24/ЕУ. Истовремено, постављање лимита спречава наручиоца да неоправдано поставља високе захтеве у погледу финансијског капацитета понуђача као услова за учешће у поступку јавне набавке. Одступање од овог правила могуће је само изузетно, када је то неопходно због посебних ризика повезаних са предметом јавне набавке.

Међутим, приликом одређивања минималног прихода, као критеријума, требало би навести одређени – исти износ, који је понуђач дужан да оствари у свакој од три последње финансијске године, чиме се потврђује континуитет у пословању, укључујући и делатност која је обухваћена предметом јавне набавке. Дакле, није релевантан просек прихода, нити се врши сабирање трогодишњих прихода. Поред тога, наручилац може захтевати да се у обзир узима само одређени минимални приход у области која је обухваћена предметом јавне набавке, а не укупан приход у финансијској години.

Приликом одређивања минималног прихода, мора се узети у обзир и датум оснивања привредног субјекта, односно почетак обављања делатности, како би се и новооснованим лицима омогућило да учествују у поступку јавне набавке, чиме се штити конкуренција.

У поступку закључења уговора на основу оквирног споразума када се спроводи поновно отварање конкуренције, услов који се односи на минимални приход израчунава се на основу очекиване максималне вредности појединачних уговора који ће се извршавати у исто време или, ако то није познато, на основу процењене вредности оквирног споразума.³⁰ У систему динамичне набавке услов који се односи на минимални приход израчунава се на основу очекиване максималне вредности појединачних уговора који ће се закључити током трајања система динамичне набавке.³¹

V Одређени однос имовине и обавеза и други финансијски показатељи

Ако наручилац одредио услов који се тиче одређеног односа имовине и обавеза или други финансијски показатељ, дужан је да у конкурсној документацији одреди транспарентне, објективне и недискриминаторске методе и критеријуме за њихову оцену.³² Однос

30 ЗЈН, чл. 116 ст. 6.

31 ЗЈН, чл. 116 ст. 7.

32 ЗЈН, чл. 116 ст. 3.

имовине и обавеза као капитални захтев који се може поставити у поступку јавне набавке, одговара законској дефиницији нето имовине привредног друштва: „Нето имовина (капитал) друштва јесте разлика између вредности имовине и обавеза друштва“.³³

1. Коefицијент ликвидности

Поред нето имовине (капитала), значајан финансијски показатељ јесте и коefицијент ликвидности (рацио ликвидности). Ликвидност је способност предузећа да измири своје обавезе у року. Коefицијент текуће ликвидности (општи рацио ликвидности) мери способност предузећа да измирује обавезе када оне доспевају. Рачуна се по формули: *Општи рацио ликвидности = (Залихе + Потраживања + Готовина) / Текуће обавезе*. Предузеће са коefицијентом текуће ликвидности од 2:1 или већим, има добру способност сервисирања обавеза. Коefицијент убрзане ликвидности (редуковани рацио ликвидности) показује да ли предузеће има довољно ресурса (потраживања и готовину) за измирење краткорочних обавеза. Уобичајена вредност коefицијента је 1:1.³⁴ Стога би наручиоци могли, одређујући критеријуме за избор који се односе на финансијски и економски капацитет привредног субјекта, да захтевају коefицијент ликвидности од 2:1 или већи, као финансијски показатељ, сагласно наведеним закључцима економске науке.³⁵

2. Адекватност капитала банке

Пословање банака, као привредних субјеката из финансијског сектора, регулисано је низом прописа, којима се постављају строги капитални захтеви. Народна банка Србије, као регулаторно тело, врши ригорозну контролу и надзор над радом пословних банака. Један од најзначајнијих прописа те врсте, јесте Одлука о адекватности капитала банке³⁶ којом се уређују начин израчунавања капитала и адекватности капитала банке, критеријуми за одређивање, услови и начин израчунавања ризичне активе банке, као и услови и начин давања

33 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 44 ст. 2.

34 Биљана Лазаревић, „Основе рацио анализе финансијских извештаја“, доступно на адреси: <https://www.mojafirma.rs/baza-znanja/osnove-racio-analize-finansijskih-izvestaja/>, 24. 3. 2023.

35 Владимир Козар, „Спровођење поступка јавне набавке по партијама“, *Рагно-правни савешник*, бр. 4/2021, 79.

36 Одлука о адекватности капитала банке – ОАКБ, *Службени гласник РС*, бр. 103/2016, 103/2018, 88/2019, 67/2020, 98/2020, 137/2020, 59/2021, 67/2022 и 137/2022.

сагласности за подобност кредитних рејтинга које додељује агенција за рејтинг и др. Показатељ (коэффицијент) адекватности капитала банке, најважнији је финансијски показатељ, и представља процентуално изражен однос капитала и ризичне активе банке, који је дужна да одржава на нивоу који није нижи од 8%.³⁷

Штавише, банка је дужна да у свом пословању обезбеди да висина њеног капитала ни у једном тренутку не буде мања од динарске противвредности износа 10.000.000 евра, према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан обрачуна.³⁸ Дакле, у пословању банака постоји обавеза одржавања минималне висине капитала, што у ЗПД није предвиђено за привредна друштва општег типа, који, иако прописује минимални основни капитал за одређене облике,³⁹ не прописује принудну ликвидацију или друге санкције, ако висина капитала падне испод законског минимума.⁴⁰ Обезбеђивање задовољавајућег нивоа капитала и задржавање довољне количине капитала како би се заштитили интереси депонената, зајмопримаца, запослених, власника и грађана, један је од највећих изазова који се поставља пред банке.⁴¹

У домену јавних набавки наведени пропис може имати велики практични значај и представљати путоказ наручиоцу за одређивање финансијског показатеља – критеријума за избор који се односи на финансијски и економски капацитет банке као привредног субјекта, тако што ће захтевати да банка има коефицијент адекватности капитала виши од минималних 8%, нпр. 10%. Постављање капиталних захтева, односно услова који се тиче одређеног односа имовине и обавеза банке, у документацији о набавци услуге депоновања новчаних средстава, односно закључења уговора о банкарском новчаном депозиту, посебно добија на значају у светлу кризе поверења у глобални банкарски систем,

37 ОАКБ, тач. 3. ст. 1 и 3 подтач. 3).

38 ОАКБ, тач. 3. ст. 4.

39 Основни капитал друштва с ограниченом одговорношћу износи најмање 100 динара (ЗПД, чл. 145), док акционарско друштво мора имати минимални основни капитал у висини од 3.000.000,00 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ (ЗПД, чл. 293).

40 Од обавезе одржавања висине капитала треба разликовати обавезу уплате минималног основног капитала која је прописана за одређени облик привредног друштва, а која постоји и у случају продаје стечајног дужника као правног лица у стечајном поступку, када је купац дужан да у основни капитал друштва уплати недостајући износ до висине минималног основног капитала у року од шест месеци од дана обустављања поступка стечаја (ЗПД, чл. 45 ст. 4 и 5), а у противном покреће се принудна ликвидација (ЗПД, чл. 546 ст. 1 тач. 4а).

41 Вера Зеленовић, Ненад Вуњак, „Адекватност капитала банкарског сектора Србије“, *Анали Економској факултету у Суботици*, бр. 31/2014, 3.

која је настала услед повлачења депозита клијената из неких европских и америчких банака, као што су *Silicon Valley Bank (SVB)*⁴² и *Credit Suisse*.⁴³

а) Осигурање депозита

Закон о осигурању депозита⁴⁴ прописује да осигурани депозит јесте депозит физичког лица, предузетника, микро, малог и средњег правног лица, који осигурава Агенција за осигурање депозита. Осигурани износ је износ осигураног депозита до 50.000 евра по депоненту у банци.⁴⁵ Међутим, осигурани депозит не обухвата депозите великих правних лица, у смислу Закона о рачуноводству,⁴⁶ као ни депозите државних органа и организација, органа аутономне покрајине или органа јединице локалне самоуправе.⁴⁷ Правна лица и предузетници разврставају се на микро, мала, средња и велика правна лица, у зависности од просечног броја запослених и пословног прихода у пословној години и вредности укупне активе утврђене на датум биланса редовног годишњег финансијског извештаја. У велика правна лица разврставају се правна лица и предузетници који на датум биланса прелазе граничне вредности два критеријума, који су прописани за средња правна лица, а то су: 1) просечан број запослених већи од 250; 2) пословни приход виши од 40.000.000 евра у динарској противвредности; 3) вредност укупне активе на датум биланса већа од 20.000.000 евра у динарској противвредности.⁴⁸ Дакле, у погледу осигурања депозита, свако правно лице које прелази две од три наведене граничне вредности, јесте велико правно лице, у смислу цитираних одредаба ЗОД и ЗР⁴⁹ чији депозити нису покривени осигурањем.

42 Simon Thomsen, „US Fed steps in to save Silicon Valley Bank deposits – and prevent further withdrawal runs“, 2023, доступно на адреси: <https://www.startupdaily.net/topic/funding/us-fed-steps-in-to-save-silicon-valley-bank-deposits-and-prevent-further-withdrawal-runs/>, 27. 3. 2023, 1.

43 Sam Meredith, Elliot Smith, Hannah Ward-Glenton, „Credit Suisse shares tank after Saudi backer rules out further assistance“, 2023, доступно на адреси: <https://www.cnbc.com/2023/03/15/credit-suisse-shares-slide-after-saudi-backer-rules-out-further-assistance.html>, 27. 3. 2023, 1.

44 Закон о осигурању депозита – ЗОД, *Службени тласник РС*, бр. 14/2015, 51/2017 и 73/2019, чл. 2 тач. 6 ал. 7.

45 ЗОД, чл. 2 тач. 7.

46 Закон о рачуноводству – ЗР, *Службени тласник РС*, бр. 73/2019 и 44/2021 – др. закон.

47 ЗОД, чл. 2 тач. 4 и 5.

48 ЗР, чл. 6.

49 Искључење из система осигурања депозита односи се и на предузетнике који су разврстани у „велика правна лица“, без обзира на то што предузетник, сагласно општем правилу из чл. 83 ст. 1 ЗПД, има својство физичког лица.

Следи закључак да би приликом набавке банкарске услуге депоновања новчаних средстава, односно закључења уговора о банкарском новчаном депозиту, наручиоци требало да посебну пажњу посвете критеријумима за избор који се односе на финансијски и економски капацитет банке, посебно имајући у виду релативно низак износ осигураног депозита (који обухвата збир свих депозита „по депоненту“, уколико депонент има више депозита код исте банке), и наведене изузетке који се односе на депозите државних органа и великих правних лица (нпр. јавних предузећа са великим бројем запослених, пословним приходом, односно имовином и сл.), за које не важи осигурање депозита.

б) Менице и група средстава обезбеђења

Иако би пословна банка, као финансијска институција чије је пословање под одговарајућом контролом националне банке или другог надлежног регулаторног тела у одређеној земљи, требало да по дефиницији буде увек ликвидна, то у пракси није увек случај, што намеће потребу за средствима обезбеђења обавеза, нарочито када су у питању депозити који нису обухваћени системом осигурања депозита.

У пракси, поставило се питање обавезе банке да изда меницу у корист депонента, као средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза у смислу чл. 94 ст. 1 тач 2 ЗЈН. Наиме, банка је дужник из уговора о депозиту који је закључен са наручиоцем. Међутим, банка може истовремено бити дужник и према своме оснивачу или другим повериоцима, нпр. из субординираног кредита⁵⁰ или неког другог уговора са клаузулом *pari-passu* која обавезује на једнак третман свих других поверилаца банке у погледу средстава обезбеђења.⁵¹ На тај начин, банка се обавезује да другим повериоцима неће дати боље средство обезбеђења од оног из постојећег уговора, па уколико у том уговору нису уопште предвиђена средства обезбеђења, следи закључак да банка не би смела да изда меницу у корист наручиоца – депонента, као средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза у смислу чл. 94 ст. 1 тач 2

50 Под директном инвестицијом са циљем укључивања у управљање пословима правног лица, сматрају се и субординирани кредити и зајмови са роком доспећа од пет година или дужим, уколико имају природу подређеног потраживања. Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018, чл. 2 тач. 17 ст. 1 и 3.

51 Пари-пасу (лат. *Pari-passu*) је латинска фраза која значи „једнако стање“ и описује ситуације у којима се два или више средстава, хартија од вредности, поверилаца или обавеза подједнако третирају без преференција, односно без средстава обезбеђења или са подједнаким средствима обезбеђења. Adam Hayes, „What Is Pari-Passu?“, 2022, доступно на адреси: <https://www.investopedia.com/terms/p/pari-passu.asp>, 3. 4. 2023, 1.

ЗЈН, јер би наручилац био у бољем положају у односу на остале пове-риоце банке, који немају средства обезбеђења. Слично клаузули *negative pledge* која забрањује нова задуживања или оптерећивање имовине на којој је већ заснована хипотека, и клаузулом *pari-passu* штите се интереси инвеститора, што значи да ће у случају њеног кршења „зајмопримац бити у техничком прекршају споразума и да кредитори онда могу захтевати промтну отплату дуга“,⁵² односно отказати уговор о кредиту пре истека уговореног рока.⁵³ Међутим, клаузула *pari-passu* не обавезује наручиоца, јер уговор између банке и другог повериоца има релативно дејство (*inter partes*),⁵⁴ „док су сви остали тзв. трећа лица, у односу на која облигација, по правилу, не утиче ни у смислу користи, ни у смислу терета“,⁵⁵ што значи да наручилац има право да у конкурсној документацији захтева од банке, као привредног субјекта, да му достави меницу или друго средство обезбеђења за испуњење уговорних обавеза у смислу чл. 94 ст. 1 тач 2 ЗЈН.

VI Одговарајући ниво осигурања од професионалне одговорности

Одговарајући ниво осигурања од професионалне одговорности један је од услова на основу кога се одређује финансијски и економски капацитет.⁵⁶ Осигурање од одговорности према трећим лицима, како опште, тако и професионалне, уређено је одредбама чл. 940 и 941 ЗОО. У случају осигурања од одговорности, осигуравач одговара за штету насталу осигураним случајем само ако треће оштећено лице захтева њену накнаду, и сноси, у границама своте осигурања, и трошкове спора о осигураниковој одговорности.⁵⁷ Осигурањем привредног субјекта од професионалне одговорности за штету, омогућено је наручиоцу да се непосредно обрати осигуравајућем друштву и наплати штету, применом чл. 941 ст. 1 ЗОО који под насловом „*Соистивено право оштећеника и директна тужба*“ прописује да „у случају осигурања од одговорности,

52 Драгослав Вуковић, „Заштитне клаузуле у аранжманима за пласман обвезница“, *Банкарство*, бр. 7–8/2010, 30.

53 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 1067.

54 ЗОО, чл. 148 ст. 1.

55 Оливер Антић, „Облигација: правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2007, 24.

56 ЗЈН, чл. 116 ст. 1 тач. 3.

57 ЗОО, чл. 940.

оштећено лице може захтевати непосредно од осигуравача накнаду штете коју је претрпело догађајем за који одговара осигураник, али највише до износа осигуравачеве обавезе“. Оштећено лице има од дана када се догодио осигурани случај, сопствено право на накнаду из осигурања те је свака доцнија промена у правима осигураника према осигуравачу без утицаја на право оштећеног лица на накнаду.⁵⁸ Институт сопственог права оштећеника и директне тужбе омогућава наручиоцу да тужбу за накнаду штете поднесе непосредно против осигуравача.⁵⁹ Како је право оштећеног лица на непосредни захтев против осигуравача законско, није неопходно уносити одредбу о томе у посебне услове осигурања.⁶⁰

У одређеним делатностима осигурање од професионалне одговорности је обавезно. Обавезно осигурање од професионалне одговорности у наш правни систем уводи се одредбама посебних закона.⁶¹ Тако нпр. адвокат је дужан да закључи уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности код организације регистроване за ову врсту осигурања, с тим што адвокатска комора може закључити уговор о колективном осигурању од професионалне одговорности за све адвокате уписане у њен именик адвоката. Адвокатска комора Србије утврђује минималну суму осигурања⁶² за штету од професионалне одговорности. Адвокатска комора ускратиће издавање или продужење важења адвокатске легитимације адвокату који није закључио уговор о осигурању, осим у случају колективног осигурања.⁶³ Међутим, наручилац има право да захтева виши ниво осигурања од професионалне одговорности привредног субјекта, од минималне суме осигурања одређене посебним прописима за поједине професије, односно делатности, на основу посебних одредаба из чл. 116 ст. 1 тач. 3 ЗЈН, имајући у виду предмет конкретне јавне набавке, и ризике који прате извршење уговора

58 ЗОО, чл. 941.

59 Владимир Козар, Милан Почуча, „Јавне набавке роба и услуга и накнада штете“, *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење и оштраживања* (ур. Здравко Петровић, Наташа Мрвић Петровић), Београд, 2010, 287.

60 Наташа Петровић Томић, „Осигурање од професионалне одговорности адвоката – српска верзија новог облика обавезног осигурања“, *Токови осигурања*, бр. 3/2012, 26.

61 Владимир Чоловић, „Осигурање од лекарске одговорности“, *Страни правни животи*, бр. 3/2010, 33.

62 Према препоруци Савета адвокатских комора Европске заједнице (ССВЕ), минимална сума осигурања је 100.000 еура по захтеву, односно до 200.000 еура, за потпуно покриће у току једне године, Адвокатска комора Србије, Минимални стандарди ССВЕ за осигурање адвоката Европе од професионалне одговорности, Београд, доступно на адреси: https://aks.org.rs/sr_lat/minimum-za-osiguranje-advokata/, 29. 3. 2023, 1.

63 Закон о адвокатури – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012, чл. 37.

о јавној набавци. У прилог таквом закључку говори и правило из чл. 94 ЗЈН које овлашћује наручиоца да у конкурсној документацији захтева од привредног субјекта да му достави „*средство обезбеђења од одговорности за проузроковану штету ако је настала у вези са обављањем одређене делатности*“, с тим што закон не ограничава његову висину, за разлику од средстава обезбеђења „за озбиљност понуде“ које „не може да буде веће од 3% вредности понуде“, док су средства обезбеђења „за испуњење уговорних обавеза“ и „за отклањање недостатака у гарантном року“ лимитирана на 10% вредности уговора о јавној набавци.

Такође, поставља се питање да ли осигурање од професионалне одговорности може да представља истовремено и средство обезбеђења у смислу чл. 94 ЗЈН и да важи уместо банкарске гаранције за испуњење уговорних обавеза, односно за отклањање недостатака у гарантном року или за повраћај аванса. Појам средства обезбеђења требало би рестриктивно тумачити, с тим што би полиса осигурања од професионалне одговорности могла да важи као средство обезбеђења „од одговорности за проузроковану штету ако је настала у вези са обављањем одређене делатности“ у смислу чл. 94 ст. 1 тач. 4 ЗЈН. Међутим, не треба искључити могућност да, у зависности од садржине конкретне полисе и врсте осигурања, осигурани ризик обухвати и остале обавезе ради чијег испуњења закон овлашћује наручиоца да у конкурсној документацији захтева од привредног субјекта да му достави средство обезбеђења, јер неиспуњење уговорних обавеза од стране изабраног понуђача истовремено преставља и штету за наручиоца, доводећи до умањења имовине, односно спречавање њеног повећања.⁶⁴

VII Закључак

Привредни субјект је свако лице или група лица, које на тржишту нуди добра, услуге или радове, укључујући и нестатусне облике организовања, односно уговорног удруживања као што су конзорцијум или заједничко улагање.

Наручилац у зависности од предмета и вредности набавке дефинише услове за избор, као и начин њиховог доказивања. Критеријуми за избор морају да буду у логичкој вези са предметом набавке и сразмерни предмету набавке. Ако наручилац одреди критеријуме за избор привредног субјекта, дужан је да у јавном позиву одреди потребни ниво капацитета и одговарајуће начине њиховог доказивања.

64 Право на накнаду штете последица је неиспуњења уговорне обавезе (ЗОО, чл. 124).

Критеријумима који се односе на финансијски и економски капацитет, обезбеђује се да привредни субјекти имају финансијску и економску способност потребну за извршење уговора о јавној набавци, који се одређују на основу минималног прихода, односа имовине и обавеза или другог финансијског показатеља, односно одговарајућег нивоа осигурања од професионалне одговорности. Минимални приход не сме да буде већи од двоструке процењене вредности јавне набавке, осим у изузетним случајевима када је то неопходно због посебних ризика повезаних са предметом јавне набавке које наручилац мора да образложи у документацији о набавци. Ако је наручилац одредио услов који се тиче одређеног односа имовине и обавеза или други финансијски показатељ, дужан је да у конкурсној документацији одреди транспарентне, објективне и недискриминаторске методе и критеријуме за њихову оцену.

Поред нето имовине (капитала), значајан финансијски показатељ јесте и коефицијент ликвидности (рацио ликвидности), којим се мери способност предузећа да измирује обавезе када оне доспевају. Када је у питању пословање банака, најважнији финансијски показатељ је коефицијент адекватности капитала, који представља процентуално изражен однос капитала и ризичне активе, који је банка дужна да одржава на нивоу који није нижи од 8%, с тим што постоји и обавеза одржавања минималне висине капитала од 10.000.000 евра.

Одговарајући ниво осигурања од професионалне одговорности један је од услова на основу кога се одређује финансијски и економски капацитет, које је у одређеним делатностима обавезно.

Коришћена литература

Антић Оливер, „Облигација: правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2007. (Antić Oliver, „Obligacija: pravna priroda, sadržina i zakon korelacije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2007)

Варинац Саша, Нинић Иван, Удружење професионалаца у јавним набавкама Републике Србије, *Корупцијска мапа система јавних набавки у Републици Србији*, 1. издање, Београд, 2014. (Varinac Saša, Ninić Ivan, Udruženje profesionalaca u javnim nabavkama Republike Srbije, Novi Sad, *Korupcijska mapa sistema javnih nabavki u Republici Srbiji*, 1. izdanje, Beograd, 2014)

Вуковић Драгослав, „Заштитне клаузуле у аранжманима за пласман обвезница“, *Банкарство*, бр. 7–8/2010. (Vuković Dragoslav, „Zaštitne

- klauzule u aranžmanima za plasman obveznica“, *Bankarstvo*, br. 7–8/2010)
- Граић Степановић Сања, „Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2007. (Graić Stepanović Sanja, „Međunarodni zajednički poslovni poduhvat i antikonkurentski rizik“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2007)
- Зеленовић Вера, Вуњак Ненад, „Адекватност капитала банкарског сектора Србије“, *Анали Економској факултету у Суботици*, бр. 31/2014. (Zelenović Vera, Vunjak Nenad, „Adekvatnost kapitala bankarskog sektora Srbije“, *Anali Ekonomskog fakulteta u Subotici*, br. 31/2014)
- Капура Мирта, „Разграничење заједничког поштвата (енгл. *Joint venture*) као концентрације и као споразума у праву тржишног натјецанја ЕУ“, *Право и порези*, бр. 7/2008.
- Козар Владимир, Почуча Милан, *Коментар Закона о парничном постојуку са новелама из 2014. године, судском праксом и рејсиром појмова*, 2. издање, Београд, 2014. (Kozar Vladimir, Počuča Milan, *Komentar Zakona o parničnom postupku sa novelama iz 2014. godine, sudskom praksom i registrom pojmova*, 2. izdanje, Beograd, 2014)
- Козар Владимир, Почуча Милан, „Јавне набавке роба и услуга и накнада штете“, *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење појављивања* (ур. Здравко Петровић, Наташа Мрвић Петровић), Београд, 2010. (Kozar Vladimir, Počuča Milan, „Javne nabavke roba i usluga i naknada štete“, *Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Beograd, 2010)
- Козар Владимир, „Спровођење поступка јавне набавке по партијама“, *Радо-правни саветник*, бр. 4/2021. (Kozar Vladimir, „Sprovođenje postupka javne nabavke po partijama“, *Radno-pravni savetnik*, br. 4/2021)
- Лазаревић Биљана, „Основе рачио анализе финансијских извештаја“, доступно на адреси: <https://www.mojafirma.rs/baza-znanja/osnove-racio-analize-finansijskih-izvestaja/>, 24. 3. 2023.
- Meredith Sam, Smith Elliot, Ward-Glenton Hannah, „Credit Suisse shares tank after Saudi backer rules out further assistance“, 2023, доступно на адреси: <https://www.cnbc.com/2023/03/15/credit-suisse-shares-slide-after-saudi-backer-rules-out-further-assistance.html>, 27. 3. 2023.
- Мићовић Миодраг, „Позив на понуду“, *Право и привреда*, бр. 3–4/1998. (Mićović Miodrag, „Poziv na ponudu“, *Pravo i privreda*, br. 3–4/1998)
- Петровић Томић Наташа, „Осигурање од професионалне одговорности адвоката – српска верзија новог облика обавезног осигурања“,

- Токови осигурања, бр. 3/2012. (Petrović Tomić Nataša, „Osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata – srpska verzija novog oblika obaveznog osiguranja“, *Tokovi osiguranja*, br. 3/2012)
- Ракић Ивана, „Заједничко улагање (*joint venture*) као предмет контроле у праву конкуренције ЕУ: примена *full-function* критеријума“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 76/2017. (Rakić Ivana, „Zajedničko ulaganje (*joint venture*) kao predmet kontrole u pravu konkurencije EU: primena full-function kriterijuma“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 76/2017)
- Стефановић Златко, „Посао уз заједнички ризик – Joint Venture“, *Правни живот*, бр. 11/1998. (Stefanović Zlatko, „Posao uz zajednički rizik – Joint Venture“, *Pravni život*, br. 11/1998)
- Thomsen Simon, „US Fed steps in to save Silicon Valley Bank deposits – and prevent further withdrawal runs“, 2023, доступно на адреси: <https://www.startupdaily.net/topic/funding/us-fed-steps-in-to-save-silicon-valley-bank-deposits-and-prevent-further-withdrawal-runs/>, 27. 3. 2023.
- Hayes Adam, „What Is Pari-Passu?“, 2022, доступно на адреси: <https://www.investopedia.com/terms/p/pari-passu.asp>, 3. 4. 2023.
- Cerovac Mladen, 2010, „Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja“, доступно на адреси: <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 29. 3. 2023.
- Чоловић Владимир, „Осигурање од лекарске одговорности“, *Страни правни живот*, бр. 3/2010. (Čolović Vladimir, „Osiguranje od lekarske odgovornosti“, *Strani pravni život*, br. 3/2010)

Vladimir KOZAR, PhD

Full Professor at the University Business Academy in Novi Sad, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, Serbia

Nemanja ALEKSIĆ, PhD

Attorney at law, Law Office “Aleksić & Associates” in Novi Sad, Serbia

FINANCIAL AND ECONOMIC CAPACITY AS CRITERIA FOR SELECTION OF AN ECONOMIC OPERATOR IN THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE

Summary

This paper analyses the regulations of the Republic of Serbia, as well as the opinions of jurisprudence on the criteria for selection of an economic operator in the public procurement procedure. The term economic operator is defined as any person or group of persons offering supplies, services or works on the market. It is pointed out that the term “economic operator” encompasses not only physical and legal entities but non-statutory forms of organizations as well, such as consortiums or joint ventures. In this paper were analyzed methods of determining and types of criteria for selection of an economic operator. In addition, this paper considers criteria, which relates to the financial and economic capacity, with which is secured that economic operators possess financial and economic capability to perform a public procurement contract. These criteria are determined based on a certain minimum income, ratios between assets and liabilities, or another financial indicator, and on an appropriate level of professional risk indemnity insurance.

Key words: *Public Procurement Procedure. – Economic Operator. – Criteria for Selection. – Financial and Economic Capacity.*

Датум пријема рада: 7. 4. 2023.

Датум прихватања рада: 10. 5. 2023.

УДК: 004.738.5:34 ; 004.451.642:34

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2305A

др Дејан А. БУКИЋ*

директор Фондације „Регистар националног интернет домена Србије“ (РНИДС), Србија

КОРИСНИЧКИ УСЛОВИ СЕРВИСА НА ИНТЕРНЕТУ КАО ИЗВОР ПРАВА

Сажетак

Тежња овој рада је да сироведемо анализу о значају и положају норми које уређују сјасети права корисника интернетџа. Чиџав један оквир уређују џравила донетиџа самостџално од сџране компџанија које џружају сервисе на интернетџу. Брзина којом се развија интернетџ је неџиџо џиџо законодавац не може да џраџи у даџим временским оквирима. Иако нису донетиџа од сџране законодавца, џа џравила садрже биџан део норми које уређују функционисање кључних сервиса на интернетџу. Са друџе сџране, доноси их економски јача сџрана, џе је неџходно да се констџанџино ради на џиховој анализи и унаџређењу.

Кључне речи: *Интернетџ. – Право интернетџа. – Интернетџ домени. – АДР.*

* Електронска адреса аутора: dejandjukster@gmail.com.

I Преглед и дефинисање норми које су предмет овог рада

Предмет овог рада су правне норме које уређују права и обавезе корисника сервиса на интернету. Њима се уређује један широк спектар корисничких права и дефинише правни оквир за одговорност пружалаца сервиса на интернету и корисника. У раду настојимо да пружимо преглед која су права и обавезе уређена овим нормама. Рад је подељен у четири целине. У првом делу разматрамо дефиницију норми које су предмет рада. У наставку разматрамо битне карактеристике корисничких услова познатих сервиса на интернету. Потом разматрамо које врсте извора права могу да се подразумевају под овим нормама. У закључним разматрањима дајемо наш коментар о природи ових правила, као и о томе у ком сегменту би права корисника могла да се уреде адекватније.

Под нормама које разматрамо у овом раду подразумевамо корисничке услове сервиса на интернету. У питању су правила која нису донета од стране законодавних власти, а која се тичу једног значајног сегмента права и обавеза корисника на које се односе. Тзв. саморегулација (енг. *self-regulation*) је појам који се у литератури често користи у контексту развоја интернет политика.¹ Уређивање права и обавеза правних субјеката датира још од раних обичајних правила преко узанси. Оне представљају трговачке обичаје о разним облигационоправним питањима која се јављају у привредним односима између субјеката привредног живота. Ова правила су обавезна за стране и суд само уколико су стране уговориле њихову примену.² Дакле, пристанак уговорних страна је основ за примену ових правила, за разлику од законских когентних норми које су обавезујуће независно од пристанка. Овај осврт нам је потребан као илустрација тога да су се норме и у другим областима самостално развијале без интервенције законодавца. Кориснички услови, који су предмет овог рада, само су један од појавних облика самосталног уређивања читавог правног оквира од стране субјеката који у његовој примени учествују.

На самом почетку, осврнућемо се на појам општих услова пословања јер у суштини кориснички услови то и јесу, а неретко и сам назив правног акта гласи „општи услови“. Њих дефинишемо као услове за закључење великог броја истоветних уговора које једна уговорна страна (компанија, банка, осигуравајуће друштво и др.) унапред поставља за сваког ко је са том организацијом заинтересован да ступи у уговорни однос.³ Та друга уговорна страна се најчешће назива корисником,

1 Више вид. Monroe E. Price, Stefaan G. Verhulst, *Self-regulation and the Internet*, Alphen aan den Rijn, 2004.

2 Владимир Водинелић, *Увод у ирањанско право*, 1. издање, Београд, 2012, 108–109.

3 *Ibid.*, 111.

и углавном је у питању економски слабија уговорна страна, која није у позицији да издејствује за себе повољније уговорне услове. Свакако та правила морају да буду у складу са законодавством у оквиру кога се примењују, али упркос томе, постоји широк простор за самостално регулисање од стране релевантне организације.

Ове норме представљају опште грађанскоправне норме јер се односе на било коју страну која је заинтересована да закључи уговор. Оне обавезују саговорача само уколико уђе у грађанскоправни однос, односно ако прихвати опште услове пословања, тако што закључи уговор. С тим у вези, оне обавезују на исти начин као и сваки уговор, тек када се прихвате, чиме се преобраћају у појединачно обавезујуће норме.⁴

Оно што смо већ поменули, да би ове норме производиле правно дејство, оне морају да буду у складу са когентним прописима о општим условима пословања, као и мешовитим, полукогентним прописима, од којих је дозвољено да се одступи само под условима који су повољнији за корисника. Сврха тих прописа је да штите слабију страну од последица економске надмоћи стране која дефинише уговорне услове, такође и када те надмоћи нема, онда им је циљ да корисника штите од једнострано наметнутих услова који су супротни савесности и поштењу. У контексту регулисања и заштите слабије стране у уговорном односу, ти прописи дефинишу, између осталог, и то на који начин та уговорна страна треба да буде информисана. Дакле, ти општи услови треба да буду јасно и транспарентно предочени страни која је заинтересована да им приступи, такође да није дозвољено да страна која их доноси остави себи право да једнострано раскине уговор или искључи сопствену одговорност за повреде уговора.⁵

II Кориснички услови познатих сервиса на интернету

Услови коришћења сервиса Гугла од 5. јануара 2022. године су јединствени за све сервисе ове компаније и прихватају се коришћењем њихових услуга. Те услуге се значајно разликују, те у неким случајевима могу да се примењују додатни услови и посебни захтеви за производе. Додатни услови су доступни уз одређене услуге и чине део уговора с Гуглом уколико се користе те услуге. Што се тиче правне природе односа између Гугла и корисника, неспорно је да је у питању кориснички однос, што је у Гугловим условима и наглашено па је кориснику дато до знања да он не стиче никакво власништво над било којим правима интелектуалне својине која се односе на предметне услуге или садржај којем

4 *Ibid.*, 112.

5 *Ibid.*, 112–113.

приступа приликом коришћења ових сервиса. Садржај из ових услуга није дозвољено користити у друге сврхе, осим у оне које сервис прописује, као ни без добијене сагласности титулара садржаја или уколико се то на неки други начин не одобри у складу са законом.

Гугл је увећало превазишао фазу када је био само претраживач интернета. Сада у својој палети сервиса садржи и сервис електронске поште, виртуелни диск за чување података и фајлова, чување и сортирање слика, сервисе за обраду текста, управљање подацима и друго. Ови сервиси су бесплатни за кориснике, уз одређена ограничења која се односе на количину података. Њих је могуће користити и уз накнаду, и у том случају корисник има већи простор на располагању и одређене додатне функције којих нема на бесплатној верзији сервиса. С тим у вези, Гугл је од средине 2021. године драстично променио своје услове у погледу количине података који се чувају, те од тада корисницима који имају преко 15 гигабајта на овим сервисима услуга више није бесплатна.⁶

Куповином сервиса Јутјуб октобра 2006. године Гугл је битно ојачао своју позицију и успоставио неприкосновеност на пољу сервиса онлајн видео-записа. Убрзо након тога Гугл је променио неколико ствари у својим политикама. Ова доминација их је поставила међу неколико најзначајнијих платформи намењених за претрагу, блог алате и интерактивне онлајн просторе намењене размени материјала и друштвеном дијалогу. Као и њихови претходници, попут телевизије, све чешће се сусрећу с питањем у вези с њиховом одговорношћу како према корисницима, тако и према заинтересованим странама, али и широј јавности у контексту јавног интереса.⁷

III Кориснички услови интернет сервиса као извор права

1. Ближе о овом извору права

Сервиси на интернету, којима се бавимо у оквиру овог чланка, у највећој мери уређени су општим условима или корисничким условима који се, уз поштовање одређених законских ограничења, самостално доносе. Дакле, у питању је један аутономни извор права под којим, у ширем смислу, подразумевамо услове под којима неки привредни субјект послује. Међу наведене услове убрајамо: опште услове продаје, опште услове вршења услуга, опште услове набавке, типске и адхезионе уговоре и друго. Они сами по себи не представљају трговачке обичаје и

6 Дејан Ђукић, „Колико кошта бесплатна имејл адреса?“, доступно на адреси: <https://www.domen.rs/sr-latn/koliko-kosta-besplatna-imejl-adresa>, 10. 4. 2023.

7 Tarleton Gillespie, „The politics of ‘Platforms’“, *New Media & Society*, Nr. 3/2010, 2.

чине посебно тзв. формуларно право. Као основ за њихову примену наводи се: 1) директно уношење у уговор или позивање на њих у уговору; 2) пословна пракса закључивања уговора међу уговорним странама на основу општих услова; 3) конклюдентно прихватање и 4) обичај.⁸

У новије време велики број уговора се закључује у облику формуларних уговора, којима је главна карактеристика да само један уговорник унапред одређује све елементе уговора преко једне генералне понуде, коју други може да прихвати или не прихвати.⁹ У светлу данашњег начина пословања и производње, ови уговори су не само корисно, већ и економично средство за реализацију пословних активности. С друге стране, поред предности на страни ових уговора, постоје и одређене мане, које се најпре огледају у могућности злоупотребе будући да економски и информативно надмоћнији успостављају уговорне одредбе. На страни економски слабије стране питање слободе уговарања прилично је једносмерно и своди се на то да ли ће се уговор закључити или неће. Како једна страна не би била препуштена самовољи друге стране, јавља се потреба за интервенцијом правног поретка како би се заштитили индивидуални интереси друге стране уклањањем неправичних одредби из оваквих уговора.¹⁰ С тим у вези, држава императивним нормама успоставља један сет услова које уговорне стране не могу самостално да уреде, већ су у том делу ограничене на оно што је уређено законом.

Као што видимо, у питању је уговорни однос са унапред дефинисаним условима које прихвата страна која улази у уговорни однос. Ово је значајно да се јасно определи, како би били свесни правних последица, као и механизма за заштиту права корисника која су евентуално нарушена таквим корисничким условима или поступањем сервиса.

2. Случајеви ништавости одредби општих услова

У том погледу треба се осврнути на последице неправичности појединих клаузула општих услова формуларних уговора и проблеме као што су питање могућих режима ништавости неправичних одредби формуларних уговора, питање ништавости неке од одредби, као и на питање попуњавања правних празнина које настану услед неважности појединачних одредби. Поред правних правила која имају за циљ заштиту индивидуалних интереса, постоје и правна правила која за сврху имају заштиту јавних интереса.¹¹

8 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 12. издање, Београд, 2011, 41.

9 Зоран Вуковић, „Санкција неправичности клаузула општих услова формуларних уговора“, *Правни живоиш*, бр. 10/2014, 633.

10 *Ibid.*, 636.

11 *Ibid.*, 637.

Тако је у појединим законодавствима прописана апсолутна ништавост неправичних уговорних одредби, док друга група законодавстава за овакве уговоре предвиђа релативну ништавост. Значајна разлика између ова два режима огледа се у томе који субјект може да истакне захтев за поништење неправичног уговора, као и у односу на то у којим роковима може да се истакне ова ништавост.¹² Када говоримо о поништењу, потребно је одговорити на питање да ли поништење једне уговорне одредбе утиче на цео уговор или постоји могућност да преостали део уговора остане на снази. Практично, сви савремени правни системи на ово питање одговарају позитивно, те део уговора без спорне одредбе остаје на снази.¹³ На исти начин ово питање је уредио и домаћи законодавац и сматрамо да је то једино оптимално решење усмерено на одржање правног посла на снази.

Класичан начин закључења уговора подразумева усаглашавање уговорних страна о његовој садржини. Међутим, данас се често користе другачији начини уговарања. Масовна производња, развој индустрије и технологија, уз то економска надмоћ једне од уговорних страна довели су до тога да се технике уговарања упросте и одступи од појединачно усаглашених уговора. У привреди су веома чести уговори који се закључују на темељу општих услова пословања, с тим што није у питању нека посебна врста уговора. Садржај ових општих услова пословања представљају типичне или стандардизоване уговорне клаузуле које се припремају унапред. Ови услови пословања не доносе се само због једног лица с којим се намерава закључење уговора, они су општег карактера и на њима се заснивају сви конкретни уговори које страна која их доноси има намеру да закључи с неодређеним лицима. Неки од ових услова пословања тако детаљно уређују права и обавезе да практично представљају „мале кодификације“, а поједини аутори их називају и „аутономно право привреде“.¹⁴

Како општи услови пословања садрже општа правила за неке будуће случајеве, уз перспективе њихових доносилаца, они имају сличну улогу као закон. Међутим, ове норме немају заправо снагу какву поседују закони, јер њихови доносиоци нису овлашћени за доношење општеобавезујућих аката. Као што смо истакли, потребно је да се закључи споразум о њиховом важењу и такав споразум се означава различитим називима: формуларни, шаблонски, стандардни, типски или масовни уговор. Закључењем формуларног уговора, одредбе општих услова добијају нови смисао и у погледу права и обавеза и односе се на

12 *Ibid.*, 638.

13 *Ibid.*, 642.

14 Јаков Радишић, *Облигационо право*, 8. издање, Београд, 2008, 103–104.

конкретна лица. Онај ко доноси опште услове дужан је да, приликом закључења уговора, свог уговорног партнера упозори на своје опште услове и да му омогући да се упозна с њиховом садржином. Прихватање општих услова је могуће експлицитно или конкluentним радњама и они постају саставни део уговора у целости или делимично.¹⁵

Употреба општих услова пословања базирана је на слободи уговарања и овај принцип странама уговорницама омогућава да своје уговорне односе регулишу на начин који им највише одговара. Међутим, они су пак и доказ ограничења слободе уговарања. Код формуларних уговора нема слободе заједничког уређења услова уговора, већ се све утврђује по диктату једне стране, док је друга страна ретко у прилици да промени одредбе општих услова.¹⁶

Из бројних разлога општи услови се подвргавају државној контроли, која се може спроводити на три начина: 1) законским уређењем границе слободе приликом доношења општих услова; 2) условљавањем претходне сагласности надлежног државног органа на текст општих услова; 3) остављањем могућности судовима да утврђују да ли су општим условима неправично регулисана права и обавезе уговорних страна. Поред тога, општи услови подлежу судској контроли и када је претходну сагласност дао надлежни орган управе. Када суд врши контролу, руководи се начелом савесности и поштења, начелом поступања у складу с добрим пословним обичајима, као и начелом једнаке вредности узајамних давања, а ради спречавања могућности злоупотребе слободе уговарања. Ово последње наведено је од изузетног значаја, посебно код клаузула којим доносилац искључује или ограничава своју одговорност која је код одређене врсте уговора уобичајена.¹⁷

Према Закону о облигационим односима, ништаве су одредбе општих услова које су противне циљу због којег је уговор закључен или добрим пословним обичајима. Према томе, суд може одбити примену појединих норми општих услова ако оне другу страну онемогућавају да стави приговоре, или ако према њима та страна губи право на приговоре, или права из уговора или рокове, или ако су оне иначе претерано строге према њој. Међутим, ово неће бити могуће уколико су општи услови, у целини, у супротности са законом.¹⁸ У том случају неће важити целокупни општи услови, не само поједине њихове одредбе.

Имајући у виду да опште услове углавном доноси једна уговорна страна или одређено привредно удружење, сва позитивна законодавства

15 *Ibid.*, 105.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, 106.

предвиђају различите облике њихове контроле како би заштитили интересе, по правилу, економски слабије стране. Та контрола се може вршити на више начина: на првом месту као управна контрола која се врши у смислу давања одобрења; затим, као судска контрола, преко које суд, сагласно Закону о облигационим односима, може да суспендује примену појединих одредаба општих услова које другу страну ограничавају у погледу права из уговора или уколико су те одредбе неправичне или несразмерно строге према тој страни.¹⁹

Да би знали ниво обавезности ових норми, потребно је осврнути се и на хијерархију извора трговинског права. Ово питање није формално уређено, али за тим постоје вишеструке потребе. Као прво, оно је значајно због правне сигурности привредних субјеката; даље, значајно је и за судове и арбитраже и, на крају, може бити значајно за утврђивање евентуалних праваца законодавних активности. Дакле, редослед који се најчешће узима као хијерархијски полази од међународних уговора и императивних законских прописа на првом месту, а потом следи уговор уколико је у складу с императивним прописима и моралом. Даље по редоследу следе: општи услови пословања, у наставку диспозитивни законски прописи, следе посебне узансе, потом посебни трговачки обичаји, опште узансе, општи трговачки обичаји, судска и арбитражна пракса и на крају правна наука, али у интерпретативном смислу.²⁰

Ова подела је значајна добрим делом због другачијег третмана тумачења уговора. Уколико се заузме становиште да је уговор по приступу више општи акт него уговор, када суд тумачи, он не треба да проналази вољу странака, већ треба ствар да тумачи правном техником, како се тумаче опште правне норме. Ипак, то би било једно крајње становиште, јер су на крају ипак у питању уговори, само с одређеним специфичностима.²¹

Против Фејсбука постоје бројни судски поступци, а неки од њих су приморали ову компанију да промени своја правила и праксу. Тако је било, на пример, у спору између Фејсбука и независне Институције за заштиту података немачке покрајине Шлесвиг-Холштајн пред Управним судом ове покрајине. Овај спор је на првој инстанци решен у корист Фејсбука, да би потом Повереник за заштиту података немачке покрајине Шлесвиг-Холштајн издао наредбу против Фејсбука у којој се наводи да се ова компанија обавезује да физичким лицима која користе ову платформу обезбеди могућност избора приликом регистрације на платформи: уместо навођења правих података (име,

19 М. Васиљевић, 41–42.

20 *Ibid.*, 42.

21 Слободан Перовић, *Облигационо право*, 1973, Београд, 141.

презиме, *e-mail* адреса, пол, датум рођења) да се корисници региструју путем псеудонима.²²

3. Заштита права трећих лица

Иако представљају део приватног права и самостално их доносе компаније које управљају овим сервисима, ове норме имају далекосежно дејство, посебно имајући у виду њихову распрострањеност и број корисника на које се односе. То је један од разлога због ког није добро да самовоља ових организација остане нетакнута, те да је константан надзор јавности, заинтересованих појединаца и организација више него пожељан механизам притиска у смеру корекције политика.

Имајући у виду глобални карактер интернета, али и могућност коришћења интернет платформи под псеудонимом, изузетно је тешко предвидети исход судског поступка којим се тражи заштита од повреда које настају поводом активности несавесних појединаца на интернету. Међутим, титулари жигова своја права могу да заштите и вансудским путем, позивањем на услове коришћења услуге и интерне политике заштите права интелектуалне својине, које прописују и примењују бројне платформе. Сагласност и пристанак на примену ових услова корисници дају у поступку регистрације налога и тиме настаје уговорни однос између корисника и платформе. Често у својим правилима ове платформе имају прописано под којим условима и по којој процедури поступају по примедбама које се односе на повреде субјективних права. Сагласно тим правилима, платформа врши процену о основаности добијене примедбе те ће, у зависности од тога, уклонити одређени садржај или га задржати.²³

Друштвена мрежа Фејсбук, рецимо, у својим правилима коришћења прописује обавезе корисника да се уздржавају од повреде права трећих, приликом регистрације налога и постављања садржаја на своје налоге, те одређује мере заштите од повреда које ова мрежа има право да предузме. Такође, ова платформа поседује посебан систем за пријаву повреде жига, који омогућава сваком носиоцу жига или његовом овлашћеном представнику да пријави, ако сматра да одређени корисник чини повреду жига на свом налогу. Ако друштвена мрежа установи да је пријава повреде основана, она може уклонити спорни садржај и додати упозорење кориснику чији је садржај уклоњен.²⁴

22 Андреј Дилигенски, Драган Прља, *Фејсбук и право*, Београд, 2014, 75.

23 Новак Вујичић, „Поведа жига на друштвеним мрежама“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Београд, 2017, 67–68.

24 *Ibid.*, 70–71.

Слично је с друштвеном мрежом Твитер, која у својим правилима прописује да коришћење туђе жигом заштићене ознаке, којом се корисници доводе у заблуду у вези с титуларом жига, представља повреду тих правила. Ова друштвена мрежа, попут других, има посебна правила за пријаве и разматрање пријава, преко којих сваки носилац жига или његов заступник може пријавити одређену повреду жига. Уколико друштвена мрежа утврди да је до ове повреде дошло, она ће уклонити налог или одређени садржај, или ће контактирати корисника како би евентуално ускладио дати садржај да се њиме више не би вршила повреда правила ове платформе.²⁵ Дакле, у питању су правила која је успоставила друштвена мрежа и уз помоћ којих она има могућност да суспендује садржај за који пронађе да чини повреду права трећих лица. С друге стране, корисник чији је садржај суспендован има на располагању да заштиту својих права затражи судским путем.

4. Општи услови у области регистрације назива интернет домена

Област регистрације назива интернет домена, у највећем броју случајева, представља окружење које је уређено политикама и нормама приватног права. Из тог разлога смо се определили да извршимо паралелу с правилима и условима коришћења сервиса које смо разматрали, с обзиром на то да је у питању окружење које је добро уређено. Међутим, поред сличности, постоје и неке значајне разлике, које су сигурно допринеле томе како ће ове норме изгледати. Систем интернет домена (*Domain Name System – DNS*) јесте основни интернет сервис, који реализује превођење текстуалних у нумеричке адресе и обратно. Једноставним речником речено, преводи језик који користе рачунари, на језик разумљив људима. Назив интернет домена представља текстуалну ознаку, а која, са друге стране, представља скуп уређаја и одређених сервиса који су повезани у јединствену функционалну целину.

Називи интернет домена региструју се код регистара, који могу да буду национални и генерички. Први представљају одређену државу у интернет доменском простору (рецимо домаћи *.rs*, *.срб* или страни *.de* – који представља Немачку, *.at* – који представља Аустрију, *.me* – који представља Црну Гору, *.am* – који представља Јерменију, *.ru* – коју представља Русију итд.). Сваки национални регистар је аутономан у управљању одређеним доменом и самостално доноси правила и принципе по којима се додељују називи интернет домена и у питању су акти приватног права.²⁶ Док генерички, често називани и интернационални,

25 *Ibid.*, 72.

26 Душан Поповић, *Измена домена и право интелектуалне својине*, Београд, 2005, 20.

најчешће значе неки генерички појам. Кажемо „најчешће“, јер поред истински генеричких, као што су *.com*, *.net*, *.org*, постоје домени који представљају неке компаније, али и географске области или градове, попут *.cat* – за Каталонију, *.paris* – за Париз, *.berlin* – за Берлин, и тако даље.

Осврнућемо се на правила која се примењују за националне домене Србије, то су *.rs* и *.срб*. Правила регистрације за ова два домена уређена су једним актом – Општим условима о регистрацији назива националних интернет домена (у даљем тексту: Општи услови).²⁷ Тим актом дефинисани су услови, поступак регистрације, коришћење домена у оквиру *.rs* и *.срб* екстензије. У Општим условима успоставља се посебна терминологија за нека питања, те се за појам корисника користи термин „регистрант“. За појам регистранта, у члану 3 ставу 1 наведено је да је у питању физичко или правно лице које, у складу са одредбама Општих услова, региструје назив домена. Радњом регистрације заснива се уговорни однос између регистранта и регистра. Подношењем захтева за регистрацију, регистрант изјављује да је упознат са садржином Општих услова, које том приликом прихвата, што је уређено чланом 6 овог акта.

На име послова регистрације назива домена плаћа се накнада, док висину одређује домаћи регистар. Дакле, у питању је сервис за који се плаћа накнада, што битно разликује ове сервисе од оних које смо разматрали као бесплатне интернет платформе. Мада, постоје и регистри код којих је регистрација назива бесплатна за одређене категорије субјеката. Тако, према подацима са веб-странице овог регистра, хрватски национални регистар даје могућност свим правним и физичким лицима на регистрацију по једног *.hr* домена, док се сваки додатни наплаћује. Такође, неки регистри, попут *.tk* доменског простора, дају бесплатну регистрацију за прву годину регистрације, а потом за обнову наплаћују сервис.

Дакле, регистрацијом назива интернет домена, стиче се једино право употребе регистрованог назива домена, уз обавезу да се за ту употребу плати накнада. Самим актом регистрације одређена комбинација ознака више није на располагању за регистрацију у датом доменском простору, с обзиром на то да је технички неизводљиво да се изврши регистрација два истоветна назива домена у једном доменском простору.²⁸

Имајући у виду да се називи домена региструју по принципу „први у времену, јачи у праву“, већина регистара, па тако и српски, успоставили су један алтернативни поступак за решавање насталих спорова.

27 Општи услови о регистрацији назива националних интернет домена – Општи услови, доступно на адреси: <https://www.rnids.rs>, 20. 2. 2023.

28 Душан Поповић, Марко Јовановић, *Право интернетја*, Београд, 2017, 70.

Систем назива домена је довео до тога да се преиспитају неки базични институти права интелектуалне својине. Због своје правне природе, називи домена пред судове постављају тежак задатак, а који је нешто лакши када је тужени страна која је несавесно регистровала назив домена.²⁹

Упркос томе што постоје одређене сличности, жиг и назив домена се суштински разликују. Најпре према својој улози: примарна улога жига је да омогући разликовање роба и услуга код различитих произвођача и пружалаца услуга. Насупрот томе, интернет домен омогућава превођење нумеричких низова какви би били видљиви да овај систем није успостављен. Поред тога, идентичне ознаке је могуће регистровати као жиг у различитим класама, док за назив домена то није могуће у оквиру исте доменске екстензије.³⁰

Специфичност овог поступка условљена је посебном природом самог поступка и околношћу да се у оквиру њега разматра само питање несавесности код регистрације назива интернет домена који је истовестан или збуњујуће сличан предмету туђег жига.³¹ У координацији са РНИДС-ом, Привредна комора Србије донела је Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације назива националних Интернет домена.³² Овим правилником уређена су правила поступка за решавање спорова поводом регистрације назива националних интернет домена пред посебним сталним телом, формираним при Привредној комори Србије. Када говоримо о ефикасности, домаћи Правилник, јасним дефинисањем рокова за извођење процесних радњи, али и за завршетак целокупног поступка, представља ефикасан процесни механизам за решавање спорова у вези назива домена, у односу на онај који се нуди у редовном судском поступку.³³

Оно што можемо да истакнемо као препоруку на основу анализе правила којима је уређена област регистрације интернет домена је да област која се уређује самостално треба да буде уређена темељно и из свих релевантних углова. Па тако, у овом сегменту смо видели да су

29 Д. Поповић, 30.

30 Марио Лукиновић, *Правна информатика*, Београд, 2021, 57.

31 Марко Јовановић, „Доказивање у поступку решавања спорова поводом регистрације назива интернет домена“, *Интелектуална својина и инјернеј* (ур. Душан Поповић), Београд, 2017, 34.

32 Правилник о поступку за решавање спорова поводом регистрације назива националних Интернет домена, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 24/12, 67/14, 61/16 и 74/19.

33 Марко Јовановић, „Ефикасност решавања спорова поводом регистрације назива националних интернет домена Србије“, *Интелектуална својина и инјернеј* (ур. Душан Поповић), Београд, 2015, 53.

јасно дефинисана права, обавезе и одговорности обе уговорне стране. Поред тога, постоји јасан и транспарентан механизам за заштиту права корисника, али исто тако и права трећих.

IV Закључне опсервације

У оквиру овог рада бавили смо се питањем општих услова, односно корисничких услова интернет платформе, као једном специфичном категоријом правила. Та специфичност се огледа превасходно у томе да су у питању правила која уређују један широк спектар права и обавеза корисника, а притом нису донета од стране националног законодавца. Такође, комплексност правних односа који се уређују овим правилима је још једна од специфичности ових правила. Та правила су донета од стране приватних компанија, махом глобално присутних, а на њихову садржину корисници немају могућност да утичу. Питање аутономије воље, овде се своди на избор да ли закључити уговор или не. Оно што смо, такође, настојали да истакнемо у овом тексту је и то да овакав начин уређивања правних односа није новитет, већ је и раније један део права и обавеза био уређен обичајима и узансама. Тенденција законодавца данас је да што детаљније уреди права и обавезе уговорних страна. Са друге стране, уговорни односи су све сложенији, тако да то није могуће у потпуности остварити, те ће правила која су предмет овог рада и убудуће имати значајну позицију у уређивању права и обавеза уговорних страна. Поред тога, област интернета и информационо-комуникационих технологија уопште, представља сегмент који се јако брзо развија, те када би се чекао искључиво законодавац да уреди одређено питање, правни систем би трпео, кроз константан раст броја правних празнина. С тим у вези, проактивна улога организација које се баве одређеним областима је добродошла у правном уређењу конкретних односа, али су преко потребни и будан надзор надлежних органа и суд стручне јавности.

Коришћена литература

- Водинелић Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд, 2012. (Vodinešić Vladimir, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2012).
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Београд, 2011. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2011).
- Вуковић Зоран, „Санкција неправичности клаузула општих услова формуларних уговора“, *Правни животи*, бр. 10/2014. (Vuković Zoran,

- „Sankcija nepravичnosti klauzula општих услова формуларних уговора“, *Pravni живот*, br. 10/2014).
- Вујичић Новак, „Повреда жига на друштвеним мрежама“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), Београд, 2017. (Vujičić Novak, „Povreda žiga na društvenim mrežama“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2017).
- Gillespie Tarleton, „The politics of ‘Platforms’“, *New Media & Society*, Nr. 3/2010.
- Дилигенски Андреј, Прља Драган, *Фејсбук и право*, Београд, 2014. (Diligenski Andrej, Prlja Dragan, *Fejsbuk i pravo*, Beograd, 2014).
- Ђукић Дејан, „Колико кошта бесплатна имејл адреса?“, доступно на адреси: <https://www.domen.rs/sr-latn/koliko-kosta-besplatna-imejl-adresa>, 10. 4. 2023. (Đukić Dejan, „Koliko košta besplatna imejl adresa?“, доступно на адреси: <https://www.domen.rs/sr-latn/koliko-kosta-besplatna-imejl-adresa>, 10. 4. 2023).
- Поповић Душан, *Измена домена и право интелектуалне својине*, Београд, 2005. (Popović Dušan, *Izmena domena i pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2005).
- Поповић Душан, Јовановић Марко, *Право интернета*, Београд, 2017. (Popović Dušan, Jovanović Marko, *Pravo interneta*, Beograd, 2017).
- Јовановић Марко, „Ефикасност решавања спорова поводом регистрације назива националних интернет домена Србије“, *Интелектуална својина и интернет*, (ур. Душан Поповић), 2015. (Jovanović Marko, „Efikasnost rešavanja sporova povodom registracije naziva nacionalnih internet domena Srbije“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2015).
- Јовановић Марко, „Доказивање у поступку решавања спорова поводом регистрације назива интернет домена“, *Интелектуална својина и интернет* (ур. Душан Поповић), 2017. (Jovanović Marko, „Dokazivanje u postupku rešavanja sporova povodom registracije naziva internet domena“, *Intelektualna svojina i internet* (ur. Dušan Popović), Beograd, 2017).
- Лукиновић Марио, *Правна информатика*, Београд, 2021. (Lukinović Mario, *Pravna informatika*, Beograd, 2021).
- Price Monroe E., Verhulst Stefaan G., *Self-regulation and the Internet*, Alphen aan den Rijn, 2004.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1973. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1973).
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, Београд, 2008. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2008).

Dejan A. ĐUKIĆ, PhD

Director of The Serbian National Internet Domain Registry Foundation (RNIDS), Serbia

USER TERMS OF SERVICE ON THE INTERNET AS A SOURCE OF LAW

Summary

This paper aims to analyze the importance and position of the norms governing the rights of internet users. The entire framework is regulated by rules adopted independently by companies that provide services on the Internet. The speed at which the internet is developing is something the legislator cannot keep up with in given time frames. Although not adopted by the legislator, these rules contain an essential part of the norms that govern the functioning of critical services on the Internet. On the other hand, they are brought up by the economically stronger side, and it is necessary to work constantly on their analysis and improvement.

Key words: *Internet. – Internet Law. – Privacy. – Domain Names. – ADR.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2023.

Датум исправке рада: 3. 5. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

УДК: 368.914(497.11) ; 368.945(497.11)

CERIF: S 146

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2306A

др **Весна СТОЈАНОВИЋ***

доцент Факултета за пословне студије и право Универзитета „Унион Никола Тесла“ у Београду, Србија

ДОБРОВОЉНО ПЕНЗИЈСКО И ИНВАЛИДСКО ОСИГУРАЊЕ – ЧЛАН 15 ЗАКОНА О ПЕНЗИЈСКОМ И ИНВАЛИДСКОМ ОСИГУРАЊУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак

Добровољно пензијско и инвалидско осигурање регулисано је Законом о пензијском и инвалидском осигурању као и Законом о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима као посебним законом којим је уређена област добровољног пензијског осигурања и који се у правној теорији назива „пречишћеним субјектом“ пензијског осигурања. Аутор овог рада настојаће да прикаже инстинктивни добровољног пензијског осигурања који је постојао и који постоји у оквиру обавезног пензијског и инвалидског осигурања као и његово постојање само „на пајиру“, као „лоло право“, без његовог коришћења у пракси током више деценија уназад. Садашњи Закон о пензијском и инвалидском осигурању познаје инстинктивни улази добровољног осигурања, применом члана 15 Закона, којим се омогућује под одређеним условима стицање својства осигураника, а самим тим и остваривање одређених права из ове области социјалног осигурања.

* Електронска адреса аутора: stojanovic.r.vesna@bkosa.edu.rs.

Кључне речи: Добровољно пензијско и инвалидско осигурање. – Уилајиа дојриноса. – Сјицање својсйва осигураника.

I Увод

Већина савремених држава у свету обезбеђује својим грађанима права из области обавезног пензијског и инвалидског осигурања иза кога стоји одговарајући фонд и држава која гарантује остваривање права на пензију и друга права из ове области социјалног осигурања. Право на социјално осигурање, а у оквиру њега, и право на пензијско и инвалидско осигурање гарантовано је Уставом Републике Србије¹ као и законима и подзаконским актима. У тим одредбама је предвиђено да се одређена лица обавезно осигуравају на пензијско и инвалидско осигурање на начелима узајамности и солидарности у оквиру јединственог система социјалног осигурања у обезбеђивању средстава и права, под условима утврђеним законима и другим прописима. Поред обавезног осигурања, током времена, наметнула се потреба за увођењем добровољног пензијског и инвалидског осигурања, која је изазвана развојем социјалног осигурања, како на светском нивоу, тако и на нашим просторима. Један вид добровољног пензијског и инвалидског осигурања предвиђен је у члану 15 Закона о пензијском и инвалидском осигурању, о коме ће бити речи у даљем тексту.²

II Покушаји нормативног уређивања института добровољног пензијског и инвалидског осигурања по ранијим савезним и другим законима

Законом из 1964. године (Основни закон о пензијском и инвалидском осигурању)³ тадашња савезна држава СФРЈ, предвиђена је могућност да се у републичким законима уведе институт добровољног пензијског осигурања (чл. 167). Овај закон је утврђивао да се добровољно пензијско осигурање омогућава грађанима, да на основу посебних

1 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

2 Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019, 62/2021, 125/2022 и 138/2022.

3 Овај савезни закон донет је 1964. године и имао је више измена и допуна. Основни закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени лист СФРЈ*, бр. 51/64, 56/65, 14/66, 1/67, 18/67, 31/67, 54/67, 17/68, 32/68, 55/68 и 11/69.

улагања, осигурају себи и члановима својих породица пензијска права ван оних права која се обезбеђују обавезним пензијским осигурањем. Добровољно пензијско осигурање требало је да се уводи у систем пензијског и инвалидског осигурања одлуком скупштине републичке заједнице социјалног осигурања (чл. 169). У овај вид осигурања могли су да се укључе и Југословени који живе у иностранству. Услов да се стекну права из пензијског и инвалидског осигурања био је да се испуне услови везани за прописане године живота и године стажа као и одговарајућа уплата премија осигурања у целини. За спровођење добровољног осигурања било је потребно установити посебан фонд чија се средства и пословање воде одвојено од фонда обавезног пензијског осигурања. Са малим изузетком, овај модел добровољног пензијског и инвалидског осигурања преношен је односно преписиван у веома сличном виду у све будуће законе о пензијском и инвалидском осигурању.

Доношењем 1972. године, републичког Закона о пензијском и инвалидском осигурању⁴ било је предвиђено право (чл. 66) да осигураник може да обезбеди себи и члановима своје породице, на основу посебних улагања, добровољно пензијско и инвалидско осигурање у већем обиму од обима који се обезбеђивао прописима о пензијском и инвалидском осигурању. Тадашњи фонд за пензијско и инвалидско осигурање,⁵ требао је да уведе добровољно осигурање посебно и одвојено од обавезног пензијског и инвалидског осигурања. Статутом Републичке самоуправне интересне заједнице пензијског и инвалидског осигурања⁶ у поглављу IV (чл. 273) уређено је да се добровољно пензијско и инвалидско осигурање остварује плаћањем посебног доприноса. Одредбом овог члана био је утврђен један од два вида добровољног пензијског и инвалидског осигурања. Добровољним осигурањем на основу одредбама наведеног члана не обезбеђује се стицање права на старосну, инвалидску или породичну пензију, већ само већи износ те пензије. Одредбама овог члана није била предвиђена могућност да се добровољним пензијским и инвалидским осигурањем обезбеди и већи износ превремене пензије.

По другом виду добровољног пензијског и инвалидског осигурања (чл. 274) предвиђена је могућност плаћања посебног доприноса за добровољно осигурање, чиме би уплатилац обезбедио за себе право

4 Републички Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени тласник РС*, бр. 51/72, 54/72, 9/74, 42/75, 53/75, 51/76, 27/77 и 54/77.

5 Основана је чланом 2 Закона о пензијском и инвалидском осигурању (1972. године) Републичка заједница пензијског и инвалидског осигурања.

6 Статутом Републичке самоуправне интересне заједнице пензијског и инвалидског осигурања, *Службени тласник РС*, бр. 2/78.

на старосну и инвалидску пензију, а члановима своје породице право на породичну пензију. Ово право су могла да користе лица која нису били осигураници у обавезном пензијском и инвалидском осигурању, као што су студенти, домаћице и сл., под условом да нису осигураници других самоуправних интересних заједница пензијског и инвалидског осигурања.⁷ Ова права су се могла остваривати по испуњењу предвиђених услова и уколико су прописани посебни доприноси у целости уплаћени. До примене наведених одредби Закона и Статута тадашње установе социјалног осигурања није дошло из више социјално-економских и других разлога, као и неспремности да појединци уплаћују себи социјално осигурање (само пензијско и инвалидско осигурање, без здравственог осигурања), као и неспремности државе и других релевантних чинилаца да организују и спроводе добровољно осигурање.

Бивша савезна држава донела је Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања⁸ који је, поред обавезног предвиђао и добровољно пензијско и инвалидско осигурање (чл. 2). Овим одредбама законодавац је оставио широке могућности креирања нових прописа којима би се проширило и увело добровољно осигурање паралелно и синхронизовано са обавезним пензијским и инвалидским осигурањем. Савезни закон је предвиђао да се средства за добровољно пензијско и инвалидско осигурање воде и користе одвојено од средстава за обавезно осигурање. Ово се није односило на осигуранике самосталних делатности као и осигуранике пољопривреднике који по сопственом избору уплаћују доприносе за пензијско и инвалидско осигурање изнад најниже основице, односно основице утврђене у складу са законом (чл. 18). Ове одредбе савезног закона нису нашле своју конкретизацију и примену у пракси.

Законом о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима⁹ донетим 2005. године, са применом од 1. априла 2006. године, уређено је организовање и управљање добровољним пензијским фондовима; оснивање, делатност и пословање друштва за управљање добровољним пензијским фондовима; послови и дужности кастоди банке, у смислу овог закона; надлежност Народне банке Србије у вршењу надзора над обављањем делатности друштва за управљање добровољним пензијским фондовима; и друга питања од значаја за функционисањем добровољних пензијских фондова (чл. 1).

7 Да нису били осигураници самосталних делатности или пољопривредници или да нису били осигураници других заједница у републикама или покрајинама бивше СФРЈ.

8 Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања, *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96.

9 Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

Ступањем на снагу измена и допуна закона о пензијском и инвалидском осигурању¹⁰ практична примена добровољног осигурања остварује се применом члана 15 Закона којим се омогућава уплата доприноса лицима која су ван осигурања и која тим путем стичу својство осигураника из пензијског и инвалидског осигурања и могућност да остваре неко од права из овог осигурања.

III Добровољно пензијско и инвалидско осигурање по важећем Закону о пензијском и инвалидском осигурању применом члана 15

У оквиру обавезног осигурања Законом о пензијском и инвалидском осигурању 2003. године и у његовим многобројним изменама и допунама предвиђена је могућност добровољног осигурања на сличан начин и под сличним условима како је то било у прописима који су напред наведени.

Овај институт први пут је уведен у систем пензијског и инвалидског осигурања законом из 2003. године. Уведена је могућност за лица која по одредбама овог закона нису обавезно осигурана (нпр. студенти, ђаци, домаћице, незапослена лица, странци са пребивалиштем у Републици Србији, запослени код послодавца са седиштем у Републици Србији и други) да могу, по свом избору и по својој вољи, у складу са својим финансијским могућностима, да се укључе у обавезно осигурање. Овај институт карактерише добровољни приступ овом осигурању, добровољни избор најповољније основице по којој ће се плаћати доприноси за пензијско и инвалидско осигурање, измена висине основице током трајања добровољног осигурања, добровољни престанак уплате доприноса и „излазак“ из овог осигурања (осим у случајевима које Закон утврђује као обавезне разлоге престанка осигурања).

О захтеву за улазак у ову врсту осигурања одлучује решењем надлежна филијала Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање доношењем одговарајућег решења у складу са одредбама Закона о управном поступку.¹¹

У складу са одредбама члана 15 у добровољно пензијско и инвалидско осигурање могу да се укључе лица која нису обавезно осигурана у смислу наведеног закона, односно нису корисници права на пензију.

10 Измене и допуне Закона о пензијском и инвалидском осигурању Републике Србије, од 30. 9. 2018. Године (*Службени гласник РС*, бр. 34/03, 64/04– УС, 84/04 – др. закон, 85/05, 101/05 – др. закон, 63/06 – УС, 5/09, 107/09, 101/10, 93/12, 62/13, 198/13, 75/14, 142/14 и 73/18).

11 Закон о управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/06.

Овај начин укључивања у осигурање има у себи елементе добровољности и личног избора да ли ће лице поднети захтев за остваривање права или не, наравно, под условима које је законодавац одредио. Сврха постојања ове могућности је да лице које добровољно уплаћује доприносе за пензијско и инвалидско осигурање стекне услове за остваривање неког права из овог осигурања, најчешће права на старосну пензију.

Својство осигураника се стиче даном подношења захтева, а изузетно, на захтев лица, најраније 30 дана пре подношења захтева а престаје даном за које се лице определи или оствари право на старосну или инвалидску пензију, или ако допринос не плати у року од шест месеци од дана доспелости. Својство осигураника престаје најраније са последњим даном за који је допринос плаћен.

Услов за укључивање у добровољно осигурање је да лице које подноси захтев има навршених 15 година живота са пребивалиштем у Републици Србији и да се већ не налази у обавезном пензијском и инвалидском осигурању. Право на уплату доприноса по члану 15 Закона имају и домаћи држављани који се налазе у иностранству, под условом да нису истовремено осигурани на пензијско и инвалидско осигурање земље у којој се налазе. Подношењем захтева за стицање права на старосну пензију, превремену старосну пензију односно инвалидску пензију сматра се захтевом за престанак својства осигураника, уколико су испуњени услови за стицање ових права. Својство осигураника по члану 15 Закона може се стећи под условом да није наступио неки од случајева по основу којих се остварује право у складу са овим законом, а уколико је наступио неки од тих случајева, својство осигураника може се стећи само за случај који није наступио.

Без утицаја је на остваривање права коју школску спрему има подносилац захтева за остваривање права на уплату доприноса по основу добровољног осигурања. Уплата доприноса за пензијско и инвалидско осигурање не значи и аутоматско остваривање права на здравствено осигурање односно здравствену заштиту.

Уколико подносилац захтева за остваривање права на добровољно пензијско и инвалидско осигурање користи право на неку од накнада код Националне службе за запошљавање, нема право да се укључи у обавезно осигурање по члану 15 Закона све док користи право на неку од новчаних накнада.

Лице које жели да уплаћује ово осигурање може уплатом доприноса да стекне услове за остваривање права искључиво уплаћивањем доприноса по наведеном основу, без потребе да је раније био у обавезном осигурању по било ком основу (било по основу запослења, самосталне делатности, пољопривредне делатности или неког другог осигурања).

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање¹² утврђује највише и најниже основице на које се плаћају доприноси по основу члана 15 Закона, тако да лице које подноси захтев за добровољно пензијско осигурање опредељује се за висину износа коју ће месечно уплаћивати, односно врши избор за једну од 13 понуђених основица.

Износ који се месечно уплаћује може се током времена мењати и увек се односи на време унапред. Висина будуће пензије условљена је висином уплаћених доприноса као и дужином стажа тј. година за које су уплаћени доприноси.

После стицања права на неку од пензија по одредбама Закона о пензијском и инвалидском осигурању, не може се користити право на уплату добровољног пензијског и инвалидског осигурања по основу члана 15 наведеног Закона.

У начелу повраћај уплаћених доприноса по основу укључивања у добровољно осигурање применом члана 15 није Законом омогућен. Изузетак постоји у ситуацији када лице које уплаћује добровољно пензијско и инвалидско осигурање ступи у осигурање по било ком основу, а утврди се да је у међувремену за тај период уплатио доприносе по члану 15 Закона (нпр. запослење, рад по уговору о делу, рад по основу уговора о ауторском делу, уговор о повременим и привременим условима и другим основама по којима се остварује обавезно пензијско и инвалидско осигурање). Решење о праву на повраћај више или погрешно уплаћеног доприноса доноси надлежна служба Фонда за пензијско и инвалидско осигурање. Контролу обрачуна и плаћања доприноса врши Пореска управа, у складу са прописима који уређују администрацију.

Поред напред поменутих случајева укључивања у обавезно осигурање право на уплату доприноса по члану 15 Закона престаје и подношењем захтева за остваривање права на пензију.

Последњим изменама и допунама Закона, утврђено је, да право престаје неплаћањем доприноса, и то у року од шест месеци од дана доспелости. Као и да право престаје, односно својство осигураника престаје најраније са последњим даном за који је допринос плаћен.

Уплатом доприноса увећава се стаж потребан за раније остваривање права на старосну пензију и тиме се скраћује време чекања до испуњења потребних година живота за стицање права на старосну пензију.

12 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 7/12 – усклађен дин. изн., 47/13, 198/13, 6/14 – усклађен дин. изн., 57/14, 68/14 – др. закон, 5/15 – усклађен дин. изн., 112/15, 5/16 – усклађен дин. изн. и 7/17 – усклађен дин. изн.

IV Висина основице у 2023. години за уплату доприноса за лица укључена у обавезно осигурање (члан 15)

Стопа доприноса за пензијско и инвалидско осигурање је 24%, што значи да ће се у 2023. години (од 1. 1. 2023. до 31. 12. 2023. године), месечно плаћање по основу члана 15 Закона, кретати у распону од 8.406,00 динара до 120.086,40 динара.

ОСНОВИЦА ОСИГУРАЊА	У ПРОЦЕНТИМА	ДОПРИНОС (МЕСЕЧНО) У ДИНАРИМА
35.025	35	8.406,00
40.029	40	9.606,96
54.039	54	12.969,36
65.047	65	15.611,28
80.058	80	19.213,92
87.063	87	20.895,12
115.083	115	27.619,92
127.091	127	30.501,84
155.112	155	37.226,88
200.144	200	48.034,56
300.216	300	72.051,84
400.288	400	96.069,12
500.360	500	120.086,40

V Закључак

Једно од отворених питања која се у пракси отварају, када је у питању добровољно осигурање, односи се на могућност да осигураник уплаћује додатни допринос, односно додатне уплате доприноса на већ постојећи уплаћени допринос, другим речима да лице које је већ у осигурању, може, по својој вољи и у складу са својим могућностима, да додатно уплати доприносе за исти временски период обавезног осигурања за који је његов послодавац већ уплатио обавезне пензијске доприносе. Додатним уплатама осигураник би себи могао да увећа пензијски основ односно да увећа будућу пензију.

Отворено питање, за размишљање законодавца, је и предлог да се „покрију рупе у стажу“, на начин да се изврши уплата доприноса (увећана за припадајућу камату), за све периоде уназад за које послодавац није уплатио доприносе.

Флексибилнијим, циљним, тумачењем члана 15 Закона, могло би да се омогући пољопривредницима и другим обвезницима доприноса, да добровољном уплатом доприноса „анулирају“ своја велика дуговања за неплаћене доприносе, која имају према Фонду за пензијско и инвалидско осигурање.

Vesna STOJANOVIĆ, PhD

**Assistant Professor at the University “Union Nikola Tesla”
Faculty of Business Studies and Law, Serbia**

VOLUNTARY PENSION AND DISABILITY – ARTICLE 15 OF THE LAW ON PENSION AND DISABILITY INSURANCE OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Voluntary pension and disability insurance is regulated by the Law on Pension and Disability Insurance, as well as by the Law on Voluntary Pension Funds and Pension Plans as a separate law regulating the field of voluntary pension insurance and which in the legal theory is called the “third pillar” of pension insurance. This paper seeks to show the institute of voluntary pension insurance that existed, and which exists within the mandatory pension and disability insurance, as well as its existence only on paper, as a “bare right”

without its use in practice over several decades. The present Pension and Disability Insurance Law is known by the institute for the payment of voluntary insurance, pursuant to Article 15 of the Law, which allows under certain conditions the acquisition of the property of the insured and, consequently, the exercise of certain rights in this field of social insurance.

Key words: *Voluntary Pension and Disability Insurance. – Payment of Contributions. – Acquisition of the Insured's Property.*

Датум пријема рада: 10. 4. 2023.

Датум прихватања рада: 12. 5. 2023.

УДК: 347.441.1/.2

CERIF: S 130

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2307A

Душан ИЛИЋ^{*}

асистент Универзитета у Крагујевцу – Правног факултета, Србија

ПРЕГОВАРАЊЕ О ОБЈЕКТИВНО БИТНИМ ЕЛЕМЕНТИМА УГОВОРА О КУПОПРОДАЈИ^{**}

Сажетак

Оно по чему се, у основи, фаза преговарања код уговора о купопродаји разликује од исте фазе код осталих уговора јесте предмет преговарања. Преговори се могу водити у погледу битних (essentialia negotii), природних (naturalia negotii), као и евентуалних (accidentalia negotii) састојака уговора. С обзиром на чињеницу да је уговор о купопродаји именован уговор, Законом о облигационим односима су прописани његови објективно битни елементи – ствар и цена. Након излагања о овом појму преговора и њиховим основним карактеристикама, аутор у раду разматра које су то претпоставке које објективно битни елементи морају испуњавати, као и на који начин преговарачи могу постићи сагласности у погледу њих. Поред тога, иажња је посвећена и последицама које настају у оним случајевима када преговарачи својим споразумом одређивање битних састојака овог уговора повере само једној уговорној страни.

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

** Као основа за текст рада су послужила истраживања спроведена за потребе писања мастер рада: Душан Илић, *Преговори код уговора о купопродаји*, мастер рад, Београд, 2018, која су у поступку писања овог рада допуњена и осавремењена новим истраживањима.

Кључне речи: Уговор о купопродаји. – Преговори. – Предмет преговарања. – Објективно битни елементи. – Сивар и цена.

I Увод

Уколико уговор схватамо као сагласност воља уговорних страна, долазимо до закључка да он настаје у једном тренутку, када међу уговарачима дође до размене међусобно усаглашених воља. До овакве размене долази упућивањем понуде од стране понудиоца, и њеним благовременим прихватањем од стране понуђеног лица. Међутим, иако се настанак уговора везује за један тренутак, њему често претходе преговори.¹ Посматрано са аспекта преговора, уговори се могу закључити на два начина: уз претходно вођење преговора или без њих, директном разменом понуде и прихвата.

Норме којима су уређени преговори садржане су у општем делу Закона о облигационим односима,² услед чега се ова правила примењују на процес преговарања код свих врста уговора.³ Међутим, оно по чему се, у основи, фаза преговарања код уговора о купопродаји разликује од исте фазе код осталих уговора јесте предмет преговарања. Тако, преговори ради закључења уговора се могу водити у погледу битних (*essentialia negotii*), природних (*naturalia negotii*), као и евентуалних (*accidentalia negotii*) састојака уговора. Најзначајнија је фаза преговарања која за предмет има битне састојке, јер је реч о елементима о којима се сагласност мора постићи да би уговор уопште и настао. Са друге стране, код именованих уговора природни и евентуални елементи немају тај значај. У случају да у погледу њихове садржине не буде постигнута сагласност, уговор неће бити ништав већ ће се применити законска правила диспозитивног карактера.⁴ Међутим, то не значи да учесници у преговорима неће бити заинтересовани да преговарају о овим састојцима уговора. Наиме, иако ови елементи нису од значаја за настанак и пуноважност уговора, они могу бити од изузетног значаја за будуће уговорне стране, а поред тога, вољом преговарача и они могу бити учињени битним (субјективно битни елементи). Управо зато и они често представљају предмет преговарања. Поред њих, као предмет преговарања се може

1 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 7.

2 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.

3 Вид. ЗОО, чл. 30.

4 Eric P. Polten, *A Survey of Canadian and German Contract Law*, Toronto – Ontario, 2011, 7.

јавити и форма уговора. С обзиром на начело неформалности и правило да је увек могуће уговорити строжи облик форме од оног који закон предвиђа,⁵ у неким ситуацијама преговарачи су мотивисани да преговарају и о овом питању.

Услед опширности и сложености саме теме истраживања, овим радом неће бити обухваћен предмет преговарања у целини, већ ћемо се ограничити на његов најзначајнији део – преговарање о објективно битним састојцима уговора о купопродаји. Обраду остатка материје ћемо оставити за неку наредну прилику.

II Појмовно одређење и најзначајније карактеристике преговора

Под преговорима се подразумева вољна активност потенцијалних уговорних страна усмерена на размену мишљења о будућем уговору, утврђивање услова за његово закључење, као и отклањање разлика које постоје у схватањима учесника, а све то у циљу стварања повољног окружења за формирање међусобно усаглашених воља. У овом стадијуму се уговорне стране још увек налазе на пољу неформалних разговора, али управо у фази преговарања долази до приближавања ставова и гледишта преговарача, због чега преговори представљају одређену припрему за постизање сагласности.⁶

Предговорни однос у највећем броју случајева претходи понуди. Међутим, имајући у виду да преговори представљају фазу која претходи закључењу уговора, а да се уговор сматра закљученим тек након прихвата понуде од стране понуђеног лица, сасвим је логично да однос преговарања може постојати и након упућивања понуде, све док она не буде прихваћена. Ипак, преговоре не треба схватити искључиво као фазу која претходи закључењу уговора. Јер, преговори се не воде само у оним ситуацијама када се за циљ има стварање једног новог уговорног односа. Напротив, они се јављају и онда када уговорне стране из већ постојећег уговорног односа, желе ближе одредити појединости које се тичу измене, продужетка или раскида таквог односа.⁷

За означавање ове фазе у процесу настанка уговора користе се различити изрази, као што су: преговори, погађања, припреме, договор и ценкање. Међутим, најподеснији и истовремено најчешће употребљаван

5 Вид. уместо свих: Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2015, 319 и даље.

6 М. Орлић (1993), 7.

7 Јаков Радишић, *Предговорна одговорност*, Београд, 1991, 8.

термин је преговори. Разлог за то се огледа у подобности наведеног израза да јасно укаже на положај и правни значај преговора у поступку закључења уговора, али и у могућности да направи јасну језичку разлику између преговора, као претходне фазе и уговора, који се јавља као резултат успешно спроведених преговора.⁸

Бројне су карактеристике преговора, али се неке од њих јављају као нарочито значајне. Пре свега, преговоре одликује *контрадикторност*, која се јавља као одраз чињенице да се ова фаза у поступку закључења уговора одвија међу лицима која су вођена различитим интересима. Контрадикторност преговора се, првенствено, огледа у супротстављености интереса преговарача, јер сваки од потенцијалних уговорника тежи томе да уговор закључи под што повољнијим условима.⁹ Из контрадикторности преговора проистиче њихова друга карактеристика, *неизвесност*. Наиме, тежња сваког од учесника да обезбеди закључење уговора под што повољнијим условима неминовно доводи до неизвесности у погледу успешног окончања преговора. Да ли ће преговори бити окончани закључењем уговора или не, зависи, пре свега, од степена различитости међусобних интереса, као и од спремности преговарача на компромис. Преговоре, такође, одликује и *необавезност*. Ову особину преговора можемо посматрати са два аспекта. Посматрано са првог аспекта, ова њихова особина се огледа у чињеници да преговори не представљају обавезну фазу у поступку закључења уговора. Реч је о једној могућности којом се потенцијалне уговорне стране могу користити, али нису обавезне да то чине. Према томе, искључиво од воље уговорних страна зависи да ли ће закључењу једног уговора претходити преговори или не. Са друге стране, необавезност преговора се може сагледати у смислу њиховог необавезујућег дејства,¹⁰ као и у чињеници да садржина уговора који је настао на основу преговора није одређена претходно вођеним преговорима, већ самим уговором.¹¹ Тако је Законом о облигационим односима прописано да преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и да их свака страна може прекинути у сваком тренутку.¹² Међутим, важно је напоменути да је у савременом

8 Вид. М. Орлић (1993), 15–18.

9 Миодраг Орлић, „Припремни споразуми у облигационом праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/2003, 443.

10 У том смислу вид. Пресуду Вишег суда у Чачку, Гж. 273/14 од 17. 4. 2014. године, необјављено.

11 Младен Драшкић, „Члан 30 Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 111.

12 ЗОО, чл. 30 ст. 1. Овакво правило инспирисано је начелом слободе уговарања, на основу ког је свако лице овлашћено да се приликом закључења уговора, па самим тим и у току процеса преговарања, руководи својим најбољим интересом.

уговорном праву приметна тенденција делимичног одступања од ове карактеристике преговора, што се чини наметањем законске обавезе преговарања у одређеним ситуацијама.¹³ Најзад, као последње обележје преговора јавља се њихов *привремени карактер*. Ова њихова карактеристика огледа се у чињеници да преговори представљају „пролазно и привремено стање“.¹⁴ То је фаза у поступку закључења уговора која не представља сама себи циљ, већ се преговори воде како би припремили терен за закључење уговора, те на тај начин служе као средство које омогућава постизање одређеног циља. Према томе, јасно је да се о овој особини преговора закључак не може изводити на основу дужине њиховог трајања.

Уобичајено је да преговори претходе закључењу уговора којима се врши промет великих имовинских вредности. Код ових уговора се ова фаза јавља као неизоставна због сложености самог правног посла и великих разлика које могу постојати у ставовима уговорних страна. Велика вредност и техничка сложеност ствари које представљају предмет престације будућег уговора стварају потребу за дуготрајним преговарањем и суцесивним споразумевањем о појединостима оваквог уговорног односа.¹⁵ Међутим, није ретка ситуација да се преговори воде

Вид. Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford – Portland, Oregon, 2006, 99. Међутим, тренутком отпочињања преговора међу преговарачима бива заснован облигациони однос који ствара одређене обавезе за учеснике у преговорима. Повреда ових обавеза од стране једног преговарача може резултирати настанком обавезе да се другој страни надокнади проузрокована штета. Вид. Зоран Вуковић, *Уговори о стичућем анијажовању сјорјских стичућњака*, необјављена докторска дисертација, Крагујевац, 2019, 273; Peer Zumbansen, „The Law of Contracts“, *Introduction to German Law*, Second Edition (eds. Mathias Reimann, Joachim Zekoll), The Hague, 2005, 196. У том смислу преговарачи су дужни да приликом ступања у преговоре и одустајања од већ отпочетих преговора поступају у складу са начелима савесности и поштења и забране проузроковања штете. Вид. Слободан Перовић, „Члан 30 Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, 195; Атила Дудаш, „Могућност опозива понуде за закључење уговора и одговорност понудиоца за несавесно вођење преговора“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, бр. 1–2/2008, 819–837.

13 Вид. Преднацрт грађанског законика Републике Србије од 28. 5. 2019. године, чл. 266 ст. 2, доступно на адреси: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednact-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 16. 2. 2023. Овакву обавезу су стране раније могле предвидети самим уговором, уношењем посебних клаузула познатијих под називом *hardship* клаузуле. Вид. Марко Ђурђевић, „Обавеза преговарања о измени уговора услед промењених околности – клаузуле *hardship*“, *Правни животи*, бр. 9–10/1993, 1209–1223. Вид. такође Марко Ђурђевић, „Измене уговора“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 635–637.

14 М. Орлић (1993), 14.

15 Младен Драшкић, *Закључивање уговора о куйојродаји*, Београд, 1972, 3.

и код уговора којима се врши промет мањих имовинских вредности, с тим да се тада јављају најчешће у облику ценкања, односно преговарања о само једном елементу будућег уговора – о цени.

III Предмет преговарања

Преговори имају за циљ да приближе гледишта уговорних страна, те да на тај начин омогуће закључење уговора о коме се преговара. Зато се у току процеса преговарања преговарачи договарају о оним елементима будућег уговора који су од објективног или субјективног значаја. Елементи уговора у погледу којих се преговори воде представљају предмет преговарања.

Као што нам је познато, уговор представља размену сагласних изјава воља која производи одређено правно дејство. Да би биле способне да створе један нови уговорни однос (или да утичу на промену већ постојећег), тако изражене воље морају имати одређену садржину. Уопштено посматрано, сви елементи једног уговора се могу поделити на битне (*essentialia negotii*), природне (*naturalia negotii*) и евентуалне (*accidentalia negotii*) елементе. Битни елементи уговора су од нарочитог значаја јер се уговор сматра закљученим тек онда када разменом подударних изјава воља међу уговорним странама буде постигнута сагласност у погледу битних састојака.¹⁶

Уговор о купопродаји је један од најчешћих, па самим тим и најзначајнијих уговора у правном промету. С обзиром на значај који има, он је уређен посебним делом Закона о облигационим односима, што га сврстава у ред именованих уговора. Оно што, између осталог, карактерише именоване уговоре јесте чињеница да је њихова садржина у целости уређена Законом. Према томе, сагласност у погледу битних састојака уговора о купопродаји представља минимум у погледу кога се уговорне стране морају сагласити да би уговор могао настати.¹⁷ Управо зато, увек када се одлуче да претходно преговарају, уговорне стране ће бити мотивисане да предмет њихових преговора буду битни састојци уговора, како би повећале изгледе да у погледу њих постигну сагласност. У супротном, уколико до те минималне сагласности не дође, сматраће се да уговор није ни настао.

Под битним састојцима уговора (*essentialia negotii*) се подразумевају они елементи који су неопходни за постојање једног уговора.¹⁸ Њихова

16 ЗОО, чл. 26.

17 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, 531; Оливер Антић, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/2004, 83–84.

18 М. Орлић (1993), 244.

неопходност се може огледати у чињеници да их као обавезне прописује Закон о облигационим односима, или, пак, у вољи уговорних страна да постојање уговора услове постизањем сагласности у погледу тих елемената.¹⁹ Управо због тога, битни елементи уговора се могу поделити на објективно битне елементе и субјективно битне елементе. Овом приликом ћемо се ограничити на излагања о објективно битним елементима уговора о купопродаји и преговорима који се воде ради постизања сагласности у погледу њих.

Објективно битним елементима уговора о купопродаји сматрају се они елементи који карактеришу конкретну врсту уговора и без којих он не може да постигне сврху ради које се закључује. Управо зато сагласношћу воља уговорних страна морају бити обухваћени објективно битни елементи, јер у супротном уговор не би могао да представља целину која има неког смисла.²⁰ Тако, Закон о облигационим односима прописује да су битни елементи уговора о продаји ствар и цена.²¹ С обзиром на то да се преношење права својине и предаја ствари, са једне стране и исплата цене, са друге стране, јављају као предмети обавеза код уговора о купопродаји, јасно је да и сама ствар и цена, који представљају предмете престација уговорних страна морају задовољити све оне услове који се захтевају за предмет обавезе, одн. морају бити могући, допуштени и одређени (одредиви).²²

1. Ствар као објективно битан елемент уговора о купопродаји

Ствар представља материјални део природе који је потчињен људској власти и који је намењен економском промету.²³ Да би овако схваћена ствар могла да се јави као битан састојак, а самим тим и као предмет престације уговора о купопродаји, неопходно је да она буде у промету (*res in commercio*). То значи да преговарачи могу преговарати и постићи сагласност само у погледу оних ствари које су у промету. У супротном, уколико један уговор о купопродаји за предмет продавчеве

19 Имајући у виду начело аутономије воље, преговарачи су овлашћени да статус субјективно битног елемента дају било ком природном или евентуалном састојку уговора о купопродаји, те да настанак уговора услове постизањем сагласности и у погледу њих.

20 М. Орлић (1993), 250.

21 Битни састојци уговора о купопродаји су уређени чл. 458–466 Закона о облигационим односима.

22 Вид. ЗОО, чл. 46 ст. 2.

23 Вид. Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1959, 7–10; Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 1993, 6–9; Драгољуб Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1968, 8–9.

престације има ствар која је изузета из правног промета (*res extra commercium*) такав уговор ће бити апсолутно ништав.²⁴ Са друге стране, уколико се уговара продаја ствари које се налазе у ограниченом промету,²⁵ уговор ће производити правна дејства, али само уколико буду испуњени посебни услови који се у том случају захтевају.²⁶ Наше право предвиђа могућност да се уговор о купопродаји односи и на ствар која у тренутку закључења уговора још увек не постоји.²⁷ У том случају се ради о продаји будуће ствари, при чему тај уговор, у зависности од одређености обавеза уговорних страна, може бити закључен као комутативан или као алеаторан.²⁸

Да би ствар испуњавала све услове који се захтевају у погледу предмета обавезе, те да би се избегла ништавост намераваног уговора, неопходно је да у довољној мери буде одређена, или да барем буде одредива. Зато су стране обавезне да у поступку преговарања ближе одреде сва она обележја ствари на основу којих она може бити идентификована. На који ће начин једна ствар бити ближе одређена зависи од тога о којој се врсти ствари ради. Тако, уколико је реч о индивидуално одређеним стварима, преговарачи ће ствар у довољној мери индивидуализовати уколико обухвате сва она обележја која су способна да ту ствар одвоје од свих осталих ствари.²⁹ Са друге стране, уколико се преговори воде ради закључења уговора који за предмет престације има ствар одређену по роду, предмет преговарања ће бити врста ствари и њена количина.³⁰ Али, то не значи да су преговарачи дужни да количину ствари одреде сасвим прецизно. Они то могу учинити и приближно, одређивањем

24 ЗОО, чл. 458 ст. 1. Највећу групу ствари које се налазе ван промета чине јавна добра, одн. ствари чија се намена огледа у служењу члановима одређене заједнице. Вид. А. Гамс, 8–9.

25 Под стварима у ограниченом промету се разумеју одређене врсте лекова, експлозивних материја, оружја, опојних дрога... Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд, 1975, 190.

26 ЗОО, чл. 458 ст. 2. У највећем броју случајева ће се ови услови односити на добијање претходног одобрења, или на поједина својства личности уговорних страна. С. Перовић (1975), 190.

27 ЗОО чл. 548 ст. 3.

28 Вид. С. Перовић (1986), 534. Да ли ће се уговор о продаји будуће ствари сматрати комутативним или алеаторним зависи од степена одређености ствари која представља предмет престације, одн. од тога да ли је реч о продаји будуће ствари или, пак, о продаји наде. Вид. Михаило Константиновић, *Облигационо право, према белешкама са предавања професора М. Константиновића*, Београд, 1969, 226.

29 Уколико је ствар која представља битан састојак уговора непокретност, најбољи начин за индивидуализацију јесте означавање непокретности према земљишнокњижним подацима, одн. подацима катастра непокретности. М. Драшкић (1972), 57.

30 М. Драшкић (1972), 58.

распона у ком се количина може кретати, или, пак, употребом термина чије је значење одређено обичајима.³¹ Преговарач који се налази у улози продавца ће, мотивисан економским разлозима, настојати да прода што је могуће већу количину ствари. Како би у томе успео, он свог са-преговарача може мотивисати у том смеру давањем одређених погодности у виду ниже продајне цене или побољшањем неких других услова куповине (давањем дужих рокова за плаћање, урачунавањем превоза у купопродајну цену, итд.). Са друге стране, одређеност у погледу квалитета ствари није неопходна, јер ће у недостатку уређености овог питања продавац бити дужан да купцу испоручи ствар која је средњег квалитета, а уколико му је била, или морала бити позната сврха за коју је ствар намењена, биће дужан да му испоручи ствар таквог квалитета који одговара сврси.³² Међутим, сматраће се да је ствар одређена и онда када је то поверено неком трећем лицу (арбитражном вештаку).³³

2. Цена као објективно битан елемент уговора о купопродаји

Као други објективно битан елемент уговора о купопродаји Закон о облигационим односима прописује цену. Под ценом се подразумева износ новца који је купац дужан да плати продавцу за ствар коју му је овај пренео у својину.³⁴ На овом месту важно је напоменути да код уговора о купопродаји цена увек мора бити изражена у новцу. Уколико би се цена састојала у давању неке друге ствари онда бисмо са терена продаје прешли на терен уговора о размени. Слична ситуација би постојала и уколико би цена била мешовита – ако би се састојала у плаћању одређене количине новца и давању одређене ствари, при чему би износ новца био мање вредности од ствари. Међутим, уговором о купопродаји би се сматрао уговор код кога се обавеза купца састоји у давању ствари и плаћању одређене количине новца, уколико је вредност новца једнака или већа од вредности ствари.³⁵

31 Нпр. бала, вагон, цистерна, *circa*... Вид. М. Драшкић (1972), 58; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној промени*, Београд, 1979, 110.

32 ЗОО, чл. 311; Врлета Круљ, *Дејства уговора о купопродаји – Својина, предаја, ризик, цена*, Београд, 1972, 94. И поред тога што преговарачи немају обавезу да својим споразумом обухвате и питања која се тичу квалитета ствари, они то, из практичних разлога, често чине. При томе, прецизирање квалитета ствари која представља предмет престације намераваног уговора може се извршити на различите начине. О томе вид. В. Капор, С. Царић, 110–111.

33 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2008, 80.

34 Борислав Благојевић (главни уредник), *Правни лексикон*, Београд, 1970, 125.

35 Вид. С. Перовић (1986), 537.

Да би уговор коме преговарачи теже производио правно дејство, неопходно је да цена у њему буде одређена или бар одредива.³⁶ Лица која учествују у преговорима су слободна да изаберу начин на који ће одредити цену. У највећем броју случајева преговарачи ће у току процеса преговарања, изношењем предлога и контрапредлога, прецизно утврдити износ новца који ће купац бити дужан да да продавцу. Међутим, они нису дужни да цену утврде у тачном износу, већ могу прецизирати критеријуме на основу којих ће цена моћи да се одреди.³⁷ Тако, они могу предвидети да ће купац бити дужан да плати текућу цену,³⁸ или се могу позвати на цену из неког ранијег уговора.³⁹ С обзиром на то да контрадикторни карактер преговора највише долази до изражаја приликом преговарања о цени (јер продавац увек тежи томе да ствар прода по што је могуће вишој цени, док купац настоји да плати што мањи износ новца), преговарачи се могу споразумети да одређивање цене повере неком трећем лицу.⁴⁰ Када се одлуче да одређивање продајне цене повере трећем лицу, лице коме је одређивање цене поверено није дужно да се те обавезе прихвати. Међутим, уколико је прихвати биће обавезно да у њеном извршавању поступа са дужном пажњом и да се руководи одговарајућим стандардима.⁴¹ Ако се деси да лице коме је одређивање цене поверено не жели или не може да одреди цену, сматраће се да је уговорена разумна цена.⁴² Под разумном ценом се подразумева текућа цена у тренутку закључења уговора, а ако њу није могуће утврдити износ разумне цене ће одредити суд.⁴³

Некада се може десити да је у погледу ствари поводом које се закључује уговор цена прописана од стране надлежног органа. Интер-

36 ЗОО, чл. 462 ст. 1.

37 С. Перовић (1986), 537.

38 Уколико је уговорена текућа цена, купац ће бити дужан да плати цену утврђену званичном евиденцијом на тржишту места продавца, у тренутку када је испуњење требало да уследи, а уколико такве евиденције нема, текућа цена ће бити утврђена у складу са обичајима датог тржишта. Вид. ЗОО, чл. 46.

39 М. Драшкић (1972), 62.

40 ЗОО, чл. 465.

41 С. Перовић (1986), 538.

42 ЗОО, чл. 465. За разлику од нашег француско право у оваквој ситуацији предвиђа сасвим другачији исход. Наиме, уговорне стране су овлашћене да одређивање купопродајне цене повере трећем лицу, али уколико то лице не жели, или из неког разлога не може да одреди продајну цену, сматраће се да уговор није настао. Међутим, уговор ће се сматрати закљученим и онда када цена буде одређена од стране трећег лица коме примарно није било поверено ово овлашћење. Вид. француски Грађански законик из 1804. године, са изменама из 2023. године (*Code civil*, даље у фуснотама: СС), чл. 1592, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/file/pdf/LEGITEXT000006070721.pdf/LEGI>, 16. 2. 2023.

43 ЗОО, чл. 462 ст. 3.

венција државе у погледу одређивања цена може бити различита, у зависности од тога какав се ефекат жели постићи. Пре свега, прописом може бити одређена прецизна (фиксна) цена за неку ствар или врсту ствари. Прописивање фиксне цене доводи до укидања аутономије воље странака у том смислу,⁴⁴ те се сматра да је тај елемент уговора о купопродаји одређен.⁴⁵ То значи да преговарачи нису дужни да постигну сагласност у погледу овог битног елемента. Штавише, они нису ни овлашћени да преговарају о износу цене различитом од оног који је одређен одлуком надлежног органа.⁴⁶ Поред прописивања фиксних цена, утицај државе на овај састојак уговора о продаји може бити извршен и одређивањем границе испод, одн. изнад које уговорена цена не може ићи. У првој ситуацији је реч о прописивању минималних цена,⁴⁷ док се у другом случају врши њихово максимирање, одн. дефинисање највише допуштене цене.⁴⁸ За разлику од прописивања фиксних цена,

44 М. Драшкић (1972), 65.

45 Ивица Јанковец, „Трансформација цене као елемента уговора о продаји“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, 1976, 222.

46 Овакав закључак, пре свега, произилази из општих правила Закона о облигационим односима, по којима би уговарање цене која није у сагласју са прописаним предметом уговорне обавезе учинило недопуштеним (ЗОО, чл. 49. У том смислу, у француском праву вид. Jean Carbonnier, *Droit civil – Les biens – Les obligations* (Volume II), Paris, 2004, 2013), што би за крајњу последицу имало ништавост уговора (ЗОО, чл. 47). Међутим, имајући у виду чињеницу да Закон о облигационим односима садржи посебно правило којим непосредно уређује питање правних последица које ће наступити онда када буде уговорена цена већа од прописане, у конкретном случају уговор неће бити погођен санкцијом из чл. 47 Закона о облигационим односима, већ оном садржаном у чл. 463 истог закона. Реч је о одредби која преговарачима не оставља могућност уговарања цене више од прописане, при чему, инспирисана начелом афирмације уговора, предвиђа санкцију доста блажу од оне која произилази из општих правила.

47 Прописивање минималних цена је карактеристично за одређене пољопривредне производе, нпр. за малине, млеко, итд. На овај начин се произвођачима гарантује минимална цена по којој ће њихови производи бити откупљени, чиме им се пружа одређена врста заштите у њиховом односу са знатно супериорнијим откупљивачима који теже томе да, зарад што већег економског профита, откупну цену максимално снизе.

48 Реч је о начину прописивања цена који је данас најзаступљенији, а чији се циљ огледа у намери државе да ограничи вредност одређених ствари које су од значаја за већи број потрошача, те да их тако учини доступнијим (С. Перовић (1986), 538). Наиме, годинама уназад држава уређује питање највиших дозвољених veleпродајних и малопродајних цена за хлеб од брашна „Т-500“ (Вид. Уредбу о обавезној производњи и промету хлеба од брашна „Т-500“, *Службени гласник РС*, бр. 10/2023). Међутим, услед комплексне и неизвесне економске ситуације на глобалном нивоу, која неминовно резултира поремећајем тржишта и снажним инфлаторним кретањима и у оквирима наше земље, можемо приметити појачану активност државе на пољу ограничавања цена производа неопходних за живот и

одређивање граница у оквиру којих се она може кретати за последицу нема укидање аутономије воље уговорних страна, већ само њено ограничење. То значи да преговарачка активност потенцијалних уговорних страна може бити усмерена искључиво на постизање споразума о цени која ће се кретати у оквиру постављених граница.

Поступање уговарача противно овим правилима за последицу има ништавост уговорне одредбе која се односи на цену. Сходно томе, уколико буде уговорена цена виша од прописане (без обзира на чињеницу да ли је иста актом надлежног органа утврђена као фиксна или као максимална) купац ће доувати само износ прописане цене, а ако је уговорену цену већ исплатио, имаће право на повраћај разлике између уговорене и прописане цене.⁴⁹ Са друге стране, у случају да

здравље људи, као и за неометано функционисање привредних субјеката. Тако, као најзначајнија ограничења можемо навести она која се односе на цене основних животних намирница – јестивог сунцокретовог уља, белог кристал шећера и брашна (вид. Уредбу о ограничењу висине цена основних животних намирница, *Службени гласник РС*, бр. 133/2022, 136/2022 и 10/2023). Није на одмет поменути и чињеницу да су претходном Уредбом о ограничењу висине цена основних животних намирница, за разлику од сада важеће, била прописана и ограничења за различите врсте меса и цене нафтних деривата (вид. Уредбу о ограничењу цена деривата нафте, *Службени гласник РС*, бр. 97/2022, 110/2022, 121/2022, 130/2022, 133/2022, 144/2022 и 6/2023). Такође, у циљу очувања енергетске безбедности Републике Србије ограничена је малопродајна цена пелета од дрвета (вид. Уредбу о ограничењу висине цене пелета, *Службени гласник РС*, бр. 87/2022 и 121/2022). На исти начин држава је поступала и у време минуле епидемије заразне болести COVID-19, када је на снази било ограничење малопродајне цене заштитних маски и рукавица (вид. Уредбу о ограничавању малопродајне цене заштитних средстава за време ванредног стања насталог услед болести COVID-19 изазване вирусом SARS-CoV-2, *Службени гласник РС*, бр. 40/2020, 43/2020, 48/2020 и 59/2020).

49 300, чл. 463. За разлику од чл. 47 Закона о облигационим односима, којим је прописана ништавост уговора у целини, санкција ништавости садржана у чл. 463 истог закона је усмерена искључиво на споразум о цени, тј. на онај део споразума који премашује износ прописане цене, при чему остатак уговора остаје пуноважан (Врлета Круљ, „Члан 105 Делимична ништавост“, *Коментаријар Закона о облигационим односима I* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980, 311). На исту правну последицу упућују и правила којима је регулисан институт делимичне ништавости уговора. Наиме, чл. 105 ст. 1. Закона о облигационим односима прописано је да уговор може остати на снази чак и онда када је у њему садржана ништава одредба, под условом да без те одредбе може опстати и да она није била услов уговора нити одлучујућа побуда ради које је уговор закључен. Другим ставом наведеног члана је предвиђен изузетак од поменутог правила, којим је остављена могућност да уговор производи правно дејство и онда када је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда за његово закључење, уколико је ништавост конкретне одредбе установљена како би уговор био ослобођен те одредбе и важи без ње. С обзиром на то да је Законом изричито предвиђено да се у ситуацијама уговарања цене у износу вишем од прописаног примењује институт делимичне ништавости, суд није дужан (али ни овлашћен) да утврђује да ли у

уговарачи договоре износ цене нижи од установљеног минимума, продавац ће бити овлашћен да од купца захтева исплату прописане цене.⁵⁰

На овом месту је важно напоменути да напред наведена правила о одређености (одредивости) цене немају апсолутно дејство. Тако, према нашем позитивном праву, уколико је посреди уговор о купопродаји у привреди цена не мора бити ни одређена ни одредива, што значи да када овај уговор закључују привредни субјекти цена нема значај објективно битног услова. Неспорно је да ће ситуација бити доста лакша уколико уговорне стране постигну сагласност у погледу цене. Међутим, ако они то не ураде, уговор се неће сматрати ништавим (као што би то био случај са уговором о продаји између физичких лица), већ ће купац бити дужан да плати цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у њеном недостатку разумну цену.⁵¹

3. Могућност једностраног одређивања објективно битних елемената уговора

Приликом излагања о објективно битним елементима уговора нужно је осврнути се и на питање допуштености одређивања ових елемената уговора од стране једног преговарача. Наиме, поставља се питање да ли је учесницима у поступку преговарања остављена могућност постизања споразума на основу кога би један од њих стекао право да потпуно самостално одреди неки од објективно битних састојака уговора.

Као адекватан компаративан пример нам може послужити немачко право у коме је ово питање детаљно уређено.⁵² Тако, нормама Немачког грађанског законика преговарачи су овлашћени да се споразумеју

конкретном случају ништавост одредбе о цени за последицу има ништавост целог уговора (У том смислу вид. Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад, 2018, 397; Ј. Радишић (2008), 172). Међутим, имајући у виду да законодавац не поклања посебну пажњу ситуацијама у којима би била уговорена цена нижа од прописане, раније цитирана правила садржана у чл. 463 Закона о облигационим односима, чија формулација недвосмислено указује на то да је ништавост одредбе о цени прописана како би уговор био ослобођен њеног дејства, те како би у правном промету наставио да егзистира применом цене прописане од стране надлежног органа, могу нам указати да би и у таквим околностима била оправдана примена института делимичне ништавости.

50 Добросав Митровић, „Члан 463 Прописана цена“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга* (главни редактор Слободан Перовић), Београд, 1995, 887.

51 ЗОО, чл. 462 ст. 2.

52 Такође, реформом француског Грађанског законика која је извршена Уредбом 2016–131 (*Ordonnance no 2016–131*) од 10. фебруара 2016. године у француско право је уведена могућност једностраног одређивања цене код појединих уговора.

да утврђивање појединих елемената будућег уговора изврши један од њих, самостално.⁵³ Уколико до таквог споразума дође, страна која је овлашћена да изврши прецизирање предметних елемената је дужна да то своје овлашћење користи разумно.⁵⁴ При томе, сматраће се да је одређивање елемената уговора извршено онда када страна која је на то била овлашћена о учињеном прецизирању обавести другу страну.⁵⁵ Међутим, да би овакво једнострано одређивање елемената уговора заиста и произвело правно дејство неопходно је да испуњава захтеве правичности. У супротном, уколико на овај начин одређен елемент уговора не стоји у правичном односу са осталим елементима (оним који су споразумно утврђени), коначно уређивање садржине биће извршено судском одлуком.⁵⁶

Што се тиче нашег права, Закон о облигационим односима не садржи одредбе које би се, попут оних садржаних у Немачком грађанском законнику, односиле на све елементе уговора, већ је чланом 466 уређено само питање једностраног одређивања купопродајне цене. Тако, иако је преговарачима остављена могућност да утврђивање цене повере трећем лицу, они нису овлашћени да постигну споразум на основу кога би један од њих стекао право да цену одреди самостално. Уколико таква одредба и буде унета у уговор, она неће производити правно дејство, те ће купац дуговати цену као у случају да она није ни одређена.⁵⁷

Оваква могућност је предвиђена код оквирног уговора (CC, чл. 1164) и уговора о пружању услуга (CC, чл. 1165).

- 53 Право на једнострано утврђивање елемената уговора, као и услови које је том приликом неопходно испунити, регулисани су пар. 315–319 немачког Грађанског законика из 2002. године, са изменама из 2013. године (*Bürgerliches Gesetzbuch*, даље у фуснотама: BGB), доступно на адреси: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf, 16. 2. 2023. Реч је о правилима која се односе на све елементе уговора, укључујући и цену. Вид. В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston (2006), 59; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg, 1992, 254–255.
- 54 BGB, пар. 315 ст. 3. Међутим, BGB прописује претпоставку да је лице које је вршило прецизирање то учинило уз разумно коришћење свог овлашћења, те на другој страни остаје да, уколико тврди супротно, то и докаже. BGB, пар. 315 ст. 1.
- 55 BGB, пар. 315 ст. 2.
- 56 BGB, пар. 315 ст. 3.
- 57 ЗОО, чл. 466. У овој ситуацији је од значаја да ли се ради о уговору о купопродаји који је закључен између привредних субјеката или не. Уколико је реч о уговору у привреди, тај уговор ће бити пуноважан (јер цена не представља битан елемент уговора), а купац ће дуговати цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, одн. разумну цену. Међутим, уколико није реч о уговору у привреди, такав уговор ће се сматрати ништавим јер није постигнута сагласност у погледу објективно битног елемента. Идентична одредба је садржана и у чл. 625 Преднацрта грађанског законика Републике Србије од 28. 5. 2019. године.

Узимајући у обзир да се напред цитирани члан Закона о облигационим односима односи искључиво на цену, поставља се питање каква би била правна судбина уговора којим је установљено право једне стране да самостално одреди ствар која ће представљати предмет продавчеве престације. Иако Закон о облигационим односима не садржи норму која експлицитно уређује ово питање, закључак о недопуштености такве уговорне одредбе произилази из његових општих правила. Наиме, да би уговор могао пуноважно настати потребно је, између осталог, да предмет уговорних обавеза буде одређен, или барем одредив.⁵⁸ Посматрано са аспекта продавчеве обавезе, овај услов ће, најпре, бити задовољен онда када је међу уговарачима постигнута сагласност у погледу врсте и количине ствари, одн. у погледу својстава која карактеришу индивидуално одређену ствар. Међутим, иако је пожељно да ствар буде што прецизније одређена, довољно је да уговорне стране прецизирају податке који ће омогућити да она буде накнадно идентификована, те да је на тај начин учине одредивом.⁵⁹ Споразум уговарача из ког проистиче право једне

Међутим, на овом месту се треба осврнути на правила која су била предложена у Радном тексту Грађанског законика Републике Србије припремљеном за јавну расправу, са алтернативним предлозима (Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије, Радни шексџи њријремљен за јавну расправу, са алтернативним предлозима*, Београд, 29. мај 2015. – Радни текст ГЗ, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 16. 2. 2023), а која се у знатној мери разликују од напред изложених. Наиме, ни Радним текстом ГЗ нису предлагана правила којима би било уређено питање могућности одређивања објективно битних елемената од стране једног уговорника, већ је, по угледу на Закон о облигационим односима, пажња поклоњена искључиво регулисању једностраног одређивања цене, уз уношење одређених измена. Тако, чл. 678 Радног текста ГЗ је изричито прописано да је одредба уговора којом се одређивање цене оставља једној уговорној страни ништава. Међутим, за разлику од изложеног правила садржаног у Закону о облигационим односима и Преднацрту, по ком ће у случају постојања одредбе о једностраном одређивању цене купац дговати цену као у случају када она није ни одређена, Радним текстом ГЗ је предложено решење по ком би се, услед ништавости уговорне одредбе којом је једној уговорној страни остављена могућност једностраног одређивања цене имало сматрати да је уговорена текућа цена у време закључења уговора на тржишту места одређеног за предају ствари, а уколико у том месту нема тржишта, онда на тржишту које је најближе том месту (Вид. Радни текст ГЗ, чл. 678). Мишљења смо да је овако конципиран предлог, очигледно инспирисан начелом *in favorem contractus*, представљао адекватније решење у односу на оно садржано у Закону о облигационим односима и Преднацрту. Овакав став заснивамо на чињеници да се предлаганим прописивањем цене која се у оваквим ситуацијама има сматрати уговореном омогућава „опстанак“ уговора о продаји који у себи садрже спорну одредбу, а без обзира на то да ли се цена јавља као битан састојак конкретног уговора или не.

58 ЗОО, чл. 46 ст. 2.

59 ЗОО, чл. 50 ст. 1. Поред тога, предмет обавезе се има сматрати одредивим и онда када су се уговарачи споразумели да га треће лице одреди. Уколико оно не жели

стране да самостално одреди ствар која ће представљати предмет продавачеве престације, по самој природи ствари онемогућава постојање њихове сагласности у погледу оних елемената који би ствар учинили у довољној мери одређеном. Услед тога, предмет уговорне обавезе би био неодређен и неодредив, што би за последицу имало ништавост уговора.⁶⁰

Ипак, могућност једностраног одређивања појединих својстава ствари од стране једног уговарача није у потпуности искључена. У прилог томе нам говоре правила Закона о облигационим односима којима је уређен уговор о продаји са спецификацијом. Реч је о посебном модалитету уговора о продаји којим купац задржава право да одређена својства ствари (нпр. облик, димензије, боју, материјал), чија су врста и количина претходно споразумно утврђени, одреди у неком каснијем тренутку.⁶¹ Међутим, ово право купца истовремено представља и његову обавезу, јер је дужан да спецификацију изврши у уговореном року, а уколико рок није уговорен, онда у разумном року рачунајући од продавачевог захтева да спецификацију учини. Пропуштањем ових рокова од стране купца, продавац стиче право да раскине уговор, или да сам обави спецификацију према ономе што му је познато о купчевим потребама.⁶² Уколико се одлучи да остане при уговору и обави спецификацију, дужан је да обавести купца о свим њеним појединостима, те да му одреди разуман рок у оквиру ког ће моћи да изврши другачију спецификацију.⁶³

или није у могућности да одреди предмет обавезе, уговор ће бити ништав (ЗОО, чл. 50 ст. 2).

60 ЗОО, чл. 47. Закон о облигационим односима усваја двоструку поделу неважећих уговора на ништаве (апсолутно ништави) и рушљиве (релативно ништави). Са друге стране, у домаћој правој теорији је присутна и троделна подела, која прави разлику између ништавих, рушљивих и непостојећих уговора. При томе, непостојећим се сматрају они уговори којима недостаје неки од битних услова пуноважног настанка уговора. Посматрано кроз призму предмета уговорне обавезе, да би један уговор могао бити окарактерисан као непостојећи потребно је да му недостаје предмет, да му је предмет немогућ или неодређен и неодредив. Вид. Катарина Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011, 273; Сања М. Радовановић, Николина Б. Мишчевић, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2020, 268 и даље. Имајући у виду напред наведено, уговори у којима је садржана одредба којом се једном уговарачу оставља да самостално одреди ствар могли би се сврстати у ред правно непостојећих уговора, а услед неодређености и неодредивости предмета.

61 ЗОО, чл. 539 ст. 1. У том смислу вид. Слободан Перовић, „Члан 463 Продаја са спецификацијом“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга* (главни редактор Слободан Перовић), Београд, 1995, 993; Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд, 2021, 136–137.

62 ЗОО, чл. 539 ст. 1.

63 ЗОО, чл. 539 ст. 2.

Уколико овај рок не искористи, купац бива обавезан спецификацијом коју је сачинио продавац.⁶⁴

IV Закључак

Иако преговори не представљају обавезну фазу у поступку закључења уговора, потенцијални уговарачи им често прибегавају. То је посебно приметно код уговора којима се размењују значајне имовинске вредности. Оваква пракса инспирисана је, пре свега, великим значајем који преговори остварују у правном промету. Преговори који претходе закључењу уговора могу бити управљени на битне, природне или, пак, евентуалне састојке предметног уговора. Ниједан од ових елемената будућег уговора не представља занемарљив предмет преговарања. Међутим, узимајући у обзир да је за настанак уговора неопходно да буде постигнута сагласност у погледу његових битних састојака, као најзначајнији део преговора, без дилеме, можемо издвојити онај посвећен прецизирању ових елемената уговора.

Сам процес преговарања о битним елементима има за циљ да доведе до постизања сагласности међу преговарачима. Да би се сматрало да у погледу објективно битних елемената уговора о продаји сагласност преговарача постоји, неопходно је да се споразумеју о врсти и количини ствари која представља предмет продавчеве престације, као и о износу купопродајне цене.

Такође, преговарачи могу прецизирање напред поменутих састојака поверити и трећем лицу, јер се на тај начин постиже потребан ниво одредивости предмета уговора. Међутим, уговорне одредбе на основу којих би један од уговарача стекао право да самостално одреди неки од битних састојака уговора нису дозвољене, због чега њихово присуство у уговору повлачи одређене правне последице. Сходно правилу садржаном у посебном делу Закона о облигационим односима, одредба којом се одређивање продајне цене поверава једном уговарачу не производи правно дејство, те купац дугује цену као у случају када иста није ни одређена. Услед тога, пуноважни ће бити само уговори о продаји у привреди, код којих цена не представља битан састојак. Са друге стране, уговарање једностраног одређивања врсте и количине ствари која представља предмет продавчеве престације санкционисано је ништавошћу уговора, а имајући у виду чињеницу да таква одредба не садржи елементе који би предмет уговора учинили одредивим. Ипак, онда када уговарачи својим споразумом ствар одреде у довољној мери (у погледу врсте и количине), слободни су да уговоре право купца да у

64 ЗОО, чл. 539 ст. 3.

неком каснијем тренутку, потпуно самостално изврши спецификацију преосталих својстава ствари.

Коришћена литература

- Антић Оливер, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/2004. (Antić Oliver, „Imenovani i neimenovani ugovori u savremenom obligacionom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/2004)
- Благојевић Борислав (главни уредник), *Правни лексикон*, Београд, 1970. (Blagojević Borislav (glavni urednik), *Pravni leksikon*, Beograd, 1970)
- Вуковић Зоран, *Уговори о стручном ангажовању спортистких стручњака*, необјављена докторска дисертација, Крагујевац, 2019. (Vuković Zoran, *Ugovori o stručnom angažovanju sportskih stručnjaka*, neobjavljena doktorska disertacija, Kragujevac, 2019)
- Гамс Андрија, *Основи стварној права*, Београд, 1959. (Gams Andrija, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1959)
- Доловић Катарина, „Непостојећи уговор“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011. (Dolović Katarina, „Nepostojeći ugovor“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011)
- Драшкић Младен, *Закључивање уговора о купопродаји*, Београд, 1972. (Draškić Mladen, *Zaključivanje ugovora o kupoprodaji*, Beograd, 1972)
- Драшкић Младен, „Члан 30 Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980. (Draškić Mladen, „Član 30 Pregovori“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (redaktori Borislav T. Blagojević, Vileta Krulj), Beograd, 1980)
- Дудаш Атила, „Могућност опозива понуде за закључење уговора и одговорност понудиоца за несавесно вођење преговора“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1–2/2008. (Dudaš Atila, „Mogućnost opoziva ponude za zaključenje ugovora i odgovornost ponudioca za nesavesno vođenje pregovora“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2/2008)
- Ђурђевић Марко, „Измене уговора“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Đurđević Marko, „Izмене ugovora“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Ђурђевић Марко, „Обавеза преговарања о измени уговора услед промењених околности – клаузуле *hardship*“, *Правни животи*, бр. 9–10/1993. (Đurđević Marko, „Obaveza pregovaranja o izmeni ugovora

- usled promenjenih okolnosti – klauzule hardship“, *Pravni život*, br. 9–10/1993)
- Zumbansen Peer, „The Law of Contracts“, *Introduction to German Law*, Second Edition (eds. Mathias Reimann, Joachim Zekoll), The Hague, 2005.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg, 1992.
- Јанковец Ивица, „Трансформација цене као елемента уговора о продаји“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, 1976. (Jankovec Ivica, „Transformacija cene kao elementa ugovora o prodaji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 1976)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)
- Капор Владимир, Царић Славко, *Уговори робној индустрији*, Београд, 1979. (Kapor Vladimir, Carić Slavko, *Ugovori robnog prometa*, Beograd, 1979)
- Караникић Мирић Марија, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2015. (Karaničić Mirić Marija, „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti“, *Srpska politička misao*, br. 2/2015)
- Константиновић Михаило, *Облигационо право, према белешкама са предавања професора М. Константиновића*, Београд, 1969. (Konstantinović Mihailo, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića*, Beograd, 1969)
- Круљ Врлета, *Дејства уговора о купопродаји – Својина, предаја, ризик, цена*, Београд, 1972. (Krulj Vrleta, *Dejstva ugovora o kupoprodaji – Svojina, predaja, rizik, cena*, Beograd, 1972)
- Круљ Врлета, „Члан 105 Делимична ништавост“, *Коментар Закона о облигационим односима I* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд, 1980. (Krulj Vrleta, „Član 105 Delimična ništavost“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (redaktori Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd, 1980)
- Markesinis Basil, Unberath Hannes, Johnston Angus, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford – Portland, Oregon, 2006.
- Митровић Добросав, „Члан 463 Прописана цена“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга* (главни редактор Слободан Перовић), Београд, 1995. (Mitrović Dobrosav, „Član 463 Propisana cena“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga druga* (glavni redaktor Slobodan Perović), Beograd, 1995)
- Орлић Миодраг, *Закључење уговора*, Београд, 1993. (Orlić Miodrag, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1993)

- Орлић Миодраг, „Припремни споразуми у облигационом праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/2003. (Orlić Miodrag, „Pripremnii sporazumi u obligacionom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/2003)
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Нови Сад, 2018. (Pajtić Bojan, Radovanović Sanja, Dudaš Atila, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2018)
- Перовић Слободан, *Забрањени уговори*, Београд, 1975. (Perović Slobodan, *Zabranjeni ugovori*, Beograd, 1975)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1986. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986)
- Перовић Слободан, „Члан 30 Преговори“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980. (Perović Slobodan, „Član 30 Pregovori“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva* (redaktori Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Gornji Milanovac – Kragujevac, 1980)
- Перовић Слободан, „Члан 463 Продаја са спецификацијом.“, *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга* (главни редактор Слободан Перовић), Београд, 1995. (Perović Slobodan, „Član 463 Prodaja sa specifikacijom“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga druga* (glavni redaktor Slobodan Perović), Beograd, 1995)
- Polten Eric P., *A Survey of Canadian and German Contract Law*, Toronto – Ontario 2011.
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, Београд, 2008. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2008)
- Радишић Јаков, *Предуговорна одговорност*, Београд, 1991. (Radišić Jakov, *Predugovorna odgovornost*, Beograd, 1991)
- Радовановић Сања М., Мишчевић Николина Б., „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1/2020. (Radovanović Sanja M., Mišćević Nikolina B., „O podeli na nepostojeće i ništave ugovore u domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2020)
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Београд, 1993. (Stanković Obren, Orlić Miodrag, *Stvarno pravo*, Beograd, 1993)
- Стојановић Драгољуб, *Стварно право*, Београд, 1968. (Stojanović Dragoljub, *Stvarno pravo*, Beograd, 1968)
- Carbonnier Jean, *Droit civil – Les biens – Les obligations* (Volume II), Paris, 2004.

Dušan ILIĆ**Lecturer at the University of Kragujevac Faculty of Law, Serbia**

NEGOTIATIONS ABOUT OBJECTIVELY SIGNIFICANT ELEMENTS OF SALE AGREEMENT

Summary

There is a difference between the negotiations phase regarding the sales agreement and the same phase regarding the other kinds of agreements, and the difference is a subject of negotiations. One may lead negotiations with respect to significant (essentialia negotii), natural (naturalia negotii), as well as possible (accidentali negotii) elements of agreements. Considering the fact that sales agreement is regulated by law, the Law on Obligations prescribes the objectively significant elements of the agreement – object of the agreement (object of sale) and price. After the presentation on the general concept of negotiations and its basic characteristics, the author in the paper considers which prerequisites concerning objectively significant element must be met, as well as in what manner negotiators may achieve consent regarding these elements. Besides that, the attention will also be dedicated to the consequences that occur in those cases when the negotiators', by their agreement, entrust the determination of significant contractual elements to only one contracting party.

Key words: Sales Agreement. – Negotiations. – The Subject of Negotiations.
– Objectively Significant Elements. – Object of Sale and Price.

Датум пријема рада: 19. 2. 2023.

Датум исправке рада: 9. 5. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 5. 2023.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

ЗБОРНИК радова са XXXI сусрета правника у
привреди Републике Србије / (уредник Татјана Јевремовић
Петровић). – Београд : Удружење правника у привреди
Србије, 2023 (Београд : Досије студио). – 116 стр. ; 24 cm

Тираж 100. – Напомене и библиографске референце уз
текст. – Библиографија уз сваки рад. – Summaries.

ISBN 978-86-901728-3-2

1. Јевремовић-Петровић, Татјана, 1974– [уредник]

а) Право – Зборници

COBISS.SR-ID 116239625

Стефан Шокињов

Недозвољени споразуми у вези са фармацеутским проналасцима

Јован Вујичић

Саобразност робе са дигиталним елементима према Директиви (ЕУ)
2019/771

Младен Николић

Претходна мера и привремена мера: са посебним освртом на сличности
и разлике

Владимир Козар, Немања Алексић

Финансијски и економски капацитет као критеријуми за избор
привредног субјекта у поступку јавне набавке

Дејан А. Ђукић

Кориснички услови сервиса на интернету као извор права

Весна Стојановић

Добровољно пензијско и инвалидско осигурање – члан 15 Закона о
пензијском и инвалидском осигурању у Републици Србији

Душан Илић

Преговарање о објективно битним елементима уговора о купопродаји